

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Dekningsloven § 5-5: Adgangen til å omstøte tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld

Kandidatnummer: 596

Leveringsfrist: 25.11.13

Antall ord: 17 526



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>OPPGAVENS TEMA.....</b>	<b>1</b>
1.1	Problemstillingen.....	1
1.2	Avgrensning av oppgaven .....	1
<b>2</b>	<b>GENERELT OM DEKNINGSLOVEN § 5-5 .....</b>	<b>2</b>
2.1	Innledning.....	2
2.2	Vilkårene for omstøtelse etter § 5-5 .....	4
2.2.1	Tidsaspektet.....	4
2.2.2	Gjeld.....	4
2.2.3	"Ekstraordinær betaling" som ikke må fremstå som "ordinær" .....	4
<b>3</b>	<b>HOVEDREGELN: TREDJEMANNS BETALING AV SKYLDNERENS GJELD RAMMES IKKE AV DEKNINGSLOVEN § 5-5.....</b>	<b>6</b>
3.1	Bestemmelsens ordlyd.....	6
<b>4</b>	<b>TREDJEMANNS BETALING AV SKYLDNERENS GJELD KAN UNDER VISSE FORUTSETNINGER OMSTØTES ETTER DEKNINGSLOVEN § 5-5 8</b>	
4.1	Innledning.....	8
4.2	Rt. 2012 s. 468.....	8
4.2.1	LG-2006-17565.....	14
4.2.2	Norsk juridisk litteratur .....	17
4.2.3	Rettstilstanden i Sverige og Danmark.....	21
4.2.4	Reelle hensyn .....	29
<b>5</b>	<b>VILKÅRENE FOR Å OMSTØTE TREDJEMANNS BETALING AV SKYLDNERENS GJELD I MEDHOLD AV § 5-5 .....</b>	<b>33</b>
5.1	Skyldnerens midler må belastes .....	33

5.2	Tredjemann må ha som hovedformål å dekke skyldnerens gjeld.....	33
5.3	Må skyldneren anmode tredjemann om å betale? .....	36
5.4	Uten betydning at kreditor har vært i god tro .....	40
<b>6</b>	<b>VIRKNINGEN AV AT EN GJELDSBETALING FRA TREDJEMANN OMSTØTES ETTER DEKNINGSLOVEN § 5-5 .....</b>	<b>42</b>
6.1	Oppgjøret reguleres av dekningsloven § 5-11 .....	42
<b>7</b>	<b>FORHOLDET MELLOM OMSTØTELSE AV TREDJEMANNS BETALING ETTER DEKNINGSLOVEN § 5-5 OG ANDRE OMSTØTELSESLØSREGLER .</b>	<b>44</b>
7.1	Innledning.....	44
7.2	Forholdet mellom dekningsloven § 5-5 og § 5-6 .....	44
7.2.1	Er dekningsloven § 5-6 anvendelig på motregningen? .....	44
7.2.2	Hvilken omstøtelseshjemmel burde boet velge?.....	46
7.2.3	Betydningen av valget for betalingsmottaker og tredjemann.....	48
7.3	Forholdet mellom § 5-5 og § 5-2.....	49
7.4	Forholdet mellom § 5-5 og § 5-9.....	50
<b>8</b>	<b>GRENETILFELLER – SITUASJONER SOM ER UAVKLARTE MED TANKE PÅ OM BETALINGEN FRA TREDJEMANN KAN OMSTØTES TIL FORDEL FOR SKYLDNERENS KONKURSBO .....</b>	<b>51</b>
8.1	Innledning .....	51
8.2	Kan tredjemanns betaling omstøtes i følgende situasjon: Skyldneren ber tredjemann om å betale sin gjeld til kreditor, under løfte om å betale han tilbake senere?.....	51
8.2.1	Bakgrunnen for spørsmålet .....	51
8.2.2	Rettstilstanden i Sverige.....	53
8.2.3	Rettstilstanden i Danmark .....	54
8.2.4	Hvilke midler må anses for å være skyldnerens tilgjengelige midler? .....	58
8.2.5	Reelle hensyn .....	61
8.2.6	Konklusjon – skyldnerens rådighet over tredjemann bør være avgjørende for hvorvidt omstøtelse kan skje.....	62

8.3	Datterselskap som eies helt eller delvis av morselskapet, betaler morselskapets gjeld til kreditor i form av en kredittytelse. Kan betalingen fra datterselskapet omstøtes til fordel for morselskapets konkursbo?.....	63
8.3.1	Bakgrunnen for spørsmålet .....	63
8.3.2	Virkningen av omstøtelse av datterselskapets betaling.....	64
8.3.3	Løsningen i Danmark.....	65
8.3.4	Delvis parallelle problemer i relasjon til dekningsloven § 5-7 .....	66
8.3.5	Reelle hensyn .....	69
8.3.6	Konklusjon – omstøtelse bør kunne skje .....	70
<b>9</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>71</b>
9.1	Lover.....	71
9.2	Forarbeider.....	72
9.3	Norsk rettspraksis .....	72
9.4	Utenlandsk rettspraksis.....	73
9.5	Bøker og artikler.....	73

# 1 Oppgavens tema

## 1.1 Problemstillingen

I denne oppgaven skal jeg forsøke å kartlegge hva som skal til for at en tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld skal kunne omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-5. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det er skyldnerens egne betalinger som kan omstøtes. Omstøtelse av tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld skulle således innebære en utvidende tolkning av bestemmelsen.

I konkurssituasjoner er ikke omgåelsesforsøk uvanlige. Det kan være at transaksjoner maskeres eller at det gjøres andre forsøk på å komme seg rundt de konkursrettslige reglene.<sup>1</sup> Selv hvor betalingen fra tredjemann ikke skjer med sikte på å omgå loven, kan spørsmålet om omstøtelse av tredjemannsbetalinger aktualisere seg.

I 2012 tok Høyesterett for første gang stilling til spørsmålet om en betaling fra tredjemann kan omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-5.<sup>2</sup> Jeg vil med utgangspunkt i denne avgjørelsen undersøke rettstilstanden omkring omstøtelse av tredjemannsbetalinger. Da det finnes begrenset med litteratur og praksis på området, vil jeg også se hen til rettstilstanden i Sverige og Danmark.

## 1.2 Avgrensning av oppgaven

Jeg vil begrense fremstillingen til omstøtelse av gjeldsbetalinger foretatt i forkant av konkurs. Omstøtelse i forbindelse med tvangsakkord og offentlig skifte av insolvent dødsbo vil ikke behandles. Det er kun § 5-5 første ledd som vil være gjenstand for behandling. Annet og tredje ledd om omstøtelse av betalinger til skyldnerens nærstående, ektefelle, ugifte samboer eller forlovede vil holdes utenfor.

---

<sup>1</sup> Lennander (2013) s. 211

<sup>2</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 34

## 2 Generelt om dekningsloven § 5-5

### 2.1 Innledning

Dekningsloven § 5-5 første ledd lyder som følger:

"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."

Dekningsloven § 5-5 hjemler omstøtelse av visse former for gjeldsbetalinger foretatt i forkant av konkursåpning. At en disposisjon omstøtes innebærer at den settes til side eller omgjøres til fordel for boet.<sup>3</sup>

Omstøtelsesreglene søker å forhindre at det foretas disposisjoner i forkant av konkursåpning som reduserer kreditorfelleskapets muligheter for å få dekket sine krav.<sup>4</sup> Bestemmelsene er preventive ved at de gjennom sin eksistens kan forhindre at omstøtelige disposisjoner treffes. De er også reparative ved at disposisjonene kan omstøtes dersom de først er blitt truffet.<sup>5</sup>

Når skyldneren er insolvent og konkurs åpnes i hans bo,<sup>6</sup> vil konkursboet overta rådigheten over skyldnerens formue.<sup>7</sup> Konkursboet vil så foreta en lovregulert fordeling av formuen mellom konkurskreditorene. Konkurskreditorene vil få dekket en forholdsmessig del av sitt

---

<sup>3</sup> Dekningsloven §§5-11 og 5-12

<sup>4</sup> NOU 1972:20 s. 281

<sup>5</sup> Andenæs (2009) s. 286

<sup>6</sup> Konkursloven §§ 60 og 61

<sup>7</sup> Andenæs (2009) s. 21

krav. Sagt med konkursrettslige termer få kreditorene dividende av sitt krav.<sup>8</sup> Når det ikke er dekning til alle er det rettferdig at alle bærer en forholdsmessig del av tapet.<sup>9</sup>

En gjeldsbetaling vil ikke medføre en endring i differansen mellom skyldnerens aktiva og gjeld. Betaling av gjeld er en forrykkende disposisjon. Gjelden minker, men det gjør også skyldnerens aktiva. Når en kreditor mottar betaling før konkursåpningen, reduseres dividenden for de øvrige kreditorene.<sup>10</sup> At noen får full dekning, mens andre må nøye seg med et redusert dividendekrav innebærer en lite "rettferdig" fordeling av skyldnerens midler. Dekningsloven § 5-5 søker å forhindre at det skjer en slik forfordeling av kreditorene.<sup>11</sup>

Å betale gjeld er i seg selv en legitim disposisjon. Bestemmelsen rammer ikke alle former for gjeldsbetalinger. Den rammer betalinger "som på grunn av sitt innhold og det tidspunkt da de blir foretatt skaper en viss presumsjon for illojalitet og for at medkontrahenten har vært i ond tro".<sup>12</sup> Dette viser seg av de konkrete vilkår bestemmelsen stiller opp, som jeg skal se på nedenfor. Det kan tenkes at enkelte kreditorer får kunnskap om skyldnerens vanskelige økonomiske situasjon, og presser på for å få dekning for sine krav før konkurs inntreffer. Det kan også tenkes at skyldneren selv har et ønske om å tilgodese enkelte kreditorer som han står i et spesielt forhold til.

Hvorvidt betalingen faktisk er illojal i det enkelte tilfellet vil imidlertid ikke spille noen rolle da § 5-5 første ledd er en absolutt objektiv regel. Det er tilstrekkelig at de objektive vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det er ikke adgang til å forhindre omstøtelse hverken

---

<sup>8</sup> Dekningsloven § 6-1

<sup>9</sup> Andenæs (2009) s. 10-11

<sup>10</sup> NOU 1972:20 s. 281

<sup>11</sup> NOU 1972:20 s. 281

<sup>12</sup> NOU 1972:20 s. 282

ved å føre bevis for at skyldneren var solvent på betalingstiden, eller for at betalingsmottakeren var i god tro med hensyn til denne omstendighet.<sup>13</sup>

## **2.2 Vilkårene for omstøtelse etter § 5-5**

### **2.2.1 Tidsaspektet**

Dekningsloven § 5-5 første ledd rammer kun gjeldsbetaling som er skjedd senere enn tre måneder før fristdagen.<sup>14</sup> Grensen på tre måneder er absolutt.

### **2.2.2 Gjeld**

Gjeld kan være gjeld i penger, hvilket vil være det vanligste. Men gjelden kan også være for eksempel en forpliktelse til å levere varer som er blitt forhåndsbetalt. Det er imidlertid en forutsetning at gjelden er oppstått før betalingen skjer, det må altså dreie seg om eldre gjeld.<sup>15</sup>

Den gjelden som betales, må være skyldnerens gjeld. Skjer det en betaling av tredjemanns gjeld, vil gjeldsbetalingen måtte søkes omstøtt på annet grunnlag, for eksempel i medhold av dekningsloven § 5-2 eller § 5-9.<sup>16</sup>

### **2.2.3 "Ekstraordinær betaling" som ikke må fremstå som "ordinær"**

Det er tre alternative former for gjeldsbetaling som kan omstøtes med hjemmel i dekningsloven § 5-5. Betaling av gjeld må enten ha vært "foretatt med usedvanlige betalingsmidler", ha blitt utført "før normal betalingstid", eller det må ha blitt benyttet et "beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne". Det er et felles vilkår for

---

<sup>13</sup> NOU 1972:20 s. 292

<sup>14</sup> Dekningsloven § 1-2

<sup>15</sup> Andenæs (2009) s. 310

<sup>16</sup> Andenæs (2009) s. 310 og 311



alle de tre alternative betalingsformene at betalingen ikke etter forholdene likevel har fremstått som "ordinær".

Overskriften til dekningsloven § 5-5 er "[e]kstraordinær betaling". De alternative betalingsformene som følger av bestemmelsen, anses i seg selv for å være ekstraordinære. Andre former for gjeldsbetaling vil som utgangspunkt betraktes som ordinær.<sup>17</sup>

En nærmere redegjørelse for de alternative betalingsmåter vil ikke være nødvendig for denne fremstillingen. Det jeg skal behandle er adgangen til å omstøte tredjemannsbetalinger, og spørsmålet om slik omstøtelse vil kunne oppstå for alle tre betalingsmåter.

---

<sup>17</sup> Huser (1992) s. 262

### **3 Hovedregelen: Tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld rammes ikke av dekningsloven § 5-5.**

#### **3.1 Bestemmelsens ordlyd**

Tar man dekningsloven § 5-5 på ordet, tar den kun sikte på å ramme gjeldsbetalinger foretatt av skyldneren selv, jf. formuleringen "[b]etaling av gjeld som skyldneren har foretatt". Således skulle de de tilfelle hvor en tredjemann betaler skyldnerens gjeld falle utenfor. At dette må være den klare hovedregel stadfestes av Høyesterett i Rt. 2012 s. 468.<sup>18</sup>

Dette utgangspunktet samsvarer med hovedregelen i dekningsloven § 2-2 om fordringshavernes beslagsrett. Her heter det at skyldnerens fordringshavere har "rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden" med mindre noe annet er "fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse". Det følger av dekningsloven § 2-1 at § 2-2 også gjelder ved konkurs. Formuleringen "formuesgode som tilhører skyldneren", tilsier etter en naturlig språklig forståelse at det ikke vil være adgang til å beslaglegge formuesgoder tilhørende tredjemenn. Regler om blant annet legitimasjon og rettsvern vil imidlertid komme inn her.<sup>19</sup>

Når konkursboet ikke kan overta rådigheten over tredjemanns eiendeler ved konkursåpning, er det naturlig at det normalt heller ikke kan kreves omstøtelse av tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld foretatt før konkursåpning. Dette ville være en inkonsekvent og tilfeldig regel.

Skyldnerens insolvens medfører ingen begrensninger i en tredjemanns frie rådighet.

---

<sup>18</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 33

<sup>19</sup> NOU 1972:20 s. 255

Om tredjemann ønsker å betale skyldnerens gjeld til kreditor i form av eksempelvis en gavedisposisjon, får således være opp til han selv å avgjøre.

Dette utgangspunktet er greit nok når det er tale om reelle tredjemannsbetalinger. Betalingen av skyldnerens gjeld vil da riktignok medføre en fordel for den tilgodesette kreditor som det øvrige kreditorfelleskapet ikke får ta en del av. Skulle en slik betaling omstøtes ville det imidlertid innebære at konkursboet mottok midler som det aldri hadde krav på i utgangspunktet. Det er ikke til ulempe for de øvrige kreditorene at tredjemann betaler skyldnerens gjeld. Boets aktiva reduseres ikke ved en betaling fra tredjemann. Slik jeg ser det, får de øvrige kreditorene heller bedre dekningsmuligheter ved at en av kreditorene forsvinner ut av bildet før konkursbehandlingen.

## **4 Tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld kan under visse forutsetninger omstøtes etter dekningsloven § 5-5**

### **4.1 Innledning**

Det kan imidlertid tenkes tilfelle hvor bestemmelsens formål tilsier at en tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld faktisk bør kunne omstøtes.

Dette vil være tilfelle hvor en ikke har å gjøre med en reell tredjemannsbetaling, men en betaling fra tredjemann som belaster skyldnerens egne midler. Realiteten blir her at det skjer en forfordeling av kreditorene, samt at boets aktiva reduseres i forkant av konkursåpning.

Det må derfor i første omgang undersøkes hvilke kilder som gir grunnlag for en utvidende tolkning av formuleringen "[b]etaling av gjeld som skyldneren har foretatt", slik at den tidvis også kan ramme betalinger foretatt av tredjemann. På bakgrunn av disse kildene kan det så undersøkes hvilke konkrete vilkår som må være oppfylt for at omstøtelse av betaling fra tredjemann skal kunne skje.

### **4.2 Rt. 2012 s. 468**

Utgangspunktet for den videre behandling vil tas i Rt. 2012 s. 468. Dette er første og eneste gang Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet om en tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld kan omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-5.<sup>20</sup>

Fakta i saken var som følger:

---

<sup>20</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 34, Ankerud (2012) s. 314-332

14 januar 2010 overførte Centrum Eiendom AS (morselskapet) kr 90 219, 40 til Gram, Hambro og Garman Advokatfirma AS. Beløpet dekket gjeld som dets heleide datterselskap Centrum Eiendomsmegling AS hadde til det nevnte advokatfirmaet. På tidspunktet for betalingen skyldte morselskapet datterselskapet kr 872 422. Samme dag som betalingen til advokatfirmaet fant sted avregnet morselskapet beløpet i den gjelden det hadde til sitt datterselskap. På grunnlag av betalingen skjedde det altså en motregning i morselskapets gjeld til datterselskapet. Summen av aktiva i Centrum Eiendomsmegling, foruten kravet på morselskapet, var på betalingstidspunktet vel 5000 kr.

2. mars 2010 ble Centrum Eiendomsmegling AS tatt under konkursbehandlingen, vel to måneder etter den nevnte betaling.

Konkursboet krevde omstøtelse av betalingen fra morselskapet til advokatfirmaet. Oslo byfogdembete avsa kjennelse om at advokatfirmaet skulle tilbakeføre betalingen til datterselskapet. Advokatfirmaet anket kjennelsen videre til Borgarting lagmannsrett, som forkastet anken. Advokatfirmaet anket så videre til Høyesterett som besluttet at ankesaken skulle avgjøres i sin helhet av Høyesterett i avdeling.

Et av spørsmålene som oppstod for Høyesterett var således hvorvidt en betaling fra tredjemann vil kunne rammes av dekningsloven § 5-5.

Advokatfirmaet anførte at ordlyden i § 5-5 stengte for omstøtelse. Videre mente det at man heller ikke hadde øvrig rettskildemateriale som talte til fordel for omstøtelse i et slikt tilfelle, i alle fall ikke kilder av noen stor rettskildemessig vekt.<sup>21</sup> Også reelle hensyn måtte tale i mot omstøtelse da omstøtelse måtte anses for å være "et brutalt inngrep i den vanlige oppgjørmekanismen og bør derfor være forbeholdt de disposisjonene som generelt må antas å være illojale. Den som mottar betaling fra en tredjemann, har ikke forutsetninger for

---

<sup>21</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 10-11

å forstå at dette skulle være illojalt".<sup>22</sup> Det ble videre hevdet at omstøtelse her i så fall måtte bli krevet overfor morselskapet med hjemmel dekningsloven § 5-6, som gjelder omstøtelse av motregning. Omstøtelse overfor advokatfirmaet i medhold av § 5-5 ville tilføre boet midler som ikke tilhørte det under konkursåpningen, og derfor være i strid med dekningsloven § 2-2. Utvidende tolkning av dekningsloven § 5-5 ville også skape retts tekniske problemer, og føre til usikkerhet om hvor grensene skulle gå for når en tredjemanns betaling skulle kunne omstøtes.<sup>23</sup>

Da Høyesteretts begrunnelse i stor grad samsvarte med konkursboets argumentasjon vil det kun medføre en gjentakelse å gjenta konkursboets anførsler.

Ettersom det her var tale om en videre anke over kjennelse var Høyesteretts kompetanse begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning. Lagmannsrettens bevisbedømmelse og konkrete rettsanvendelse kunne dermed ikke overprøves.

Innledningsvis uttalte Høyesterett at lagmannsretten hadde funnet det bevist at morselskapets umiddelbare hensikt med betalingen til advokatfirmaet, var å betale datterselskapets gjeld. Det forelå således dekningshensikt, og betalingen måtte først og fremst anses for å være skjedd i datterselskapets interesse. Dette fordi samme person hadde kontroll over driften og likviditeten i både mor- og datterselskapet.<sup>24</sup>

Høyesterett bekreftet at hovedregelen måtte være at betaling fra tredjemann ikke rammes av dekningsloven § 5-5. Spørsmålet var om det likevel kunne stille seg annerledes i en sak som denne.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 12

<sup>23</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 12-14

<sup>24</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 30

<sup>25</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 33

Høyesterett hadde tidligere ikke tatt stilling til et slikt spørsmål, men retten viste til en lagmannsrettsavgjørelse, LG-2006-17565, hvor omstøtelse av tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld hadde blitt godtatt. I dette tilfellet hadde imidlertid kreditor tatt initiativet til oppgjørsmåten.<sup>26</sup>

Høyesterett uttalte at problemstillingen ikke var berørt av forarbeidene til dekningsloven. Men ettersom omstøtelsesreglene er blitt til gjennom et nordisk samarbeid, mente Høyesterett at det var av interesse hva slags løsning spørsmålet har i Sverige og Danmark. Der har en slik kombinasjon av tredjemannsbetaling og motregning blitt omstøtt etter tilsvarende regler som den norske dekningsloven § 5-5. De dommene som Høyesterett i denne forbindelse viste til, var NJA 1996 s. 333 og UfR 1988 s. 484.<sup>27</sup>

Det ble bemerket at de tilsvarende bestemmelsene i Sverige og Danmark har en noe annen ordlyd enn den norske. Høyesterett mente imidlertid at det ikke var grunn til å tillegge denne forskjell noen vekt, da det av forarbeidene fremgår at det i stor grad lyktes å harmonisere vilkårene for omstøtelse. Det at forarbeidene ikke berører den forskjell i ordlyd som foreligger, måtte i følge Høyesterett tas til inntekt for at man ikke så noen grunn til å problematisere dette.<sup>28</sup>

Høyesterett viste deretter til norsk juridisk litteratur, nærmere bestemt Kristian Husers fremstilling, da han er den eneste i juridisk teori som har behandlet slike tredjemannsproblemer. Som Høyesterett uttalte, har han gått inn for å anvende dekningsloven § 5-5 på situasjoner han omtaler som skyldnerens "indirekte betaling" av gjeld. Et av tilfellene som Huser kaller "indirekte betaling", er hvor skyldneren ber en tredjemann som står i gjeld til han om å betale sin gjeld til en kreditor, for deretter å

---

<sup>26</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 34

<sup>27</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 35

<sup>28</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 35

avregne beløpet i tredjemanns egen gjeld til skyldneren.<sup>29</sup> Dette tilfelle av "indirekte betaling" minnet, ifølge Høyesterett, mye om det tilfelle som nå skulle avgjøres. Begrunnelsen for dette var at samme person styrte likviditeten i begge selskapene.<sup>30</sup>

Høyesterett mente videre at reelle hensyn talte for at dekningsloven § 5-5 burde anvendes på situasjonen de stod overfor, særlig gjaldt dette likhets- og omgåelseshensyn. Hadde morselskapet i stedet for å betale advokatregningen, overført beløpet til datterselskapet slik at datterselskapet selv hadde betalt regningene ville forholdet blitt rammet av dekningsloven § 5-5. Det ville da vært tale om en betaling fra skyldneren i dekningsloven § 5-5s forstand. Det samme ville ha vært tilfelle dersom datterselskapet hadde overdratt sitt krav på morselskapet til advokatfirmaet. Det burde i følge Høyesterett ikke spille noen rolle hva slags formell fremgangsmåte som blir benyttet, da det i realiteten var skjedd en «indirekte betaling» fra skyldneren selv. Å stenge for omstøtelse her ville åpne for omgåelser.<sup>31</sup>

Betalingsmottakeren burde på sin side forstå at det var noe som ikke stemte, da betalingen ble mottatt fra en annen enn skyldneren.<sup>32</sup>

Høyesterett tok ikke stilling til hvorvidt forholdet ville kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-6, da boet måtte ha en valgt dersom vilkårene for to ulike omstøtelsesgrunnlag foreligger.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 36

<sup>30</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 37

<sup>31</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 38-39

<sup>32</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 40

<sup>33</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 41



Høyesterett konkluderte så med at dekningsloven § 5-5 kunne anvendes på den form for tredjemannsbetaling som det her stod overfor. Lagmannsretten hadde således anvendt loven riktig.<sup>34</sup> Konklusjonen var enstemmig.

Høyesterett måtte imidlertid også ta stilling til et annet spørsmål, nemlig hvordan skyldnerens betalingsevne skulle fastlegges. Det omstøtelsesgrunnlag som saken bygget på var § 5-5s tredje alternativ, betaling som har ført til en betydelig forringelse av skyldnerens «betalingsevne». Høyesterett mente at lagmannsretten hadde lagt til grunn feil lovforståelse. Den fordring som datterselskapet hadde på morselskapet var ikke tatt med ved vurdering av betalingsevnen, noe Høyesterett mente at den skulle ha vært. På bakgrunn av dets begrensede kompetanse i saken, opphevet Høyesterett dommen.<sup>35</sup>

For å få en oversikt over rettskildematerialet på området for tredjemannsbetalinger ønsker jeg i det videre å se nærmere på både de rettskilder som Høyesterett benyttet seg av, og på andre relevante rettskilder.

---

<sup>34</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 42

<sup>35</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 53

#### 4.2.1 LG-2006-17565

I Rt. 2012 s. 468 fant Høyesterett kun en avgjørelse i en tidligere sak som omhandlet spørsmålet om omstøtelse av tredjemannsbetaling i relasjon til dekningsloven § 5-5.<sup>36</sup>

Denne avgjørelsen er fra lagmannsretten.

Saksforholdet i LG-2006-17565 var som følger:

Konkursskyldner, Surface Cleaning Base AS (SCB) drev sin næringsvirksomhet i leide lokaler, tilhørende Scan Tec AS. På grunn av manglende ordretilgang ble aktiviteten i Surface Cleaning redusert, noe som medførte at selskapet ikke lenger var i stand til å betale den løpende husleien.

I januar 2004 besluttet eierne av SCB å avvikle selskapet, og avtale om salg av varelager, produksjonsutstyr, inventar osv. ble inngått med Pro Active Coating AS (PAC). Kjøpesummen i salgsvtalen lød på 283 750 kr. Det var imidlertid uomstridt at kjøpesummen opprinnelig var satt til 400 000 kr.

PAC ønsket å fortsette virksomheten i de leide lokalene tilhørende Scan Tec.

På tidspunktet for salgsvtalen skyldte SCB utleier et beløp på 116 250 kr, et beløp tilsvarende 5 måneders husleie. Differansen mellom det opprinnelige avtalte beløpet, og beløpet som fulgte av kjøpsavtalen var 116 250 kr, altså det samme beløpet som SCB skyldte i husleie. 21. januar betalte PAC, 116 250 kr til Scan Tec AS.

SCB ble slått konkurs ved tingrettens kjennelse av 19. februar 2004.

---

<sup>36</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 34

Et av spørsmålene som oppstod for lagmannsretten var så om det beløpet PAC betalte til Scan Tec AS på 116 250 kr, kunne omstøtes til fordel for SCBs konkursbo.

Lagmannsretten fremhevet at ordlyden i dekningsloven § 5-5 tilsier at tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld ikke rammes, men at betalingen likevel vil kunne omstøtes dersom den etter omstendigheten må anses for å være en indirekte betaling fra skyldneren.

Det ble med utgangspunkt i Husers fremstilling i Gjeldsforhandling og Konkurs, bind 3, Omstøtelse, side 258-161 fremhevet at det ville være sentralt ved vurderingen "hva som må antas å være hensikten med betalingen, dekke debitors gjeld eller å ivareta egne interesser".

Det ble så av lagmannsretten pekt på at reduksjonen i kjøpesummen fra opprinnelig 400 000 kr til 283 750 kr tilsvarte det ubetalte leiebeløpet på 116 250 kr. Betalingen fra PAC til Scan Tec AS medførte således at Scan Tec AS fikk fullt oppgjør for kravet på husleie. Det at Scan Tec AS ikke meldte noe krav i SCBs konkursbo måtte tyde på at det anså husleien for å være betalt, og at det dermed ikke lenger hadde noe krav mot SCB.

Scan Tec hevdet at innbetalingen fra PAC ikke var betaling for SCBs ubetalte husleie. Beløpet var en inngangsbillett PAC måtte betale for å få komme i posisjon som leietaker etter SCB. Dette ble hevdet å være vanlig i den type utleievirksomhet.

Lagmannsretten mente på sin side at kravet om å betale denne summen måtte være begrunnet i frykt for at kravet på husleien ellers ville gå helt eller delvis tapt, og at fremgangsmåten som ble benyttet skulle sikre at fordringen ble betalt.

Det ble videre funnet bevist at Scan Tec var klar over den økonomiske situasjonen til SCB flere måneder før konkurs ble åpnet. At avtalen om betaling fra PAC til Scan Tec hverken var skriftlig eller omtalt noe annet sted, tydet på at man ønsket å skjule transaksjonen.

Lagmannsretten kom etter dette til at den opprinnelige kjøpesummen på 400 000 kr i realiteten ble opprettholdt, men slik at beløpet i den offisielle kontrakten ble redusert med

116 250 kr. Dette beløpet skulle så etter avtale med SBC utbetales direkte fra PAC til Scan Tec som oppgjør for husleien. Lagmannsretten mente at oppgjøret ikke ville ha skjedd på denne måten dersom Scan Tec regnet med at den kunne få fordringen innfridd av PAC, og at det således ikke kunne være tale om et såkalt "inngangsvederlag".

Det fantes ikke holdepunkter for at Scan Tec var direkte involvert i avtaleinngåelsen mellom SBC og PAC. Lagmannsretten fant likevel etter en samlet vurdering at Scan Tec var den eneste som hadde noe å tjene på den fremgangsmåte som ble benyttet, og at det i realiteten var initiativtaker til ordningen ved å stille krav om betaling på 116 250 kr fra PAC.

Lagmannsretten konkluderte med at betalingen fra PAC til Scan Tec måtte anses for å være en del av kjøpesummen som ble betalt for SCB, og at dette måtte likestilles med direkte oppgjør fra SBC og dermed rammes av dekningsloven § 5-5.

Denne saken skiller seg fra saken som var oppe for Høyesterett på to vesentlige punkter. I lagmannsrettssaken hadde betalingsmottakeren tatt initiativet til betalingen fra tredjemann. Det forelå ingen holdepunkter for at dette var tilfelle i Rt. 2012 s. 468. Måten oppgjøret skjedde på i denne lagmannsrettsdommen var også annerledes enn i Rt. 2012 s. 468. Det forelå ikke her en kombinasjon av betaling og motregning. Det er mer treffende å si at kjøpesummen for SCBs eiendeler delvis ble gjort opp ved at PAC overtok betalingsansvaret for SCBs gjeld til Scan Tec. Den økonomiske realiteten ved de to fremgangsmåter er imidlertid den samme. Selv om det i begge tilfeller var en tredjemann som foretok betalingen, var det i siste omgang skyldnerens midler som ble belastet, og således kom kreditoren til gode.

#### 4.2.2 Norsk juridisk litteratur

Høyesterett fant i Rt. 2012 s. 468, støtte for sin løsning i Kristian Husers fremstilling. Huser er den eneste forfatteren i norsk juridisk teori som har tatt opp spørsmålet om omstøtelse av tredjemannsbetalinger i relasjon til dekningsloven § 5-5.<sup>37</sup>

Han uttaler at ordlyden i bestemmelsen er formulert med sikte på et direkte oppgjør mellom skyldner og kreditor.<sup>38</sup> Likevel mener han at en betaling fra skyldneren via en tredjemann også vil rammes av dekningsloven § 5-5. Tredjemann kan være kreditors eller skyldnerens mann, så vel som en utenforstående tredjemann. Han omtaler slik betaling fra tredjemann, som en "indirekte betaling" fra skyldneren.<sup>39</sup>

Huser gir så eksempler på hvordan slike indirekte betalinger kan arte seg. Et eksempel er "tredjemenn som har til oppgave å realisere en naturalytelse, for deretter å betale realisasjonsutbyttet til kreditor".<sup>40</sup> Dette vil typisk kunne være et omgåelsesforsøk, men det trenger ikke være det. Huser uttaler at "[d]et er en tendens i moderne formuerett til å skjære gjennom en transaksjons form og legge vekt på dens realitet. Dette gjelder også i omstøtelseslæren. Rene omgåelsesforsøk vil således bli gjennomskåret. Dette gjelder ikke minst ved den kanskje med nærliggende fremgangsmåten, nemlig å operere med en eller annen stråmann."<sup>41</sup>

Et annet eksempel på indirekte betaling er "tilfellet hvor debitor har penger å hente hos tredjemann, hvorfor han ber tredjemann om å betale debitors gjeld til kreditor og skrive av dette på tredjemanns egen gjeld til debitor."<sup>42</sup> Huser hevder at "[d]et er klart at slik betaling

---

<sup>37</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 36-37

<sup>38</sup> Huser (1992) s. 258

<sup>39</sup> Huser (1992) s. 258-259

<sup>40</sup> Huser (1992) s. 259

<sup>41</sup> Huser (1992) s. 260-261

<sup>42</sup> Huser (1992) s. 258

etter debtors anmodning eller orde er betaling «som skyldneren har foretatt»".<sup>43</sup> Dette siste eksemplet kan neppe karakteriseres som et omgåelsesforsøk gjennom bruk av en stråmann. Betalingen fra en tredjemann gjennom anvisning fra skyldneren må anses for å være en vanlig, og ikke minst praktisk oppgjørsmåte. Om man ser på transaksjonen i sin helhet, er det imidlertid også her i realiteten skyldnerens midler som kommer kreditor til gode. Denne oppgjørsmåte var den som Høyesterett mente lignet på det tilfelle det selv stod overfor i Rt. 2012 s. 468.

På det tidspunktet hvor Huser skrev om disse såkalte indirekte betalinger fra skyldneren, fantes det ikke relevant rettspraksis omkring dekningsloven § 5-5. Det fantes imidlertid praksis omkring den tidligere konkursloven § 44, som støttet hans utledninger. Til tross for at det skjedde noen endringer ved innføringen av dekningsloven, er § 5-5 i stor grad en videreføring av konkursloven § 44.<sup>44</sup> Det er ingen holdepunkter i forarbeidene som tyder på at omstøtelsesadgangen skulle bli snevrere ved lovendringen.

Også konkursloven § 44 rammet etter en naturlig språklig forståelse betalinger foretatt av skyldneren, og ikke betalinger fra tredjemenn. Den største forskjellen ser ut til å være at nåværende omstøtelsesregel i dekningsloven § 5-5 også har som alternativ å omstøte betalinger foretatt "med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne".

Huser viser blant annet til Rt. 1867 s. 663.<sup>45</sup> Tredjemann, som ble funnet bevist å være kreditors mann, overtok et parti lerret fra skyldneren i kommisjon til en svært gunstig pris. Utbyttet av salget ble betalt til kreditor. Det var en advokat som hadde foreslått denne ordningen, fremfor at skyldneren skulle benytte varene til betaling direkte overfor kreditor. Høyesterett tok stilling til om denne betalingen kunne rammes av konkursloven § 44, om det her var tale om en betaling av gjeld foretatt av skyldneren. Omstøtelse ble godtatt.

---

<sup>43</sup> Huser (1992) s. 259

<sup>44</sup> NOU 1972:20 s. 291-292

<sup>45</sup> Huser (1992) s. 261

Måten betalingen skjedde på måtte kun være et forsøk på å omgå omstøtelsesregelen, og betalingen måtte i realiteten være ansett for å ha skjedd ved overlevering av skyldnerens eiendeler til kreditor.

Et eksempel på den annen form for indirekte betaling som Huser nevner, er lagmannsrettsdommen RG 1938 s. 84.<sup>46</sup> En landhandler (Solvi) stod i gjeld til sin kolonialgrossist. En del av betalingen skjedde ved at landhandleren anmodet en fiskehandler (Follesø), som stod i gjeld til landhandleren, om å betale kolonialgrossisten for hans regning. Spørsmålet var særlig hvorvidt betalingen kunne anses for å være foretatt med usedvanlig betalingsmiddel. Lagmannsretten uttalte at "[m]ed hensyn til A. Follesøs innbetaling den 8. mai 1934 av kr. 147,60 til motparten, er forholdet det, at Follesø skyldte Solvi dette beløp, at denne anmodet Follesø om å innbetale beløpet til motparten og at Follesø etterkom denne anmodning. Lagmannsretten finner, at motparten herved har mottatt betaling i rede penger. Den ankende kan ikke gis medhold i, at motparten ved det stedfundne har mottatt som betaling Solvis fordring på Follesø."

At omstøtelse ikke ble godtatt her skyldtes at betalingen ikke ble ansett for å være foretatt med usedvanlig betalingsmiddel. Det ser imidlertid ut til å være på det rene at betalingen ble ansett for å komme fra skyldneren, til tross for at det var tredjemann som betalte kreditor. Hadde den vært foretatt før forfallstid, skulle det ikke ha vært noe i veien for å omstøte den. Slik jeg ser det skulle den i dag også kunne ha vært omstøtelig hvis betalingen for eksempel hadde skjedd med et beløp som betydelig forringet skyldnerens betalingsevne.

Etter den tidligere konkursloven § 44 så en altså på realiteten ved den transaksjonen som ble gjennomført. Og realiteten ved de tredjemannsbetalinger beskrevet overfor, er at det er skyldnerens midler som kommer kreditoren til gode. At en lar den nye omstøtelsesregelen i

---

<sup>46</sup> Huser (1992) s. 240 og 258

dekningsloven § 5-5 få et tilsvarende anvendelsesområde som sin forgjenger, må etter mitt syn være riktig.



### 4.2.3 Rettstilstanden i Sverige og Danmark

Til støtte for sin løsning i Rt. 2012 s. 468 så også Høyesterett hen til rettstilstanden i Sverige og Danmark, hvor visse former for tredjemannsbetalinger har blitt ansett for å være omstøtelige. Begrunnelsen var at dekningslovens regler, herunder reglene om omstøtelse, er blitt til gjennom et nordisk samarbeid.<sup>47</sup>

Det er fremhevet i forarbeidene at det på omstøtelsesreglens område i stor grad ble kommet frem til felles løsninger i Norge, Sverige og Danmark.<sup>48</sup>

Med målet om å komme frem til en overensstemmelse ble det nedlagt et grundig arbeid. Det lyktes for så vidt det gjaldt vilkårene for omstøtelse, mens når det kom til virkningene av omstøtelse var ulikhetene for store og de ulike tradisjoner for sterke til å oppnå enighet. På dansk og svensk side skjedde det en betydelig objektivisering av reglene for å få til en harmonisering av vilkårene. På norsk side var ikke behovet for endringer like stort.<sup>49</sup>

Bestemmelsen i dekningsloven § 5-5 har i stor grad lignende ordlyd som den svenske konkurslagen 4. kap 10 § og den danske konkursloven § 67.

Den svenske bestemmelsen har overskriften "[å]tervinning av betaling eller kvittning". Dens ordlyd er som følger:

"Betaling av en skuld, som har skett senare än tre månader före fristdagen och som har gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning, går åter, om den inte med hänsyn till omständigheterna ändå kan ases som ordinär."<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 35

<sup>48</sup> NOU 1972:20 s. 22 og 24

<sup>49</sup> NOU 1972:20 s. 283

<sup>50</sup> Konkurslagen 4. kap 10 § [Sverige] (siteret fra Karnov Sverige 18.11 2013 )

Den danske bestemmelsen lyder slik:

"Betaling af gæld, der er foretaget senere end tre måneder før fristdagen, kan fordres omstødt, hvis betalingen er sket med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløb, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne, forudsat at betalingen ikke under hensyn til omstændighederne fremtrådte som ordinær."<sup>51</sup>

Vi ser imidlertid at det i utformingene av bestemmelsene er en vesentlig forskjell. Den svenske og den danske bestemmelse taler om henholdsvis "betaling af skuld" og "betaling af gjæld". Ingen av bestemmelsene sier noe om hvem som må betale gjelden, i motsetning til hva den norske gjør.

Forskjellen i ordlyd kunne tyde på at den svenske og den danske bestemmelse er tilsiktet et videre anvendelsesområde enn den norske, og at det derfor i større grad må aksepteres at også betaling fra tredjemanns side kan omstøtes.

I Rt. 2012 s. 468 ble forskjellen i ordlyd ikke tillagt noen betydning. Det at forarbeidene ikke berører temaet, måtte forstås slik at en ikke hadde sett noen grunn til å problematisere ulikhetene i utformingene av bestemmelsene.<sup>52</sup> Min oppfatning er også at forskjellen i ordlyd ikke bør tillegges noen betydning. I svenske og danske fremstillinger av omstøtelsesreglene fremgår det at bestemmelsene om omstøtelse av gjeldsbetalinger som hovedregel rammer betalinger fra konkursskyldneren, og ikke betalinger fra tredjemann.

Lennander har i svensk juridisk teori skissert en situasjon hvor tredjemann A betaler konkursskyldnerens gjeld til kreditor B. Hun uttaler at utgangspunktet er "att den betalning som A erlagt till B inte kan återvinnas från B i KG:s konkurs".<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Konkursloven § 67 [Danmark] (siteret fra Karnov Danmark 18.11 2013)

<sup>52</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 35

<sup>53</sup> Lennander (2013) s. 210

Også i svensk rettspraksis finnes konkrete uttalelser om at den svenske bestemmelsen som hovedregel gjelder skyldnerens egen betaling av gjeld. I NJA 1996 s. 282 uttaler den svenske Högsta Domstolen at "4 kap 10 § KL gäller enligt sin lydelse betalningar som konkursgäldenären har gjort inom den i lagrummet angivna återvinningsfristen".<sup>54</sup>

Anders Ørgaard har for dansk retts vedkommende uttalt at "[o]mstødelsesreglerne regulerer kun tilfælde, hvor begunstigelsen hidrører fra skyldneren og ikke fra tredjemand. Betalinger eller pantsætninger fra tredjemand er således ikke omstødelige."<sup>55</sup>

Hovedregelen er altså den samme i Sverige og Danmark, som i Norge. Det er skyldnerens betaling av gjeld som kan omstøtes.

Til tross for dette utgangspunkt har det i dansk og svensk rett blitt operert med et unntak for de tilfellene der det skjer en betaling fra tredjemann som belaster skyldnerens midler.

Lennander uttaler at såkalte "medelbara" betalinger, altså indirekte betalinger fra skyldneren vil være omstøtelige etter den svenske konkurslagen 4. kap. 10 §.<sup>56</sup> En form for slik indirekte betaling er at "konkursgäldenären anvisar en av sina egna gäldenärer att betala sin skuld genom att erlägga betalningen till en av konkursgäldenärens borgenärer". Hun sier at en slik situasjon i praksis blir likestilt med en direkte betaling fra skyldneren.<sup>57</sup> Denne situasjonen ligger meget nær tilfellet som var oppe i Rt. 2012 s. 468.

Lennander gir også et annet eksempel på en indirekte betaling fra skyldneren. Det er at "konkursgäldenären säljer egendom till tredje man, varvid tredje man betalar

---

<sup>54</sup> NJA 1996 s. 282 (s. 291)

<sup>55</sup> Ørgaard (2011) s. 89

<sup>56</sup> Lennander (2013) s. 212

<sup>57</sup> Lennander (2013) s. 211-212

köpeskillingen genom att *antingen* infria vissa av konkursgäldenärens skulder *eller* genom att överta betalningsansvaret för dylika skulder".<sup>58</sup> Hun sier at konkursskyldneren da i realiteten har benyttet sin eiendom til å betale kreditor.<sup>59</sup> Dette ligner den fremgangsmåte som ble benyttet i LG-2006-17565, i alle fall hva angikk en del av kjøpesummen.

Videre uttaler Lennander at felles for disse situasjoner er at betalingen foretas av tredjemann, men på bekostning av skyldneren, da det er hans midler som kommer kreditoren til gode.<sup>60</sup>

Hun viser til et eksempel i NJA 1981 s. 526.<sup>61</sup> Et innredningsfirma (NK) og en restaurantvirksomhet (GAD) hadde her inngått en avtale, hvor NK påtok seg å levere samtlige innredningsdetaljer og inventar til GAD, i tillegg til å sørge for alle installasjoner og innredningsarbeid i restauranten. Før GAD hadde gjennomført alle betalingene etter kontrakten ble GAD insolvent. Med tillatelse fra NK overførte GAD virksomheten til en tredje virksomhet (El Pilar) mot at El Pilar overlot ett visst kontantbeløp til GAD, og dels overtok betalingsansvaret for GADs gjenstående gjeld til NK. En del av gjelden var det stilt sikkerhet for. Högsta Domstolen mente at transaksjonen reelt sett innebar at GAD hadde benyttet de midler som restaurantvirksomheten representerte, til å betale gjelden til NK. Betalingen fra El Pilar måtte i omstøtelsessammenheng likestilles med en betaling fra GAD til NK. Betalingen av den del av gjelden som det ikke var stilt sikkerhet for, måtte derfor omstøtes.

---

<sup>58</sup> Lennander (2013) s. 212

<sup>59</sup> Lennander (2013) s. 212

<sup>60</sup> Lennander (2013) s. 212

<sup>61</sup> Lennander (2013) s. 212.

Lennander uttaler at dommen viser at transaksjonen ble betraktet i sin helhet, og at det ble sett hen til hvilken virkning transaksjonen i realiteten hadde hatt. I praksis kalles denne betraktningensmåte "genomsyn".<sup>62</sup>

Også i NJA1996 s. 282 uttaler Högsta Domstolen at «betalningar som görs av konkursgäldenären brukar emellertid likställas s k medelbara betalningar som görs av tredje man för konkursgäldenärens räkning».<sup>63</sup>

Dommene som Høyesterett støttet seg på i Rt. 2012 s. 468 var dom fra den svenske Högsta Domstolen av 24. mai 1996, inntatt i NJA 1996 s. 333 og dom fra den danske Højesteret av 21. april 1998, inntatt i UfR 1988 s. 484.<sup>64</sup>

Oppgjørsmåten i NJA 1996 s. 333 ligner den oppgjørsmåte som ble benyttet i LG-2006-17565. Situasjonen i UfR 1988 s. 484 ligner derimot mer på Rt. 2012 s. 468, og har preg av å være en kombinasjon av tredjemannsbetaling og motregning.

Disse dommene skal nå undersøkes nærmere.

#### 4.2.3.1 NJA 1996 s. 333

Saksforholdet i NJA 1996 s. 333 var som følger:

1. desember 1991 ble det inngått en avtale mellom Herberts Musik og Skivkompaniet. Gjennom avtalen ble det overført en del av Herberts Musiks eiendom, inventar og utstyr fra butikker. Kjøpesummen på SEK 2 909 987 ble i hovedsak finansiert ved at Skivkompaniet overtok betalingsansvaret for Herberts Musiks gjeld pålydende 2 709 987.

---

<sup>62</sup> Lennander (2013) s. 213

<sup>63</sup> NJA 1996 s. 282 (s. 291)

<sup>64</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 35

Det ble blant annet betalt 168 432 SEK til Sony Entertainment Sweden AB. Sony mottok summen fra Skivkompaniet gjennom kontant oppgjør i januar eller februar 1992.

Gjennom en ny avtale av 2.januar ble hele Herberts Musiks virksomhet foruten en mindre butikk i Malmø overført til Skivkompaniet.

Ved konkursåpning hadde Herberts Musik eiendeler for SEK 19 177 og en gjeld på SEK 2 240 431. Kun to av skyldnerne hadde en fortrinnsrett til dekning, ingen av disse var Sony.

Et av spørsmålene for Högsta Domstolen var om betalingen fra Skivkompaniet (tredjemann) til Sony kunne omstøtes til fordel for boet.

Avtalen mellom Herberts Musik og Skivkompaniet ble inngått 2 måneder før konkursåpning. Gjelden til Sony ble gjort opp gjennom postgiro. Det ble funnet bevist at Sony manglet kunnskap om avtalen.

Högsta Domstolen uttalte at en skyldner som hovedregel ikke kan plassere en annen i sitt sted uten kreditors godkjenning. Avtalen mellom Herberts Musik og Skivkompaniet medførte således ikke at det var skjedd et gyldig debitorbytte overfor Sony. Derimot innebar avtalen at Skivkompaniet, som vederlag for virksomhetsoverføringen, påtok seg å betale inkludert gjeld, herunder til Sony. Når Skivkompaniet så betalte gjelden til Sony, skjedde dette følgelig på Herberts Musiks vegne og i realiteten med Herberts Musiks midler.<sup>65</sup>

Högsta Domstolen uttalte så videre at en betaling fra tredjemann på anmodning fra skyldneren til skyldnerens kreditorer, anses i omstøtelsessammenheng likestilt med en betaling direkte fra skyldneren til kreditor, forutsatt at det er skyldnerens eiendeler som

---

<sup>65</sup> NJA 1996 s. 333 (s. 337)

skal benyttes ved betalingen. Dermed måtte betalingen fra Skivkompaniet til Sony i samsvar med kontrakten, betraktes som en betaling direkte fra Herbers Musik til Sony.<sup>66</sup>

Altså var det faktum at tredjemann hadde stått for betalingen til skyldnerens kreditor ikke til hinder for at betalingen kunne omstøtes etter Konkurslagen 4. kap 10 §. Högsta Domstolen uttalte eksplisitt at det at Sony ikke kjente til betalingsopplegget ikke kunne være til hinder for omstøtelse, da regelen er absolutt objektiv.<sup>67</sup>

Betalingen til skyldnerens kreditor kom altså fra tredjemann, men det var skyldnerens midler som i realiteten kom kreditor til gode. Den økonomiske realiteten ved disposisjon var altså den samme som både i Rt. 2012 s. 468 og LG-2006-17565.

#### 4.2.3.2 UfR 1988 s. 484

Saksforholdet i UfR 1988 s. 484 var følgende:

Statsautorisert revisor Laurids Hansen skyldte Aktivbanken ca. 360 000 DKK. 14. desember 1981 begjærte Aktivbanken Hansen konkurs. Aktivbanken trakk så konkursbegjæringen tilbake etter at Aktivbanken 4. februar 1982 mottok betaling pålydende 180 000 DKK og ble lovt månedlige avdrag på 160 000 DKK.

Den 1. mars ble det første månedlige avdraget betalt til Aktivbanken. Hansen ble så 21. april 1982 erklært konkurs etter begjæring fra tre andre kreditorer. Konkursboets aktiva var da på ca. 50 000 DKK, mens samlet gjeld var på ca. 1 500 000 DKK.

Konkursboet krevde omstøtelse av betalingene til Aktivbanken, tilsvarende en sum på 196 000 DKK.

---

<sup>66</sup> NJA 1996 s. 333 (s. 337)

<sup>67</sup> NJA 1996 s. 333 (s. 337)

Aktivbanken påstod seg frifunnet på det grunnlag at den ikke hadde mottatt betaling fra Hansen selv, men fra et aksjeselskap hvor Hansen var direktør. Betalingene var således utført av en tredjemann. Banken fikk opplyst ved betalingen at midlene stammet fra tredjemann, og at de således ikke kunne omstøtes til fordel for Hansens konkursbo.

Hansens svoger var eneaksjonær i dette selskapet. Højesteret fant imidlertid at Hansen, som var direktør, reelt sett måtte sies å være enerådig i selskapet.<sup>68</sup>

Selskapets regnskaper ble gjennomgått av en revisor med det formål å konstatere hvorvidt Hansen på tidspunktet for betalingene fra selskapet, hadde en fordring på selskapet.

Højesteret konkluderte med at det ikke fantes tilstrekkelig med bevis for å fastslå hvordan det økonomiske oppgjøret mellom Hansen og aksjeselskapet skulle skje med henblikk på de omtvistede betalingene. Det ble fremhevet at ettersom hverken aksjeselskapet eller dets senere konkursbo hadde fremsatt noe krav mot Hansen i anledning betalingene, fantes det ikke godtgjort at Hansen, da betalingene skjedde, ikke hadde et tilsvarende krav på selskapet. Omstøtelse ble således godtatt.<sup>69</sup>

Det forhold at kreditor hadde fått beskjed om at betalingen kom fra tredjemann og således ikke kunne omstøtes, ble ikke berørt av Højesteret.

Højesteret mente altså at det var skjedd en kombinasjon av tredjemannsbetaling og motregning. Tredjemann foretok betalingen, men det var i realiteten skyldnerens midler som kom kreditoren til gode.

---

<sup>68</sup> UfR 1988 s. 484 (s. 488)

<sup>69</sup> UfR 1988 s. 484 (s. 488)



#### 4.2.4 Reelle hensyn

Høyesteretts konklusjon om at tredjemanns betaling i Rt. 2012 s. 468 kunne omstøtes var i særlig grad basert på reelle hensyn.<sup>70</sup> Ved å la såkalte "indirekte betalinger" fra skyldneren være omstøtelige etter dekningsloven § 5-5 vil lovens formål bli realisert. Man forhindrer eller gjenoppretter en reduksjon av skyldnerens midler i forkant av konkursåpning, og sørger for en likedeling mellom skyldnerens kreditorer. Jeg vil her se på de hensyn som taler for og de hensyn som taler mot at visse tredjemannsbetalinger kan omstøtes etter § 5-5.

##### 4.2.4.1 Behovet for klare objektive regler

Et hensyn som vil kunne tale i mot å la § 5-5 få anvendelse på betalinger utført av tredjemann, er hensynet til behovet for klare objektive regler. Ettersom det ikke er adgang til å føre bevis for hverken skyldnerens solvens eller kreditors gode tro med hensyn til skyldnerens økonomiske stilling, burde ordlyden gi en klar beskjed om hvilke disposisjoner som er omstøtelige eller ikke. På den annen side, en streng fortolkning av ordlyden ville gjøre bestemmelsens slagvidde liten.

##### 4.2.4.2 Vil omstøtelse av betaling fra tredjemann være urimelig overfor godtroende kreditor?

I Rt. 2012 s. 468 argumenterte advokatfirmaet for at reelle hensyn talte i mot omstøtelse. Det ble blant annet hevdet at omstøtelse i slike situasjoner ville virke urimelig overfor en kreditor som ikke har forutsetninger for å forstå at disposisjonen var illojal.<sup>71</sup> Høyesterett mente på sin side at kreditor måtte få et varsel om at ikke alt var som det skulle, når betalingen kommer fra tredjemann.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 38 og 39

<sup>71</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 12

<sup>72</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 40

Kreditors manglende kunnskap kan her rette seg mot to ulike forhold, både skyldnerens økonomiske stilling og det faktum at betalingen fra tredjemann belaster skyldnerens midler.

At det ikke det kan få noen betydning at kreditor ikke er klar over skyldnerens økonomiske stilling er greit nok. Det er ikke et vilkår etter dekningsloven § 5-5 at kreditor er i ond tro med hensyn til skyldnerens insolvens. Bestemmelsen er som nevnt absolutt objektiv.<sup>73</sup>

Det er derimot ikke like opplagt at kreditors gode tro skal være uten betydning der han tror betalingen fra tredjemann er reell, og således ikke vet at skyldnerens midler blir belastet.

Først og fremst kan en vel si til dette, at det er sjeldent at en person tar på seg å betale andres gjeld uten å få noe igjen for det. Dette er et forhold som kreditor nok i alle fall bør tenke på.

Det kan imidlertid tenkes tilfelle hvor kreditors gode tro om at betalingen er en reell tredjemannsbetaling, er berettiget. En kan tenke seg det tilfelle at skyldnerens foreldre betaler til kreditor. Det er ikke uvanlig at foreldre er villig til å betale for sine barn i knipe. Sett at det i et gitt tilfelle, var slik at foreldrene stod i gjeld til skyldneren, og ved betalingen foretok en avregning i denne gjelden. Situasjonen vil neppe aktualisere seg ofte. Det kan likevel synes urimelig å omstøte betalingen overfor kreditor, dersom den først skulle oppstå.

#### 4.2.4.3 Likhets hensyn

Uavhengig av hvilken form den indirekte betalingen tar, vil likhetshensynet tale til fordel for omstøtelse etter § 5-5. Jeg vil her se på de tilfeller som i praksis har blitt ansett omstøtelige etter dekningsloven § 5-5.

---

<sup>73</sup> NOU 1972:20 s. 292

Først vil jeg se på situasjonen i Rt. 2012 s. 468. Det kan tenkes to alternative oppgjørsmåter som gir samme resultatet som hvor tredjemann betaler kreditor med en etterfølgende motregning i hans gjeld til skyldneren. For det første kunne tredjemann i stedet ha betalt hele eller deler av beløpet han skyldte direkte til skyldneren. Skyldneren kunne så ha benyttet disse midlene til å betale kreditor. Alternativt kunne skyldneren ha overdratt sin fordring på tredjemann til kreditor, slik at kreditor kunne inndrevet betalingen fra tredjemann.<sup>74</sup> Begge disse alternative oppgjørsmåtene ville ha blitt rammet direkte av ordlyden i § 5-5. Det ville da klart ha vært tale om en gjeldsbetaling foretatt av skyldneren. I alle tre tilfelle skjer det en reduksjon av skyldnerens midler og en forfordeling av kreditorene. Det synes da urimelig at omstøtelse skal forhindres ved at det benyttes en formell fremgangsmåte som ligger litt utenfor bestemmelsens ordlyd.

Det samme gjelder situasjonen som oppstod i LG-2006-17565, altså situasjonen hvor tredjemann kjøper eiendeler av skyldneren, hvor deler eller hele kjøpesummen gjøres opp ved at tredjemann dekker skyldnerens gjeld til kreditor. Tredjemann kunne i stedet ha betalt vanlig pris til skyldneren, og så kunne skyldneren benyttet disse midlene til å betale kreditor. Alternativt kunne skyldneren overlevert eiendelene direkte til kreditor som betaling for sin gjeld. Begge disse alternative oppgjørsmåtene rammes direkte av ordlyden i § 5-5.

Vi ser at det økonomiske resultatet ved slike tredjemannsbetalinger blir det samme som hvor skyldneren hadde betalt gjelden selv direkte til kreditor. I realiteten er det skyldnerens midler som kommer kreditor til gode.

---

<sup>74</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 38-39

#### 4.2.4.4 Omgåelseshensyn

I forlengelse av likhetshensynet har man omgåelseshensynet. Om en skulle forholde seg strengt til ordlyden i § 5-5, ville det åpne for omgåelser av bestemmelsen.<sup>75</sup> Som nevnt vil det ikke sjelden bli gjort forsøk på å omgå omstøtelsesreglene i forbindelse med konkurssituasjoner. For å sikre et "rettferdig" oppgjør av konkursboer er det viktig at en legger vekt på realiteten i de disposisjoner som treffes og ikke henger seg opp i de formelle former.

Alt i alt må de hensyn som taler for å omstøte indirekte betalinger fra skyldneren via en tredjemann, sies å veie tyngre enn de hensyn som taler imot.

---

<sup>75</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 39

## **5 Vilkårene for å omstøte tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld i medhold av § 5-5**

Vi har til nå sett at de omstøtelige tredjemannsbetalinger kan ta ulike former, fra de mer praktiske oppgjørsmåter til klare omgåelsesforsøk. Jeg vil nå forsøke å stille opp de kumulative vilkår som må være oppfylt for at en skal kunne omstøte en gjeldsbetaling fra tredjemann.

### **5.1 Skyldnerens midler må belastes**

Felles for de tilfeller av tredjemannsbetalinger som hittil har blitt ansett for å være omstøtelige i praksis, er at det er skyldnerens midler som kommer kreditor til gode.<sup>76</sup> Sagt med andre ord, betalingen fra tredjemann må føre til en belastning av skyldnerens egne midler. Dette må være et absolutt vilkår. Først når skyldnerens midler belastes vil bestemmelsens formål tale for at betalingen fra tredjemann bør omstøtes. Betalingen er da en forrykkende disposisjon som medfører en forfordeling av kreditorene i strid med lovens likedelingsprinsipp.

### **5.2 Tredjemann må ha som hovedformål å dekke skyldnerens gjeld**

Ett av grunnvilkårene for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 er at det er blitt foretatt en betaling av gjeld. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at skyldnerens gjeld rent faktisk blir dekket ved disposisjonen, dersom hovedformålet med betalingen ikke er å dekke gjeld.

Huser uttaler at gjeldsdekning må være betalingens primære funksjon, og at det ikke vil være en gjeldsbetaling i medhold av § 5-5 dersom den hovedsakelig er foretatt av andre

---

<sup>76</sup> Rt. 2012 s. 468, LG-2006-17565, NJA 1996 s. 333, UfR 1988 s. 484

grunner.<sup>77</sup> Bakgrunnen for dette er at det ikke er ønskelig "å ramme disposisjoner som har hatt et annet selvstendig og aktverdig formål".<sup>78</sup>

Vurderingen av om formålet er å dekke gjeld, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Det avgjørende vil være "hva som etter rettsanvenderens objektive vurdering fremstår som transaksjonens hovedhensikt basert på de foreliggende opplysninger om de individuelle omstendigheter".<sup>79</sup>

I Rema 1000-dommen uttalte Høyesterett: "For at det skal foreligge betaling av gjeld, er det imidlertid vanlig å kreve at gjeldsdekning også har vært den vesentlige hensikt med transaksjonen."<sup>80</sup> Rema 1000 hevdet her at dets hovedformål ikke hadde vært å dekke gjeld, men å sikre fortsatt drift.<sup>81</sup>

Når det er tredjemann og ikke skyldneren som står for betalingen, er det tredjemann som må ha til hovedformål å dekke skyldnerens gjeld. Det understrekes både av Huser og i LG-2006-17565 at avgjørende er "hva som må antas å være hensikten med betalingen, dekke debtors gjeld eller å ivareta egne interesser".<sup>82</sup>

Her tales det altså om "hensikt". "Hensikt" og "formål" trenger ikke nødvendigvis å ha nøyaktig samme betydning, selv om Huser ser ut til å bruke begrepene om hverandre. Etter en naturlig språklig forståelse kan en si at "hensikt" i større grad må sies å rette seg mot subjektive forhold ved transaksjonen, mens "formål" peker mer mot transaksjonens objektive trekk. Når det gjelder skyldnerens egne betalinger, fremgår det av Husers fremstilling at det er "hovedformålet" en må se på, herunder hvordan transaksjonen

---

<sup>77</sup> Huser (1992) s. 223

<sup>78</sup> Huser (1992) s. 223

<sup>79</sup> Huser (1992) s. 223-224

<sup>80</sup> Rt. 2008 s. 1170 avs. 45

<sup>81</sup> Rt. 2008 s. 1170 avs. 23

<sup>82</sup> LG-2006-17565, Huser (1992) s. 260

fremstår etter en objektiv vurdering.<sup>83</sup> Når Huser taler om at tredjemann må ha til hensikt å dekke skyldnerens gjeld, må det antakelig tolkes slik at tredjemann må ha til hovedformål å dekke skyldnerens gjeld, og at det er en objektiv vurdering av formålet som skal legges til grunn. Etersom lagmannsretten i LG-2006-17565 bygger på Husers fremstilling, må det samme menes der.

I Rt. 2012 s. 468 fremhevet Høyesterett at lagmannsretten hadde "funnet det bevist at den umiddelbare hensikten med betalingen i dette tilfellet var å dekke datterselskapets gjeld, og at betalingen slik sett først og fremst var i datterselskapets interesse".<sup>84</sup> At dette trekkes frem, tyder på at Høyesterett anså dette som et viktig moment i saken. Da lagmannsretten hadde saken til behandling, uttalte retten at "[d]et er ikke tvilsomt at den umiddelbare hensikten med morselskapets betaling i dette tilfellet var å dekke debtors gjeld, og at betalingen slik sett først og fremst var i Centrum Eiendomsmeglings interesse. Om Centrum Eiendom gjennom betalingen ønsket å oppnå fortsatte tjenester fra advokatfirmaet for eventuelt å unngå konkurs og sikre egne økonomiske interesser i datterselskapet, kan i denne sammenhengen ikke være avgjørende."<sup>85</sup> Det spilte altså ikke noen rolle om tredjemann også hadde andre formål, så lenge hovedformålet var å dekke skyldnerens gjeld.

At det fremheves i Rt. 2012 s. 468 og LB-2011-082581 at betalingen var skjedd "i skyldnerens interesse", har neppe noen selvstendig verdi utover det å understreke at tredjemanns hovedformål var å dekke skyldnerens gjeld. At betaling skjer, vil like fullt være i kreditors interesse. I LG-2006-17565 fant lagmannsretten det bevist at kreditor hadde tatt initiativet til oppgjørsmåten. Dette innebærer ikke at betalingen fra tredjemann ikke kan sies å være skjedd i skyldnerens interesse.

---

<sup>83</sup> Huser (1992) s. 223-224

<sup>84</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 30

<sup>85</sup> LB-2011-082581

Dersom tredjemanns betaling rent faktisk dekker skyldnerens gjeld, men i hovedsak er motivert av andre bakenforliggende interesser, skulle således omstøtelse etter dekningsloven § 5-5, ikke kunne skje. Dersom det for eksempel ble funnet bevist at hovedformålet til tredjemann i LG-2006-17565 faktisk var å skaffe seg en inngangsbillett og sikre posisjonen som leietaker, kan det tenkes at omstøtelse etter § 5-5 ikke ville ha blitt resultatet.

Kort oppsummert, må hovedformålet til tredjemann være å dekke skyldnerens gjeld. Betalingen må ikke hovedsakelig være begrunnet i tredjemanns egne interesser.

### **5.3 Må skyldneren anmode tredjemann om å betale?**

Slik en "indirekte betaling" er blitt beskrevet av både Huser og Lennander, ser det ut til å stilles krav om at skyldneren anmoder tredjemann om å betale.<sup>86</sup> I NJA 1996 s. 333 talte Högsta Domstolen om betaling som en tredjemann gjør «på oppmaning av en gäldenär».<sup>87</sup> Også Højlund Christensen ser ut til å være av den oppfatning at det normalt må kreves en anmodning.<sup>88</sup>

Ordlyden i § 5-5 tilsier at det må skje en viss aktivitet fra skyldnerens side. Den taler om "[b]etaling av gjeld som skyldneren har foretatt". Det kan derfor tenkes at omstøtelse ikke vil bli aktuelt dersom skyldneren ikke har "foretatt" seg noe. Spørsmålet er hvor strengt en må forholde seg til ordlyden. Bestemmelsens ordlyd rammer heller ikke betalinger foretatt av tredjemann. Likevel har domstolene tolket bestemmelsen utvidende slik at visse former for tredjemannsbetalinger har blitt omstøtt etter § 5-5.<sup>89</sup> Dette kan tale for at man heller ikke trenger å tolke begrepet "foretatt" alt for strengt.

---

<sup>86</sup> Huser (1992) s. 259-260, Lennander (2013) s. 211-212

<sup>87</sup> NJA 1996 s. 333 (s. 337)

<sup>88</sup> Højlund Christensen (2012) s. 266

<sup>89</sup> Rt. 2012 s. 468, LG-2006-17565



La oss nå for eksempel tenke oss følgende trekantforhold: Kreditor er et morselskap og tredjemann er morselskapets datterselskap. Datterselskapet forutsettes å ha være i gjeld til skyldneren. Skyldneren er en "utenforstående". Når det blir klart for mor- og datterselskap at skyldneren er på randen av konkurs, betaler datterselskapet skyldnerens gjeld til morselskapet. Dersom betalingen kan betraktes som en overtakelse av morselskapets fordring på skyldneren, kan datterselskapet i prinsippet foreta en tvungen motregning i sin gjeld til skyldneren. Motregningen kan således gjennomføres uten skyldnerens aksept.<sup>90</sup> Her kan en ikke si at skyldneren har "foretatt" seg noe. Spørsmålet blir da om oppgjørsmåten ligger for langt unna ordlyden i § 5-5. Om omstøtelse skulle være utelukket etter § 5-5, er det ikke nødvendigvis slik at forholdet ikke vil kunne omstøtes etter en annen omstøtelsesregel, for eksempel dekningsloven § 5-6. Da er det imidlertid ikke betalingen fra tredjemann som kan omstøtes, men den motregning som er foretatt. Da må skyldnerens konkursbo rette omstøtelseskravet mot datterselskapet.<sup>91</sup>

En annen situasjon man kan se for seg er at skyldneren er klar over at tredjemann betaler sin gjeld, uten at han selv har tatt initiativet til det. Etter betalingen godtar han at det skjer en avregning i tredjemanns egen gjeld til han. Heller ikke her er det naturlig å si at skyldneren har "foretatt" seg noe. Skal da omstøtelse etter § 5-5 være utelukket bare fordi han selv ikke initierte betalingsmåten?

Omstøtelsesreglene kan indirekte "virke som beskyttelse av skyldneren mot pågående kreditorer".<sup>92</sup> Dette kan tale for at omstøtelse etter § 5-5 likevel burde være aktuelt i de ovenfor skisserte tilfeller. Dekningsloven § 5-5 er som nevnt en absolutt objektiv omstøtelsesregel. At ikke skyldneren har handlet illojalt i et tilfelle, er ellers uten betydning for hvorvidt omstøtelse kan skje.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Bergsåker (2011) s. 227-228

<sup>91</sup> Dekningsloven §§ 5-11 og 5-6

<sup>92</sup> Andenæs (2009) s. 286

<sup>93</sup> NOU 1972:20 s. 292

En kan stille seg det spørsmål om det er noen gode grunner for å la kreditor beholde pengene han mottar fra tredjemann, kun fordi skyldneren ikke var den som tok initiativet til oppgjørsmåten. Mangel av initiativ eller ønske om å tilgodese en bestemt kreditor, endrer ikke disposisjonens økonomiske realitet. Skyldnerens midler er blitt redusert til fordel for en kreditor. For de øvrige kreditorene er ikke handlingen noe mindre skadelig, enn hvor skyldneren selv tar initiativet til oppgjørsmåten. Omstøtelse vil således bidra til å realisere lovens formål.

Et argument for å omstøte disposisjonen til tross for at skyldneren ikke er direkte involvert i oppgjørsmåten, kan finnes i den subjektive omstøtelsesregel i dekningsloven § 5-9. Denne bestemmelse vil være en alternativ omstøtelsesregel til alle de objektive reglene i §§ 5-2 til 5-8.<sup>94</sup>

Dekningsloven § 5-9 har følgende ordlyd:

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

Bestemmelsen tar sikte på å ramme "disposisjoner", men stiller etter ordlyden ikke noe krav om at skyldneren selv har foretatt disposisjonen. Om § 5-9 ikke krever noen aktivitet fra skyldneren, kan det tale for at det heller ikke bør være et vilkår ved anvendelse av § 5-5. Det at § 5-9 krever at disposisjonen må være "utilbørlig", kan i prinsippet tyde på at den er ment å være strengere enn § 5-5.

---

<sup>94</sup> NOU 1972:20 s. 297, Andenæs (2009) s. 353

Det er verdt å merke seg, at det hverken i Rt. 2012 s. 468 eller i UfR 1988 s. 484 er holdepunkter for å anta at skyldneren anmodet tredjemann om å betale sin gjeld til kreditor. Det som imidlertid var spesielt i disse sakene, var tilknytningen mellom tredjemann og skyldner. I Rt. 2012 s. 468 uttalte Høyesterett at situasjonen minnet om den form for indirekte betaling beskrevet av Huser, ettersom det var samme person som styrte likviditeten i begge selskapene.<sup>95</sup> I UfR 1988 s. 484 fant Høyesteret at skyldneren reelt sett var enerådende i det selskapet som var tredjemann.

På bakgrunn av disse to dommer har Højlund Christensen utledet at det ikke trenger skje en anmodning fra skyldneren, hvor den som styrer den samlede likviditet, betaler i skyldnerens interesse.<sup>96</sup> "Der kan således i begge afgørelser spores en vis vilje til at strække reglerne for at tilpasse dem til tredjemandsdispositioner – og de strækkes mod en øget mulighed for omstødelse."<sup>97</sup>

Jeg finner det vanskelig å skulle oppstille noen sikker løsning på spørsmålet om hvorvidt det må kreves at skyldneren anmoder tredjemann om å betale, for at tredjemanns betaling skal kunne omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-5. På bakgrunn av Rt. 2012 s. 468 og UfR 1988 s. 484, skulle man i alle fall kunne si at anmodning ikke er et krav der samme person styrer likviditeten til både skylder og tredjemann.

Selv om det i Rt. 2012 s. 468 og UfR 1988 s. 484 forelå et spesielt tilknytningsforhold mellom skyldner og tredjemann, finner jeg imidlertid ingen uttalelser som gir en direkte indikasjon på at anmodning i andre tilfelle må være et krav. Domstolenes villighet til å strekke reglene i disse sakene, kan tvert imot tas til inntekt for at de vil kunne komme til å strekke seg enda lenger i neste omgang.

---

<sup>95</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 36-37

<sup>96</sup> Højlund Christensen (2012) s. 266

<sup>97</sup> Højlund Christensen (2012) s. 267

Selv er jeg av den oppfatning at det ikke bør fokuseres på skyldnerens rolle ved disse tredjemannsdisposisjoner. Disposisjonens økonomiske realitet er i alle tilfelle den samme. Det skjer like fullt en forfordeling av kreditorene der skyldneren har opptrådt aktivt, som hvor han har forholdt seg passiv. For at formålene bak regelen skal realiseres, burde derfor skyldnerens anmodning ikke være avgjørende. Også bevismessige hensyn taler til fordel for dette. Det vil ofte kunne være vanskelig å få på det rene hva som faktisk foregikk før tredjemann betalte skyldnerens gjeld.

#### **5.4 Uten betydning at kreditor har vært i god tro**

Når en har å gjøre med tredjemannsbetalinger får, som nevnt under punkt 4.2.4.2, kreditors gode tro et dobbelt aspekt. Den kan referere seg til både skyldnerens økonomiske situasjon og hvem som reelt sett belastes gjennom betalingen fra tredjemann.

Jeg har allerede fastslått at kreditors kunnskap om skyldnerens økonomiske situasjon, er irrelevant ved anvendelse av dekningsloven § 5-5 første ledd. Det spørsmålet som kan fremstå som mer tvilsomt, er hvorvidt det skal være uten betydning at kreditor tror at betalingen fra tredjemann er en reell tredjemannsbetaling.

Ut fra faktum i Rt. 2012 s. 468, er det vanskelig å gjøre seg opp en mening om hva advokatfirmaet visste eller ikke visste. Det som advokatfirmaet i alle fall anførte, var at omstøtelse ville være urimelig, da en kreditor som mottar betaling fra tredjemann ikke har noen forutsetninger for å forstå at det foreligger noe illojalt.<sup>98</sup> Det siktes da antakelig til at advokatfirmaet ikke kunne vite at betalingen fra tredjemann i realiteten belastet skyldnerens midler.

---

<sup>98</sup> Rt. 2012 s. 468 s. 468 avs. 12

Høyesterett mente på sin side, at betalingsmottakere normalt vil få et varsel om at noe ikke er som det skal, når en annen enn skyldneren selv betaler gjelden.<sup>99</sup> Høyesterett siktet antakelig til det faktum at noen sjelden er villig til å betale andres gjeld helt betingelsesløst, altså uten at det vil skje et oppgjør av mellomværende mellom tredjemann og skyldneren. Dette er noe betalingsmottakeren bør se muligheten for.

Som fremhevet under punkt 4.2.4.2, kan det imidlertid tenkes tilfelle hvor kreditors gode tro er berettiget. Jeg nevnte der som eksempel at skyldnerens foreldre som står i gjeld til skyldneren, betaler kreditor og deretter avregner beløpet i gjelden til skyldneren. I slike situasjoner kan det neppe forventes at betalingsmottakeren må forstå at betalingen vil kunne komme til å belaste skyldneren. At Høyesterett i Rt. 2012 s. 468 uttaler at skyldneren "normalt" bør få et varsel om at noe ikke stemmer, kan peke i retning av at slike forhold vil kunne komme til å virke inn på omstøtelsesadgangen.

I NJA 1996 s. 333 gikk Högsta Domstolen eksplisitt inn på forholdet til kreditors gode tro. Her var det på rene at kreditor ikke hadde noen kunnskap om den avtale som var inngått mellom skyldner og tredjemann. Kreditor ante således ikke at det i realiteten var skyldnerens eiendeler som kom han til gode. Högsta Domstolen uttalte at dette var uten betydning for hvordan forholdet måtte bedømmes.<sup>100</sup>

Sammenholder en Rt. 2012 s. 468 med NJA 1996 s. 333, er det nærliggende å trekke den konklusjon at kreditors gode tro med hensyn til hvem som belastes gjennom betalingen, ikke vil være til hinder for omstøtelse etter § 5-5. Men som nevnt over, kan Høyesteretts uttalelse tale til fordel for at det helt unntaksvis vil kunne stille seg annerledes.

---

<sup>99</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 40

<sup>100</sup> NJA 1996 s. 333 (s. 337)

## **6 Virkningen av at en gjeldsbetaling fra tredjemann omstøtes etter dekningsloven § 5-5**

### **6.1 Oppgjøret reguleres av dekningsloven § 5-11**

Virkningen av at betaling av gjeld kan omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-5 reguleres av dekningsloven § 5-11. Det fremgår her at dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8 oppfylt, "kan boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon".

Omfanget av kravet utmåles ved at man sammenligner den økonomiske situasjonen den annen part befinner seg i etter den omstøtelige disposisjonen, med den økonomiske situasjonen vedkommende ville ha vært i dersom disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>101</sup>

Berikelsen på den annen parts hånd, når det er tale om omstøtelige gjeldsbetalinger, vil normalt tilsvare det beløp som kreditor har mottatt. I alle fall vil dette være tilfelle hvor gjelden er betalt i penger. La oss for enkelthets skyld forutsette at dette er tilfelle her. Kreditor må da restituere det mottatte beløp til konkursboet. Han vil da i stedet få rett til dividende av sin fordring, på linje med de øvrige kreditorer.<sup>102</sup>

Når det er tredjemann som har betalt gjelden, men det avdekkes at det i realiteten har skjedd en indirekte betaling fra skyldneren, må løsningen bli den samme.

I Rt. 2012 s. 468 hevdet advokatfirmaet at omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 ville medføre at boet mottok midler som ikke tilhørte det ved konkursåpningen, da midlene det mottok kom fra morselskapet. Dette måtte således være i strid med dekningsloven § 2-2 om

---

<sup>101</sup> Huser (1992) s.571-572

<sup>102</sup> Dekningsloven § 6-1

at beslagsretten omfatter skyldnerens formue.<sup>103</sup> Høyesterett så imidlertid ikke dette som en hindring for å godta omstøtelse av betaling fra tredjemann i medhold av § 5-5. At betalingen kommer fra tredjemann kan ikke få noen betydning, når betalingen reelt sett belaster skyldnerens formue. Løsningen må derfor være at det beløp som kreditor har mottatt fra tredjemann, skal restitueres til skyldnerens konkursbo.

Dette ble resultatet i LG-2006-17565. Lagmannsretten lot også dette bli resultatet før saken kom opp for Høyesterett i Rt. 2012 s. 468. Høyesterett opphevet riktignok lagmannsrettens avgjørelse, men det skyldtes ikke feilaktig forståelse av at en tredjemanns betaling kunne omstøtes til fordel for skyldnerens konkursbo.

---

<sup>103</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 13

## **7 Forholdet mellom omstøtelse av tredjemanns betaling etter dekningsloven § 5-5 og andre omstøtelsesregler**

### **7.1 Innledning**

Jeg vil her se på om det kan tenkes alternative omstøtelsesregler som kan benyttes ved de tilfeller som hittil har blitt ansett for å være omstøtelige indirekte betalinger etter dekningsloven § 5-5. I Rt. 2012 s. 468 uttalte Høyesterett at boet måtte ha en valgt dersom vilkårene for omstøtelse etter flere bestemmelser foreligger.<sup>104</sup>

### **7.2 Forholdet mellom dekningsloven § 5-5 og § 5-6**

Umiddelbart etter at morselskapet betalte datterselskapets gjeld i Rt. 2012 s. 468, ble det foretatt en motregning i datterselskapets fordring på morselskapet. Slike kombinasjoner av tredjemannsbetaling og motregning har blitt ansett som en form for indirekte betaling fra skyldneren, og således en omstøtelig betaling av gjeld. To disposisjoner har dermed på grunn av deres tilknytning og sammenheng blitt ansett for å være én disposisjon. Redegjørelsen under punkt 7.2.1 blir kun relevant ved tredjemannsbetalinger kombinert med motregning..

#### **7.2.1 Er dekningsloven § 5-6 anvendelig på motregningen?**

En av advokatfirmaets anførsler i Rt. 2012 s. 468 var at omstøtelse etter § 5-5 ville innebære at boet ville motta midler som boet ikke hadde krav på, da disse midlene aldri hadde tilhørt det selv. Det hevdet at dersom omstøtelse skulle skje, måtte det skje overfor morselskapets motregning med hjemmel i dekningsloven § 5-6, og ikke § 5-5.<sup>105</sup> Dekningsloven § 5-6 hjemler omstøtelse av motregning som skjer i tiden før konkursåpning.

---

<sup>104</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 41

<sup>105</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 12-13



Høyesterett tok ikke stilling til hvorvidt vilkårene for omstøtelse etter § 5-6 forelå, eller hvilken del av § 5-6 som eventuelt kunne ha vært anvendelig på motregningen. Det ble, som nevnt, uttalt at hvor omstøtelse vil være mulig etter to ulike bestemmelser, kan boet velge hvilken omstøtelsesregel den ønsker å benytte seg av.<sup>106</sup>

Ettersom det her er tale om et trekantforhold, er det nærliggende at aktuell hjemmel ville ha vært § 5-6 første ledd, som har følgende ordlyd:

"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. Det samme gjelder uten hensyn til tidspunktet for ervervningen, dersom erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent."

Det er et lignende forbud mot motregning etter at skyldneren er gått konkurs i dekningsloven § 8-2. Av forarbeidene fremgår det at det med "overdragelse" menes overdragelse til eie og pant.<sup>107</sup>

Av forarbeidene fremgår det at hensynene bak § 5-6 første ledd er "å hindre at det aktivum som debtors utestående fordringer utgjør, blir unndradd boet ved at debitorene planmessig kjøper opp fordringer på debitor til underkurs".<sup>108</sup>

Det tilfelle som oppstod i Rt. 2012 s. 468, ligger litt utenfor § 5-6 første ledds kjerneområde. For det første kan det vel stilles spørsmål om det egentlig har skjedd noen overdragelse. Bestemmelsen selv og forarbeidene gir liten veiledning med hensyn til hva som må kreves for at det skal kunne være tale om en overdragelse. Slik jeg leser Rt. 2012 s. 468, ble det ikke inngått noen avtale mellom advokatfirmaet og morselskapet om kjøp av

---

<sup>106</sup> Rt. 2012 s. 468 avs. 41

<sup>107</sup> NOU 1972:20 s. 293

<sup>108</sup> NOU 1972:20 s. 293

fordringen. Men det ligger nok i advokatfirmaets argumentasjon at morselskapet reelt hadde overtatt dets fordring på datterselskapet, som det så benyttet til motregning.

Videre var det slik at morselskapet betalte hele gjelden, det dreide seg således heller ikke om kjøp til underpris. Det var imidlertid gjennom denne betalingen at morselskapet fikk et krav som den brukte til motregning. Selv om hensynene bak bestemmelsen typisk tar sikte på kjøp av fordringer til underpris, er det ikke oppstilt noe vilkår i bestemmelsen om at dette må skje. Til tross for at den som motregner ikke selv har tjent noe på oppgjørsmåten, vil motregningen like fullt bidra til at boets utestående fordringer blir gjort opp før konkursåpning, og således redusere dekningsmulighetene for de øvrige kreditorenes krav.

På bakgrunn av dette kan en antakelig konkludere med at i en slik situasjon som oppstod i Rt. 2012 s. 468 og lignende tilfeller av kombinert gjeldsbetaling og motregning, vil motregningen kunne omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-6 første ledd. Da morselskapet betalte advokatfirmaet kan en si at det skjedde en overdragelse av det kravet som advokatfirmaet hadde på datterselskapet, til morselskapet. Når morselskapet så benyttet dette kravet til motregning overfor datterselskapets krav ble det foretatt en motregning "med en fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse... senere enn tre måneder før fristdagen". Kravet som datterselskapet hadde på morselskapet var oppstått før betalingen til advokatfirmaet. Motregningen skjedde således "med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring".

### 7.2.2 Hvilken omstøtelseshjemmel burde boet velge?

Ved å omstøte forholdet som en indirekte betaling etter dekningsloven § 5-5 blir som nevnt virkningen etter § 5-11 at betalingsmottakeren må restituere til boet det beløp han mottok fra tredjemann. Betalingsmottakeren må så i stedet kreve dividende av sitt krav i likhet med de øvrige kreditorene.

I forholdet mellom konkursskyldneren og tredjemann blir resultatet at de midlene som tredjemann opprinnelig betalte til skyldnerens kreditor, nå er i konkursboets hender.

Resultatet ville således ha blitt det samme om tredjemann i stedet for å betale til kreditoren, hadde betalt skyldneren direkte. Hele eller deler av den fordring som skyldneren hadde på tredjemann, er således blitt omgjort til midler på boets hånd, som igjen vil komme kreditorfellesskapet til gode.

Dekningsloven § 5-11 regulerer også virkningen av omstøtelse etter § 5-6. Det er altså berikelsen på den annen parts hånd som skal tilfalle boet. Ved omstøtelse etter § 5-6 rettes ikke kravet mot den opprinnelige kreditor, men mot tredjemann, altså den som har motregnet.

Som beskrevet under punkt 6 må en se på hvilken økonomisk situasjon den annen part, her tredjemann, var i etter den omstøtelige disposisjon, og den økonomiske situasjon han ville ha vært i dersom den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted.

Ved omstøtelse av motregning vil det ikke bli restituert en sum til boet, slik som ved omstøtelse etter § 5-5.

Resultatet blir her at en ser bort i fra den motregning som har skjedd, slik at den fordring som skyldneren hadde på tredjemann igjen eksisterer fullt ut på boets hånd. Motfordringen som tredjemann ervervet fra den opprinnelige kreditor må så meldes i boet som et dividendekrav.

Hvilken omstøtelsesregel som boet vil få mest ut av å benytte seg av vil variere. Særlig vil det bero på hva slags økonomisk situasjon tredjemann og kreditor befinner seg i.

Av samfunnsmessige grunner kan det virke rettferdig at den som faktisk har oppnådd en uberettiget fordel, altså kreditor, er den som får omstøtelseskravet rettet mot seg. Dette vil imidlertid ikke ha noen betydning for boet.

Dersom den opprinnelige kreditor er betalingsdyktig vil det antakelig lønne seg for boet å rette omstøtelseskravet mot denne etter § 5-5. Dette medfører at den fordring som

skyldneren hadde på tredjemann omgjøres til aktiva på boets hånd, som igjen vil dekke konkurskreditorenes krav. Det må være bedre å få midlene direkte til boet med ett slag, enn først å omstøte motregningen for så å inndrive fordringen på tredjemann. Noen stor forskjell vil det imidlertid neppe bli hvor både kreditor og tredjemann er betalingsdyktig. Å omstøte en motregning krever ikke noen tilbakeføring av midler, en ser bare bort ifra motregningen.

Er den opprinnelige kreditor ikke betalingsdyktig mens tredjemann er det, vil det åpenbart lønne seg å rette omstøtelseskravet mot tredjemann etter § 5-6.

Er både kreditor og tredjemann insolvente vil det for boet lønne seg å melde dividendekrav i det konkursbo hvor utsiktene for dekning er best.

### 7.2.3 Betydningen av valget for betalingsmottaker og tredjemann

For betalingsmottakeren vil det som utgangspunkt være best om omstøtelse skjer i medhold av dekningsloven § 5-6. For tredjemann vil dette imidlertid være lite gunstig. Det kravet som skyldneren hadde på tredjemann eksisterer igjen fullt ut, og i tillegg er pengene som tredjemann overførte til kreditor gått tapt.

Det kan imidlertid tenkes at partene har avtalt at det skal skje et etteroppgjør for det tilfelle at motregningen skulle bli omstøtt. Da skulle løsningen bli at tredjemann får tilbake de pengene han betalte til kreditor, mens kreditor må melde et dividendekrav i boet. For at dette skal være en fordelaktig løsning for tredjemann må imidlertid forutsetningen være at kreditor er betalingsdyktig. Er den opprinnelige kreditoren gått konkurs vil tredjemann kun få dividende av sitt krav.

Det beste for tredjemann er om omstøtelse skjer etter dekningsloven § 5-5. Da vil den reduksjonen som er skjedd av tredjemanns gjeld være i behold. I dette tilfelle, vil det være uten betydning for tredjemann hvorvidt kreditor er betalingsdyktig eller ei. En annen ting er

imidlertid at denne løsningen neppe vil velges av boet dersom kreditor er insolvent mens tredjemann er betalingsdyktig.

### **7.3 Forholdet mellom § 5-5 og § 5-2**

Det kan være interessant å se om boet også har et alternativ der den indirekte betalingen er skjedd ved at skyldneren har overført eiendeler til tredjemann, og tredjemann gjør opp hele eller deler av kjøpesummen ved å betale eller overta ansvaret for å betale skyldnerens gjeld.

Skjer overføringen til tredjemann først, og denne betraktes isolert, kunne det være nærliggende å betrakte overføring som en gave eller et gavesalg. Dekningsloven § 5-2 rammer omstøtelse av gaver ytet fra skyldneren i forkant av konkursåpning. Et slikt omstøtelseskrav må da rettes mot den som har mottatt skyldnerens eiendeler.

Dette er imidlertid ikke helt uproblematisk. Det har ved anvendelsen av dekningsloven § 5-2 vært innfortolket et krav om at det må foreligge gavehensikt, for at en disposisjon skal kunne omstøtes.<sup>109</sup> Når forutsetningen for overføringen er at tredjemann skal betale skyldnerens gjeld, kan det neppe sies å foreligge en slik hensikt.

Dette vilkåret om gavehensikt har blitt noe rokket ved i Bruvikdommen, Rt. 1996 s. 1647. Der ble det i hovedsak kun fokusert på om det var skjedd en formuesforskyvning.

Hvorvidt boet her kan velge mellom omstøtelse etter dekningsloven § 5-2 eller § 5-5 kan neppe besvares med sikkerhet. Spørsmålet vil imidlertid være særlig praktisk hvor kreditor ikke er betalingsdyktig, eller hvor tredjemann ennå ikke har betalt kreditor når skyldneren går konkurs.

---

<sup>109</sup> Huser (1992) s. 138, Andenæs (2009) s. 298-299

#### 7.4 Forholdet mellom § 5-5 og § 5-9

Jeg nevnte under punkt 5.3 at omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 vil kunne være et alternativ til alle de objektive omstøtelsesreglene.<sup>110</sup> Bestemmelsen rammer etter sin ordlyd "disposisjoner". Omstøtelsesfristen er 10 år. For å omstøte en disposisjon etter § 5-9 må den være utilbørlig. Skyldnerens økonomiske stilling må være svak eller bli alvorlig svekket ved disposisjonen. Det kreves videre at "den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig".

Det fremgår av forarbeidene at den subjektive omstøtelsesregel i praksis som regel vil bli påberopt dersom de objektive regler ikke fører frem, typisk fordi de objektive eller tidsmessige vilkår ikke er oppfylt. Det fremheves at § 5-9 likevel ikke er subsidiær i forhold de objektive omstøtelsesreglene. Det kan være fordelaktig å benytte seg av denne også hvor vilkårene for omstøtelse etter en objektiv regel er oppfylt.<sup>111</sup>

Av dekningsloven § 5-12, som regulerer virkningen av omstøtelse etter § 5-9, fremgår det at boets økonomiske tap skal erstattes av den andre parten. Dersom omstøtelse skjer etter en objektiv omstøtelsesregel, kan det tidvis skje at tilbakebetalingskravet faller helt eller delvis bort. Dekningsloven § 5-11 oppstiller nemlig enkelte begrensninger i adgangen til å kreve omstøtelse. Blant annet fremgår det at «boet kan likevel ikke kreve tilbakeført det utbytte som den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelse før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål. Dersom det mottatte helt eller delvis er gått tapt, kan mulig ansvar overfor boet nedsettes eller eventuelt helt falle bort».

---

<sup>110</sup> NOU 1972:20 s. 297, Andenæs (2009) s. 353

<sup>111</sup> NOU 1972:20 s. 297

## **8 Grensetilfeller – situasjoner som er uavklarte med tanke på om betalingen fra tredjemann kan omstøtes til fordel for skyldnerens konkursbo**

### **8.1 Innledning**

Omstøtelige tredjemannsbetalinger har blitt definert som betalinger fra tredjemann, hvor det er skyldnerens midler som kommer kreditor til gode. Under punkt 5.1 oppstilte jeg som et absolutt vilkår for omstøtelse at det skjer en belastning av skyldnerens midler. Det er ved slike betalinger at lovens formål begrunner omstøtelse. I de tilfeller som skal behandles her, oppstår det et spørsmål om hvilke midler som må sies å være tilgjengelig for skyldneren.

### **8.2 Kan tredjemanns betaling omstøtes i følgende situasjon: Skyldneren ber tredjemann om å betale sin gjeld til kreditor, under løfte om å betale han tilbake senere?**

#### **8.2.1 Bakgrunnen for spørsmålet**

I de tilfeller fra praksis som jeg hittil har sett på, har det skjedd to disposisjoner. En mellom skyldner og tredjemann, og en mellom tredjemann og kreditor. På grunn av disposisjonenes åpenbare sammenheng er det nærliggende å se disposisjonene under ett.

I forlengelse av sin behandling av indirekte betalinger fra skyldneren, nærmere bestemt anvisningstilfellet, uttaler Huser:

"Men tredjemann trenger ikke nødvendigvis å stå i gjeld til debitor. Er tredjemann et datterselskap av debitor, vil datterselskapet i og med betalingen få et krav mot morselskapet, som forutsettes avregnet senere. Også ellers kan dette være situasjonen: «Kan ikke du betale, så skal du få pengene igjen etterpå.» Dette må etter omstendighetene kunne rammes av § 5-5. Realiteten vil her være at kreditor får dekket sitt krav mot debitor,

forutsetningsvis slik at debitor selv blir (endelig) belastet. Grensen mot uomstøtelig betaling av tredjemannsgjeld kan imidlertid her være problematisk".<sup>112</sup>

Huser uttaler videre at hensikten med disposisjonen har avgjørende betydning, i likhet med de andre tilfelle av indirekte betaling. Særlig får det betydning "hvorvidt debitor har foranlediget betalingen eller om tredjemann har opptrådt selvstendig".<sup>113</sup>

Har tredjemann regress mot debitor, men det er på det rene at har foretatt betalingen i egen interesse, eller uten å ha hatt kontakt med skyldneren på forhånd, kan betalingen i følge Huser neppe omstøtes. Dette til tross for at betalingen har medført en fordel for den tilgodesette kreditor sammenlignet med de øvrige kreditorer.<sup>114</sup>

Anja Ankerud tar opp spørsmålet om omstøtelse i slike tilfeller, hvor tredjemann legger ut for skyldneren. Hun undersøker her forholdet med utgangspunkt i en svensk avgjørelse, NJA 1996 s. 282, og uttaler:

"På bakgrunn av denne svenske avgjørelsen, samt de øvrige foreliggende rettskilder som legger vekt på at betalingen i realiteten må skje med skyldnerens midler, må det kunne hevdes at dagens rettstilstand i de skandinaviske land ikke åpner for omstøtelse i de tilfeller, hvor det ikke skjer en (samtidig) reduksjon av mellomværende mellom skyldneren og tredjeperson. I de tilfeller hvor tredjeperson betaler kreditor uten at skyldnerens eiendeler (samtidig) blir belastet, vil det mest nærliggende være å anse dette som en ordinær tredjemannsbetaling. I slike tilfeller vil konkursboet være avskåret fra å rette et omstøtelseskrav mot betalingsmottakeren. Et eventuelt etterfølgende oppgjør, altså en betaling fra debitor til tredjeperson, vil derimot være betaling av gjeld som kan omstøtes. Men omstøtelseskravet må da rettes mot tredjeperson og ikke mot den opprinnelige kreditor."<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Huser (1992) s. 259

<sup>113</sup> Huser (1992) s. 260

<sup>114</sup> Huser (1992) s. 259

<sup>115</sup> Ankerud (2012) s. 321-322



Så vidt jeg kan finne, er det ingen norske avgjørelser som behandler det spørsmål som vi står overfor her. Jeg vil derfor undersøke om praksis fra Sverige og Danmark kan gi en indikasjon på hva løsningen vil komme til å bli i Norge, om spørsmålet skulle komme for domstolene.

### 8.2.2 Rettstilstanden i Sverige

Den avgjørelsen jeg har funnet som kan være av relevans her, er NJA 1996 s. 282. Bakgrunnen for saken var at en virksomhet hadde kjøpt varer fortløpende fra en leverandør. Leverandøren hadde gitt kjøperen rett til å kjøpe varer på kreditt opp til et beløp på SEK 400 000. Da virksomheten våren 1987 hadde gjeld til leverandøren på ca. SEK 800 000, utstedte banken en midlertidig bankgaranti på 300 000 for betaling av varer som leverandøren hadde levert til virksomheten.

14. og 27. august betalte virksomheten SEK 100 000 og 50 000 til leverandøren. 24. august krevde leverandøren betaling i samsvar med bankgarantien og mottok beløpet på 300 000 7. september. Samme dag som bankgarantien ble innfridd, belastet banken virksomhetens kassekredittkonto.

Når så virksomheten gikk konkurs, oppstod spørsmålet om de tre betalingene på til sammen 450 000 SEK til leverandøren kunne omstøtes.

Det er kun spørsmålet om omstøtelse av betalingen på 300 000 på grunnlag av bankgarantien som er interessant for vår problemstilling. Det var denne betalingen som kom fra en tredjemann.

Samme dag som leverandøren mottok betaling på grunnlag av bankgarantien, belastet som nevnt banken virksomhetens kassekreditt. Kassekreditt er kreditt som ytes ved at låntakeren kan overtrekke sin egen konto med et visst beløp. Belastning av kassekredittkontoen medførte at virksomheten ble stående i gjeld til banken.

Spørsmålet var så om utbetalingen fra banken til leverandøren kunne omstøtes.

Högsta Domstolen uttalte at betalinger fra konkursskyldneren likestilles med indirekte betaling fra tredjemann for konkursskyldnerens regning. Det ville være tale en indirekte betaling dersom betalingen foretas av tredjemann, men det er konkursskyldnerens midler som kommer kreditoren til gode.<sup>116</sup>

Högsta Domstolen fortsatte med å si at betalingen fra banken i den foreliggende sak ikke var skjedd med midler som var mottatt fra konkursskyldneren. Betalingen var basert på bankgarantien, og selve betalingen medførte ikke noen ulempe for de øvrige kreditorer. Det som i realiteten skjedde gjennom betalingen, var at banken tok den opprinnelige kreditors plass.<sup>117</sup> Det skjedde således en form for kreditorskifte.

Högsta Domstolen konkluderte med at de 300 000 som leverandøren mottok på grunnlag av bankgarantien ikke kunne omstøtes.<sup>118</sup>

I NJA 1996 s. 282 er ikke bakgrunnen for betalingen tillagt noen vekt. Banken opptrådte neppe selvstendig eller i egen interesse. Likevel mente Högsta Domstolen at det ikke dreiet seg om en indirekte betaling fra skyldneren, da det ikke var skyldnerens midler som var blitt belastet, men banken som hadde ytet kreditt.

### 8.2.3 Rettstilstanden i Danmark

Lasse Højlund Christensen har tatt opp problemstillingen i sin artikkel "Når Koncernen betaler".<sup>119</sup> Han uttaler at spørsmålet ligger tett på et tidligere omdiskutert spørsmål i dansk

---

<sup>116</sup> NJA 1996 s. 282 (s. 291)

<sup>117</sup> NJA 1996 s. 282 (s. 291)

<sup>118</sup> NJA 1996 s. 282 (s. 292)

rett, nemlig hvorvidt skyldnerens betaling ved trekk på usikret kassekreditt kan omstøtes. Bakgrunnen for problemet er at det ved slik betaling ikke direkte oppstår et tap for boet.<sup>120</sup>

Højlund Christensen uttaler at det i dag antakelig er enighet om at en betaling kan omstøtes dersom den er skjedd ved trekk på usikret kassekreditt. Den reelle begrunnelse, sier han, er at reglene ellers ville bli svekket kraftig da en virksomhets betalinger som regel skjer over kassekreditt. Han mener de samme hensynene gjør seg gjeldende ved spørsmålet om omstøtelse av betaling fra et konsernselskap, i form av kredittytelse for et annet konsernselskap da det i økende grad dukker opp tredjemannsdisposisjoner i forbindelse med omstøtelsesspørsmål.<sup>121</sup>

Han foretar så følgende slutning:

"Der foreligger en betaling fra skyldneren, der har påført boet et tab, hvis et andet selskab i forbindelse med en eller flere personers råden over begge selskaber, har betalt skyldnerens gæld, når skyldneren i forholdet mellem de to selskaber skal bære gælden".<sup>122</sup>

Han hevder at rettspraksis omkring tredjemannsdisposisjoner kan gi uttrykk for et slikt syn, og viser til en avgjørelse fra Østre Landsret, avsagt 24. november 2011, sak B-1173-10.<sup>123</sup>

Bristen Gruppen AS hadde et datterselskap ved navn Bristen Facility Management Aps. Over en periode skjedde det en rekke innbetalinger til selskapenes bank. Bristen Gruppen og Managements eiere var Steen Bryde og Brian Søholt Petersen.

---

<sup>119</sup> Højlund Christensen (2012) s. 267

<sup>120</sup> Højlund Christensen (2012) s. 267

<sup>121</sup> Højlund Christensen (2012) s. 267

<sup>122</sup> Højlund Christensen (2012) s. 268

<sup>123</sup> Højlund Christensen (2012) s. 268

Betalingene til banken ble gjort av ulike tredjemenn, herunder noen av Bristen-konsernets datterselskaper. Det kom også betalinger fra datterselskaper tilhørende to andre konserner, Bryde-konsernet og Stratos-konsernet.

Da Bristen Gruppen AS og Bristen Facility Management gikk konkurs, krevde konkursboene de ulike betalingene omstøtt.

Hva angikk noen av datterselskapenes betalinger, kom Østre Landsret til at omstøtelse kunne skje. Flertallet slo fast at Bristen Gruppen og Managements eiere reelt var enerådende i de helt eller delvis eide datterselskaper som hadde betalt kreditor, og uttalte at midlene derfor måtte anses for å ha stått til rådighet for Steen Bryde og/eller Brian Søholt Petersen. Betaling foretatt med disse midlene til nedbringelse av Bristen Gruppens og Bristen Facility Managements gjeld til Jyske bank, kunne derfor ikke betraktes som reelle tredjemannsbetalinger.<sup>124</sup>

Betalingene ble deretter omstøtt etter hvordan beløpene var fordelt på selskapenes konto hos banken.<sup>125</sup>

På grunn av skyldnernes rådighet over datterselskapene, ble altså midlene ansett for å ha stått til rådighet for skyldnerne. Da kunne ikke betalingene betraktes som reelle tredjemannsbetalinger. Poenget må være at når disse midlene hos datterselskapene var tilgjengelige for skyldnerne, kunne de i stedet ha blitt benyttet til å styrke skyldnernes aktiva.

Saken ble anket til dansk Højesteret, hvor dom ble avsagt 6. november 2013.

Saksnummeret er 337/ 2011. Jeg vil bemerke at omstøtelsesgrunnlaget i saken er den danske konkurslovs § 74, hvilket i stor grad samsvarer med den norske dekningsloven § 5-

---

<sup>124</sup> Højlund Christensen (2012) s. 268

<sup>125</sup> Højlund Christensen (2012) s. 268

9.<sup>126</sup> Dette fordi det ble hevdet å foreligge subjektiv skyld hos betalingsmottakeren (banken), og fordi disposisjonen ble hevdet å være utilbørlig. Slike subjektive vilkår er ikke et krav ved anvendelse av konkursloven § 67, som tilsvarende dekningsloven § 5-5.

Vurderingen av hvorvidt slik betaling fra tredjemann kan være omstøtelig, må nok likevel være den samme ved anvendelsen av de to bestemmelser.

Som nevnt hadde det skjedd betalinger fra datterselskaper i både Bryde-konsernet, Stratos-konsernet og Bristen-konsernet. Hva angikk betalingene fra selskapene i Bryde-konsernet og Stratos-konsernet konkluderte Høyesteret:

"Høyesteret legger etter bevisførelsen til grunn, at Brian Søholt Petersen og Steen Bryde reelt var enerådende i Stratos-konsernen, Bryde-konsernen og Bristen-konsernen, og at de benyttede dette bl.a. til at anvende ledig likviditet i de to førstnevnte konserners enkelte selskaper til betalinger på Bristen Gruppens og Bristen Facility Managements mellomværende med Jyske Bank. Høyesteret legger endvidere til grunn, at der ved disse betalinger blev etableret en plikt for de senere konkursramte selskaper til tilbakebetaling. Høyesterett finner, at de beløp, der i kraft af denne råden blev overført fra selskaberne i Stratos-konsernen og Bryde-konsernen til banken, må sidestilles med likvide midler i de senere konkursramte selskaper opnået gennem lån i Stratos- og Bryde-konsernen. Beløbene kunne være kommet også de øvrige kreditorer i disse selskaper til gode, hvis de var blevet anvendt på anden måde. Også disse betalinger har derfor på utilbørlig måde begunstiget Jyske bank på bekostning af de øvrige kreditorer i de senere konkursramte selskaper, i det omfang der ikke ved betalingerne skete indfrielse af pantsikrede tilgodehavender."<sup>127</sup>

Høyesteret var således av samme oppfatning som Østre Landsret. På grunn av Steen Bryde og Brian Søholt Petersens rådighet over selskapene, måtte betalingene fra disse likestilles med en betaling med likvide midler fra skyldneren selv.

---

<sup>126</sup> NOU 1972:20 s. 297

<sup>127</sup> Høyesterets dom av 6. november 2013 Sag 337/2011 s. 30

Det fremgår at Steen Bryde og Brian Søholt Petersen hadde slik rådighet også over datterselskapene i Bristen-konsernet. Disse midlene ble også ansett for å være tilgjengelige for skyldneren.<sup>128</sup> Det kan imidlertid tenkes at disse betalingene kunne ha blitt omstøtt selv om ikke hadde foreligget et slikt rådighetsforhold. Jeg vil se på de spesielle omstendigheter ved disse betalingene under punkt 8.3.2.

#### 8.2.4 Hvilke midler må anses for å være skyldnerens tilgjengelige midler?

På bakgrunn av den svenske og danske avgjørelsen vil jeg nå forsøke å komme frem til hva løsningen bør bli i Norge.

I den svenske avgjørelsen, NJA 1996 s. 282 ble betalingen fra banken med en samtidig belastning av skyldnerens kassakredittkonto ansett for å være et kreditorskifte, og ikke en indirekte betaling fra skyldneren. Betalingen fra tredjemann ble således ikke ansett for i realiteten å være skjedd med skyldnerens midler.

I norsk rett er også utgangspunktet at et tradisjonelt kreditorskifte går klar av dekningsloven § 5-5. Med et tradisjonelt kreditorskifte sikter jeg til at den opprinnelige kreditor overdrar sitt krav på skyldneren til en ny kreditor. En slik transaksjon vil medføre at den opprinnelige kreditors krav dekkes, men transaksjonen involverer ikke skyldneren. Det beløp den nye kreditor har betalt for kravet, kan ikke betraktes som en betaling fra skyldneren til opprinnelige kreditor.<sup>129</sup>

Det finnes også en annen form for kreditorskifte, nærmere bestemt kalt lånetilfellet. Skyldneren låner penger av en tredjemann, for så å betale sin kreditor. Denne betalingen kan som utgangspunkt omstøtes etter § 5-5.<sup>130</sup> Her er det tale om en betaling som

---

<sup>128</sup> Høyesterets dom av 6. november 2011 Sag 337/2011 s. 30

<sup>129</sup> Huser (1992) s. 260

<sup>130</sup> Huser (1992) s. 260

skyldneren har foretatt. At det skjer med lånte midler vil som utgangspunkt ikke få noen betydning, forutsatt at bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt.

En kan merke seg at den økonomiske situasjonen for konkursboet og de øvrige kreditorene i alle disse tilfelle er den samme, før tredjemann involveres og etter at betalingen er skjedd. Det som skiller lånetilfellet fra ordinært kreditorskifte er imidlertid at skyldneren får rådigheten over midlene.

Huser omtaler lånefinansierte gjeldsbetalinger som en to-trinns prosess:

"Først gjør debitor de nødvendige midler tilgjengelige for seg, deretter benytter han disse til å betale kreditor. I stedet for å gjøre det siste, kunne han ha beholdt pengene til fordel for boet. Man kan derfor si at debitor ved å trekke på sin kreditt gjør ytterligere midler tilgjengelige for seg, og bruken av disse midlene må likestilles med hans bruk av andre tilgjengelige midler."<sup>131</sup>

I det korte tidsrommet hvor midlene er hos skyldneren, kunne de altså ha kommet kreditorfelleskapet til gode. Når skyldneren betaler med lånte midler, foretar han derfor en betaling med tilgjengelige dekningsmidler.

Bakgrunnen for at lånefinansierte betalinger kan omstøtes, er at det ved anvendelse av de objektive omstøtelsesreglene i utgangspunktet ikke stilles krav om at disposisjonen skal ha medført et økonomisk tap for boet.<sup>132</sup> Det som det fokuseres på etter § 5-11 er den berikelse en kreditor har fått som følge av disposisjonen.

Når det gjelder anvendelsen av dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ, omstøtelse av gjeldsbetaling som har medført en betydelig reduksjon av skyldnerens betalingsevne, har det vært noe tvil om hvorvidt det må innfortolkes et krav om økonomisk tap.

---

<sup>131</sup> Huser (1992) s. 235

<sup>132</sup> Huser (1992) s. 124, Andenæs (2009) s. 288, Brækhus (1977) s. 75, Rt. 2008 s. 1170 avs. 50

Falkangerutvalget hevder at det ligger innbakt et tapsvilkår i formuleringen, mens Huser er av motsatt oppfatning.<sup>133</sup> I dag ser litteratur og praksis ut til ikke å fokusere på spørsmålet om økonomisk tap. Spørsmålet er heller hvorvidt skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler er blitt redusert.<sup>134</sup> Uavhengig av hvilket omstøtelsesalternativ i dekningsloven § 5-5 som påberopes, skulle således betaling med lånte midler i prinsippet kunne omstøtes.

Situasjonen vi undersøker her, hvor skyldneren ber tredjemann legge ut for seg, havner på sett og vis midt mellom et tradisjonelt kreditorskifte og betaling med lånte midler. Midlene er aldri i skyldnerens besittelse, men det er han som anmoder tredjemann om å betale. Skal denne anmodning være tilstrekkelig for å anse midlene for å være tilgjengelige for skyldneren, og således likestilles med skyldnerens betaling med egne likvide midler?

Skal en legge dette til grunn, må det vel være slik at tredjemann ville ha stilt midlene til rådighet helt generelt. Det kan tenkes at kredittytelsen skjer nettopp fordi det er tale om en bestemt kreditor. I slike situasjoner vil en neppe kunne si at betalingen skjedde med skyldnerens tilgjengelige midler. Disse midlene ville da i realiteten aldri ha kunnet komme kreditorfellesskapet til gode. En kan ta som eksempel saksforholdet i NJA 1996 s. 282. Betalingen skjedde her til virksomhetens faste leverandør. Det er nærliggende at slike betalinger skyldes et ønske om å redde virksomhetens videre drift, og at den ikke ville ha skjedd dersom det var tale om en hvilken som helst annen kreditor.

I avgjørelsen fra danske Højesteret, var anmodningen i seg selv ikke det avgjørende moment. Der ble det vektlagt at skyldnerselskapenes eiere i realiteten var enerådige i de betalende datterselskapene. Dette forholdet gjorde det naturlig å se betalingen fra tredjemann for å være skjedd med midler som stod tilgjengelig for skyldneren.. Midlene fra

---

<sup>133</sup> NOU 1993:16 s. 112, Huser (1992) s. 322-328

<sup>134</sup> Rt. 2008 s. 1170 avs. 44 og 50, Rt. 1995 s. 222, RG 2009 s. 129, Andenæs (2009) s. 325



tredjemann kunne da i stedet ha blitt benyttet til å styrke dekningsmulighetene til alle konkurskreditorene.<sup>135</sup>

### 8.2.5 Reelle hensyn

I situasjonen vi her diskuterer går midlene direkte fra tredjemann til kreditor. De tar således ikke veien innom skyldneren. Hadde midlene gått til skyldneren først, hadde betalingen i utgangspunktet kunnet omstøtes etter § 5-5. Likhets hensyn taler derfor for at omstøtelse bør kunne skje hvor tredjemann betaler kreditor direkte.

Det kan synes urimelig at valget av formell fremgangsmåte skal medføre at omstøtelse ikke kan skje. Ved ikke å la slike betalinger rammes, åpner man for omgåelser av bestemmelsen.

På den annen side vil det nok være å gå litt langt å skulle omstøte slike betalinger, kun fordi de skjer etter skyldnerens anmodning. Som nevnt vil det neppe alltid være slik at tredjemann ville ha stilt midlene til rådighet for skyldneren helt generelt.

Omstøtelse i slike situasjoner kan også virke urimelig overfor den opprinnelige kreditor, da det som nevnt er adgang til å foreta kreditorskifter, uten at dette vil rammes av dekningsloven § 5-5. Særlig vil omstøtelse kunne virke hardt overfor den kreditor som ikke er klar over at det er skyldneren som har fått tredjemann til å betale gjelden, men i stedet er av den oppfatning at det er tale om et tradisjonelt kreditorskifte. Det er imidlertid grunn til å anta at et tradisjonelt kreditorskifte og en betaling av gjeld etter skyldnerens anmodning, ikke vil utføres på helt samme måte. Ved kreditorskifte er jo poenget at fordringen kjøpes. Under punkt 5.4 slo jeg uansett fast at kreditors gode tro på dette punkt ikke ser ut til å være av betydning.

---

<sup>135</sup> Høyesterets dom av 6. november 2013 Sag 337/2011 s. 30

### 8.2.6 Konklusjon – skyldnerens rådighet over tredjemann bør være avgjørende for hvorvidt omstøtelse kan skje.

Jeg er av den oppfatning at omstøtelse etter § 5-5 bør kunne være aktuelt i den situasjonen vi her står overfor. Det at skyldneren har anmodet tredjemann om å betale, kan imidlertid neppe være tilstrekkelig. For at en skal si at betalingen er skjedd med midler som stod tilgjengelig for skyldneren, må det være slik at midlene fra tredjemann ville ha blitt stilt til rådighet helt generelt, og altså ikke bare fordi det dreiet seg om en bestemt kreditor. Den konklusjon som Østre Landsret i sak B-1173-10 og senere Høyesteret i sak 337/2011 kom til, har etter mitt syn de beste grunner for seg. Dersom skyldneren i realiteten råder over tredjemann, er det naturlig å se det slik at betalingen fra tredjemann er skjedd med midler som stod tilgjengelig for skyldneren, hvilket bør likestilles med en betaling som skyldneren selv foretar med likvide midler.

### **8.3 Datterselskap som eies helt eller delvis av morselskapet, betaler morselskapets gjeld til kreditor i form av en kredittytelse. Kan betalingen fra datterselskapet omstøtes til fordel for morselskapets konkursbo?**

#### 8.3.1 Bakgrunnen for spørsmålet

I konsernforhold vil morselskapet ha bestemmende innflytelse over datterselskapet. Den bestemmende innflytelsen kan være basert på avtale, aksjeeie eller selskapsandeler.<sup>136</sup> Det er ikke dermed sagt at en eller flere personer er enerådende over de ulike selskapene i samme konsern. Da kan en ikke med nødvendighet si at midlene hos datterselskapene alltid vil være tilgjengelige for morselskapet helt generelt.

Det er imidlertid en annen omstendighet som likevel kan begrunne omstøtelse i de tilfeller hvor datterselskapet betaler morselskapets gjeld.

Tilfellet som skal drøftes her, er hvor datterselskapet betaler morselskapets gjeld i form av en kredittytelse. Datterselskapet får et regresskrav mot morselskapet. Jeg forutsetter at morselskapet eier hele eller deler av datterselskapet.

Konkurs- og dekningslovens alminnelige regler kommer til anvendelse når et aksjeselskap går konkurs. Når et morselskap tas under konkursbehandling, vil således alle dets eiendeler gjøres om til aktiva, og deretter fordeles mellom konkursskreditorene. Morselskapets selskapsandel eller aksjepost i datterselskapet vil komme kreditorene til gode. Eierandelens verdi vil avhenge av verdiene i datterselskapet. Når midler går ut fra datterselskapet, fører dette til en tilsvarende reduksjon av morselskapets eierandel i datterselskapet. Dette innebærer at dekningsmulighetene til morselskapets kreditorer blir redusert gjennom

---

<sup>136</sup> Selskapsloven § 1-2 (2), Aksjeloven § 1-3, Allmennaksjeloven § 1-3

datterselskapets betaling. Virkningen blir således den samme som hvor morselskapet hadde benyttet sine egne midler til å betale kreditor.

Det som er problematisk, er at selskaper, selv i konsernforhold, er selvstendige adskilte rettssubjekter.<sup>137</sup> Det er datterselskapet som betaler gjelden og først og fremst datterselskapets midler som reduseres. Men fordi morselskapet eier hele eller deler av datterselskapet, reduseres også midlene hos mor.

Spørsmålet blir om en kan si at det her har skjedd en indirekte betaling fra morselskapet, og at betalingen i realiteten har skjedd med morselskapets midler? Eller vil det formelle skillet mellom de to selskaper være til hinder for denne betraktningmåte?

### 8.3.2 Virkningen av omstøtelse av datterselskapets betaling

Det kan være hensiktsmessig å se hva slags virkning omstøtelse av datterselskapets betaling vil få. Etter dekningsloven § 5-11 vil omstøtelse etter en objektiv omstøtelsesregel innebære at boet skal tilføres kreditors berikelse. Berikelsen vil her være at kreditor har fått dekket sitt krav. Summen av det beløp som datterselskapet har gitt kreditor vil således måtte bli tilbakeført til morselskapets konkursbo. Denne tilbakeføringen vil ikke medføre at eierandelen i datterselskapet øker i verdi. Og morselskapets konkursbo vil i og med tilbakeføringen fortsatt skylde datterselskapet, samt den opprinnelige kreditoren penger. Det beløpet som aksjeposten verdimessig har blitt redusert med, vil likevel nå være i morselskapets konkursbos hender. Totalt sett vil dermed dekningsmuligheten for kreditorfellesskapet etter omstøtelse bli den samme som før datterselskapet betalte kreditor, forutsatt at den tilgodesette kreditor er betalingsdyktig.

Det vil her kunne oppstå et problematisk forhold til datterselskapets kreditorer. Dersom et morselskap går konkurs vil formodningen være at også datterselskapet vil gjøre det samme.

---

<sup>137</sup> NOU 1996:6 s. 17

Det kunne da synes urimelig at midlene fra datterselskapet skal komme morselskapets konkursbo til gode. Forutsetningen ved betalingen var jo imidlertid at morselskapet skulle betale datterselskapet tilbake. Ingen av de objektive omstøtelsesregler hjemler en adgang til å omstøte kredittytelser etter dekningsloven, så resultatet må da bli at datterselskapets konkursbo får et dividendekrav i morselskapets konkursbo. Det kan riktignok tenkes at datterselskapets konkursbo vil kunne kreve omstøtelse av disposisjonen etter § 5-9, men jeg velger ikke å problematisere dette her. Ser vi bort ifra et mulig omstøtelsesgrunnlag i § 5-9, vil det for datterselskapets bo også være en fordel at betalingen kan omstøtes til fordel for morselskapets konkursbo. Om kreditor er betalingsdyktig og overfører midlene tilbake morselskapets bo, blir dekningsmuligheten alt i alt bedre for datterselskapets konkursbo enn dersom omstøtelse ikke kan skje overhodet.

Jeg vil kort bemerke at en annen forutsetning for det siste resonnementet må være at det er tale om reell kredittytelse, og at det ikke senere viser seg at betalingen fra datterselskapet i realiteten var en gavedisposisjon. Skulle vilkårene omstøtelse av gavedisposisjon foreligge, er det nok nærliggende at datterselskapets konkursbos omstøtelseskrav etter dekningsloven § 5-2 må gå foran det eventuelle omstøtelseskravet til morselskapets konkursbo etter § 5-5. Det samme må antas å gjelde dersom vilkårene for omstøtelse etter § 5-9 skulle foreligge.

### 8.3.3 Løsningen i Danmark

Dansk Højesteret tok stilling til spørsmålet om omstøtelse i Sag 337/2011, som jeg behandlet ovenfor, under punkt 8.2.2. Noen av innbetalingene til Jyske Bank kom fra Bristen-konsernets datterselskaper. Når det gjaldt disse betalingenes omstøtelighet uttalte Højesteret:

"En tredje del af betalingerne... skete med midler, der tilhørte datterselskaber i Bristen-koncernen, idet Tori Ejendomme var et helejet datterselskab af Bristen Gruppen, og de tre øvrige betalende selskaber var helejede datterselskaber af Bristen Gruppen, og de tre øvrige betalende selskaber var af Bristen Facility Management ("håndværkerselskaber").

Højesteret lægger til grund, at disse betalinger blev bogført over mellemregningskonti med Bristen Gruppen og i et vist omfang senere udlignet ved tilbageførsel af midler. I det

omfang datterselskaberne ikke fik tilhørt værdi svarende til disse betalinger, medførte betalingerne en forringelse af deres egenkapital, hvilket medførte et indirekte tab af tilsvarende størrelse for de senere konkursramte selskaber som indehavere af datterselskaberne. I øvrigt må betalingerne sidestilles med likvide midler i senere konkursramte selskaber, jf. det ovenfor anførte om midler overført fra Stratos-koncernen og Bryde-koncernen. Højesteret finder, at også disse betalinger på utilbørlig måde begunstigede Jyske Bank på bekostning af de øvrige kreditorer i de senere konkursramte selskaber, i det omfang der ikke ved betalingerne skete indfrielse af pantesikrede tilgodehavender."<sup>138</sup>

Ettersom Steen Bryde og Brian Søholt Petersen reelt var enerådige også i disse datterselskaper, ville resultatet uansett ha blitt omstøtelse. Højesteret ser imidlertid ut til å gjøre et selvstendig poeng av at morselskapet her eide datterselskapene. Reduksjonen av datterselskapets verdier førte til en tilsvarende reduksjon av morselskapets verdier. Det kan tyde på at omstøtelse ville være aktuelt på dette grunnlag alene. At rådighetsforholdet trekkes frem, kan likevel tale for det motsatte. Noen sikker konklusjon kan jeg dermed neppe trekke. Det er imidlertid slik at et morselskap alltid vil ha bestemmende innflytelse over sine datterselskaper, hvilket i realiteten innebærer en stor makt til å styre datterselskapenes beslutninger.<sup>139</sup>

### 8.3.4 Delvis parallelle problemer i relasjon til dekningsloven § 5-7

For norsk retts vedkommende kan det oppstå et lignende spørsmål i relasjon til dekningsloven § 5-7, der en har å gjøre med konsernforhold. Spørsmålet er hvorvidt omstøtelse kan skje der et datterselskap stiller sikkerhet for morselskapets eldre gjeld. På samme måte som ved gjeldsbetaling vil datterselskapets pantsettelse av for eksempel sin eiendom medføre at morselskapets midler reduseres til ulempe for kreditorfelleskapet.

---

<sup>138</sup> Højesterets dom av 6. november 2012 Sag 337/2011 s. 30

<sup>139</sup> Selskapsloven § 1-2 (2), Aksjeloven § 1-3, Allmennaksjeloven § 1-3

Dekningsloven § 5-7 alternativ a har følgende ordlyd:

"Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes dersom... pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt".

Ordlyden tilsier her på samme måte som dekningsloven § 5-5 at det skyldnerens egne disposisjoner, her pantsettelse eller sikkerhetsstillelse i skyldnerens eiendeler som kan omstøtes. Omstøtelse hvor en tredjemann stiller sikkerhet til fordel for skyldnerens eldre gjeld, skulle således ikke kunne omstøtes. At dette er hovedregelen, må sies å være bekreftet i juridisk teori.<sup>140</sup>

Huser hevder at situasjonen vil kunne være en annen der det eksisterer et nært forhold mellom debitor og tredjemann, for eksempel som i konsernforhold hvor det selskap som stiller sikkerheten eies av selskapet som har gjelden. Spørsmålet blir således om den økonomiske realiteten ved at datterselskapet stiller sikkerhet for morselskapets gjeld må medføre at det likevel er tale om en "sikkerhetsstillelse som er foretatt av skyldneren".<sup>141</sup>

Han ser imidlertid ut til å være av den oppfatning, at omstøtelse i slike tilfelle kun vil være aktuelt i omgåelse- og stråmannsituasjoner.<sup>142</sup>

Kåre Lilleholt argumenterer for at en pantsettelse av datterselskapets eiendom som regel bør likestilles med en pantsettelse av morselskapets aksjepost, i stedet for at det kun skal være aktuelt i omgåelse- og stråmannsituasjoner. Han uttaler at slagvidden for omstøtelsesregelen ellers vil bli liten.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Huser (1992) s. 421, Lilleholt (1994) s. 121

<sup>141</sup> Huser (1992) s. 422-423

<sup>142</sup> Huser (1992) s. 423

<sup>143</sup> Lilleholt (1994) s. 122

Han sier at der datterselskapet for eksempel pantsetter en forretningseiendom som utgjør det vesentligste av dets verdier, vil det i realiteten medføre det samme resultatet som at morselskapet hadde pantsatt sin egen aksjepost.<sup>144</sup>

Han påpeker behovet for klare objektive omstøtelsesregler, uten særlig rom for skjønnspregede vurderinger. En regel om gjennomskjæring, altså å la datterselskapets handlinger identifiseres med morselskapet, vil kunne skape usikkerhet om lovens grenser. Likevel mener han at de økonomiske konsekvensene av slike pantsettelser er åpenbare, og at slike transaksjoner neppe kan betraktes som vanlige og velbegrunnede transaksjoner som bør beskyttes mot skjønnspregede vurderinger.<sup>145</sup>

Han bemerker at omstøtelse vil kunne være problematisk ettersom aksjeselskapene som oftest bør anses for å være selvstendige rettssubjekter. Men som Lilleholt presiserer, viser de særregler som regulerer konsernforhold at realitetene i større grad blir vektlagt enn formalitetene.<sup>146</sup>

Lilleholts konklusjon om datterselskapets pant for morselskapets eldre gjeld som regel bør kunne omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-7, bygger særlig på den omstendighet at en pantsettelse av datterselskapets eiendom vil være like farlig for de øvrige kreditorer som en pantsettelse av selve aksjeposten, og at det ikke bør stimuleres til å foreta slike disposisjoner.<sup>147</sup>

At selskaper innenfor samme konsern yter kreditt til hverandre, kan normalt ikke anses for å være like betenkelig som hvor det stilles sikkerhet for eldre gjeld. Kredittytelser vil kunne

---

<sup>144</sup> Lilleholt (1994) s. 121

<sup>145</sup> Lilleholt (1994) s. 122

<sup>146</sup> Lilleholt (1994) s. 122-123

<sup>147</sup> Lilleholt (1994) s. 123



bidra til å styrke konsernets drift. For å oppnå en optimal utnyttelse av konsernets ressurser, tilføres det for eksempel midler til det selskap hvor de kan utnyttes best.<sup>148</sup>

Når datterselskapet betaler morselskapets kreditor direkte i form av en kredittytelse like før konkursåpning hos mor, får imidlertid forholdet et annet preg. På dette tidspunkt vil morselskapets økonomi være i store vanskeligheter, om ikke selskapet allerede er insolvent. Det samme vil antakelig gjelde datterselskapet. De økonomiske konsekvensene av en slik kredittytelse vil åpenbart være skadelige for de øvrige av morselskapets kreditorer.

### 8.3.5 Reelle hensyn

Datterselskapets betaling får som nevnt samme virkning som hvor morselskapet hadde benyttet sine egne midler til å betale kreditor. Likhets hensynet taler således for at omstøtelse burde kunne skje her. Datterselskapet er her en del av morselskapets formuesmasse. At det formelle skillet skal avgjørende, vil kunne føre til urimelige resultater og invitere til forsøk på omgåelser av loven.

Den selskapskreditor som har mottatt betaling fra datterselskapet, bør også være klar over den virkning slik betaling vil ha for morselskapets verdier. Det er ikke sikkert at enhver kreditor kjenner til strukturen i konsernforhold, men slik uvitenhet burde neppe være unnskyldelig. Det er således kanskje mindre grunn i disse situasjoner, enn ellers, å forsvare en kreditor som hevder å ha vært i god tro med hensyn til hvorvidt skyldneren ble belastet ved betalingen. Det kan imidlertid tenkes at kreditor ikke er klar over at den betalende tredjemann er skyldnerens datterselskap. Men også ellers skulle kreditors gode tro være uten betydning for omstøtelsesadgangen.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> NOU 1996:6 s. 23

<sup>149</sup> NJA 1996 s. 333 (s. 337)

### 8.3.6 Konklusjon – omstøtelse bør kunne skje

Jeg er av den oppfatning at omstøtelse av datterselskapets betaling av morselskapets gjeld bør kunne skje i medhold av § 5-5, til fordel for morselskapets konkursbo. At selskapene rettslig sett er selvstendige, adskilte rettssubjekter bør ikke få avgjørende betydning. Det er etter mitt syn nærliggende å betrakte betalingen fra datterselskapet som en indirekte betaling fra morselskapet. Hele eller deler av datterselskapet er til tross for sin selvstendighet, en del av morselskapets formuesmasse. Sag 337/2011 fra dansk Højesteret kan nok sies å tale til fordel for at omstøtelse kan skje i slike situasjoner. Jeg finner det imidlertid noe usikkert hvorvidt morselskapenes enerådighet i datterselskapene her var avgjørende for at betalingene kunne omstøtes. Selv hvor en ikke kan tale om enerådighet, vil imidlertid et morselskap i realiteten ha stor makt over datterselskapenes beslutninger. At betalingen fra datterselskapet fører til en tilsvarende reduksjon av morselskapets midler, bør kunne være tilstrekkelig for omstøtelsesadgangen. Løsningen her må likevel sies å by på tvil.

## 9 Litteraturliste

### 9.1 Lover

- 1863 Lov om Concurs og Concursboers Behandling (konkursloven) av 6. juni 1863 (opphevet)
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59
- 1985 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr. 83
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45
- Konkurslagen Konkurslagen (1987:672) [Sverige] (sitert fra Karnov Sverige 18.11.2013)
- Konkursloven Lovbekendtgørelse 2011-03-15 nr. 217 Konkursloven [Danmark] (sitert fra Karnov Danmark 18.11.2013)

## **9.2 Forarbeider**

NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
NOU 1993:16	Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.
NOU 1996:6	Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.

## **9.3 Norsk rettspraksis**

Rt. 1867 s. 663

Rt. 1995 s. 222 (Direkte Reklame-dommen)

Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik-dommen)

Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000-dommen)

Rt. 2012 s. 468

RG 1938 s. 84 (Lovdata)

LG-2006-17565 (Gyldendal rettsdata)

RG 2009 s. 129 (Gyldendal rettsdata)

LB-2011-082851 (Gyldendal rettsdata)

## 9.4 Utenlandsk rettspraksis

NJA 1981 s. 526 (lagen.nu)

NJA 1996 s. 282 (Karnov Sverige)

NJA 1996 s. 333 (Karnov Sverige)

UfR 1988 s. 484 (Karnov Danmark)

Høyesterets dom av 6. november 2013 Sag 337/2011 (hoejesteret.dk)

## 9.5 Bøker og artikler

- |                  |   |
|------------------|---|
| Andenæs (2009)   | Andenæs, Mads Henry. <i>Konkurs</i> . 3. utgave. Oslo, 2009   |
| Ankerud (2012)   | Ankerud, Anja. <i>Rt. 2012 s 468 - noen avklaringer av vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 I</i> : Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 3. (2012) s. 314-332 (Sitert fra idunn.no) |
| Bergsåker (2011) | Bergsåker, Trygve. <i>Pengekravsrett</i> . 2. utgave. Oslo, 2011  |
| Brækhus (1977)   | Brækhus, Sjur. <i>Avtalt motregning I: Rett og</i>  |

- humanisme: Festskrift til Kristen Andersen. (1977) s. 53-76 (Sitert fra lovdata.no)
- Huser (1992) Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs Bind 3 Omstøtelse*. Bergen, 1992
- Højlund Christensen (2012) Højlund Christensen, Lasse. *Når koncernen betaler I: Erhvervsjuridisk tidsskrift vol. 3.* (2012) s. 265-270 (Sitert fra Karnov Danmark)
- Lennander (2013) Lennander, Gertrud. *Återvinning i konkurs*. 4.utgave. Stockholm, 2013
- Lilleholt (1994) Lilleholt, Kåre. *Konsern og Konkurs I: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett*. Oslo, 1994, s. 119-151 (Sitert fra lovdata.no)
- Ørgaard (2011) Ørgaard, Anders. *Konkursret*. 10. utgave. København, 2011