

## HR-1995-16-A – Rt-1995-259

---

<b>INSTANS:</b>	Høyesterett – Dom
<b>DATO:</b>	1995-02-09
<b>DOKNR/PUBLISERT:</b>	HR-1995-16-A – Rt-1995-259
<b>STIKKORD:</b>	(Palonen) Konkurs. Spørsmål om omstøtelse etter dekningsloven § 5-9.
<b>SAMMENDRAG:</b>	Ved ansettelsen som disponent i en bedrift i økonomiske vanskeligheter betinget disponenten seg opsjon til å kjøpe det bolighus bedriften hadde anskaffet til disponentens bruk. Prisen skulle i tilfelle være kr. 475.000. Opsjonen ble tinglyst etter det pantelån på kr. 800.000 som bedriften opptok for å anskaffe huset. Disponenten gjorde senere opsjonen gjeldende, og pantegjelden ble nedbetalt av bedriften med kr. 410.000. Opsjonen ble ikke omstøtt. Dissens 3-2 vedrørende spørsmålet om nedbetalingen av pantegjelden kunne anses som en utilbørlig begunstigelse.
<b>SAKSGANG:</b>	Hålogaland Lagmannsrett LH-1992-467 A – Høyesterett HR-1995-16-A, snr 138/1993.
<b>PARTER:</b>	Henry Palonen (Advokat Kjetil Krokeide) mot Troms Kjøtt AS, dets konkursbo (Advokat Terje Skjønhsals – til prøve)
<b>FORFATTER:</b>	Gussgard, kst dommer Nygaard Haug, Holmøy – Mindretall: Aasland, Tjomsland.

---

*Dommer Aasland:* Saken gjelder spørsmål om omstøtelse i konkurs i medhold av dekningsloven § 5-9.

Henry Palonen ble, med virkning fra 1 februar 1989, ansatt som disponent i Brødrene Bothner A/S i Harstad. Bedriften endret senere navn til Troms Kjøtt AS. Palonen, som er utdannet som næringsmiddelteknolog

Side 260

og hadde betydelig erfaring fra kjøttbransjen, forlot en godt avlønnet stilling i "Gilde-systemet" som driftsleder og nestkommanderende ved et større nyetablert anlegg i Målselv. Brødrene Bothner var i en meget svak økonomisk stilling. Bedriften gjorde flere henvendelser til Palonen før han i januar 1989 sa seg villig til å overta som daglig leder. Skriftlig ansettelseskontrakt ble først opprettet 11 juli 1989. Det var her avtalt årslønn kr 270.000 med minimum 6 % lønnsglidning hvert år, fri telefon og bilordning, samt rett til lønn for to år dersom han skulle bli sagt opp fra stillingen. Videre inneholdt avtalen bestemmelser om at Palonen skulle ha opsjon på kjøp av det hus Brødrene Bothner like i forveien hadde kjøpt til bruk for ham og hans familie. Det er Palonens utøvelse av denne opsjonen – jeg omtaler den i det følgende også delvis som en kjøperett eller løsningsrett – som ligger til grunn for saken. Bestemmelsene om opsjonen er sålydende: "...

2. BB kjøper eiendommen beliggende på Brurvikveien 5 A. Henry Palonen får bo vederlagsfritt i 3 – tre år fra kjøpstidspunkt for huset. BB gir H. Palonen opsjon på kjøp av huset for kr 475000.- BB skal tinglyse opsjonen senest 25/8-1989.
3. Dersom HP sier opp sin stilling innen 3 – tre år fra kjøpstidspunkt for huset vil BB kunne kreve øyeblikkelig innfrielse på sitt mellomværende på hus såfremt opsjonen ikke er innløst. ..."

Brødrene Bothner hadde betalt kr 950.000 for huset, og bestemmelsene innebar altså at Palonen kunne kjøpe huset til halvdelen av denne prisen, foruten at han kunne bo vederlagsfritt i inntil 3 år dersom han ventet med å gjøre opsjonen gjeldende.

Palonen hevder at bestemmelsene om opsjonen ble avtalt muntlig mellom partene i januar 1989, mens ankemotparten hevder at denne del av vilkårene først ble avtalt i forbindelse med opprettelsen av den

skriftlige ansettelsesavtalen.

Brødrene Bothner utferdiget 8 november 1989 en erklæring om at Palonen hadde opsjon på kjøp av eiendommen for kr 475.000, og at opsjonen gjaldt til 15 juni 1992. Erklæringen ble 13 november 1989 tinglyst som heftelse på eiendommen. Den fikk prioritet bak en pantobligasjon på kr 800.000 som Brødrene Bothner hadde utferdiget til Sparebanken NordNorge som sikkerhet for lån da eiendommen ble kjøpt.

Den økonomiske stilling for Brødrene Bothner fortsatte å være meget svak, og driften kunne bare holdes gående gjennom betydelig kreditt fra Bergen Bank, senere Den norske Bank, som fra høsten 1989 var bedriftens bankforbindelse. Den innvilgede kassekreditt ble etter hvert betydelig overskredet.

Etter at Palonen hadde gjort opsjonen gjeldende, ble det 13 mai 1991 inngått kjøpekontrakt mellom ham og Brødrene Bothner om overdragelse av eiendommen for kr 475.000 med overtakelse 23 mai 1991. Den 16 mai 1991 foretok Brødrene Bothner en ekstraordinær nedbetaling på kr 350.000 på lånet i Sparebanken Nord-Norge, som til da ikke hadde vært nedbetalt. Betalingen skjedde ved sjekk trukket på selskapets

Side 261

kassekredittkonto i Den norske Bank. Det trakk ut med utferdigelsen av skjøtet, og 10 juli 1991 betalte Brødrene Bothner renter på lånet med kr 59.650. Skjøte ble utferdiget 23 september 1991 og tinglyst 2 oktober 1991. Kjøpesummen ble gjort opp ved at Palonen innfridde Brødrene Bothners restlån i Sparebanken Nord-Norge og overførte den overskytende del av kjøpesummen, kr 35.512,34, til Brødrene Bothner.

Brødrene Bothner endret høsten 1991 firma til Troms Kjøtt AS. Den 11 oktober 1991 ble det stiftet et nytt selskap, Brødr Bothner AS, med Palonen som daglig leder. Dette selskapet traff avtale med Den norske Bank om overtakelse av det vesentlige av aktiva i det gamle Brødrene Bothner A/S, hvor banken var panthaver.

Troms Kjøtt AS innga oppbud 18 november 1991, og ble tatt under konkursbehandling den påfølgende dag. Konkursboet gjorde overfor Palonen gjeldende at salget av boligeiendommen kunne omstøtes, og krevet dekning av differansen mellom den anslåtte verdi og den kjøpesum Palonen hadde betalt. Palonen bestred kravet, og boet tok 16 desember 1991 ut stevning til Trondenes herredsrett. Omstøtelseskravet, som var begrenset oppad til kr 475.000, ble bygget på tre grunnlag – dekningsloven § 5-2 om gaver, § 5-4 om urimelig lønnsutbetaling og § 5-9 om omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i god tro.

Herredsretten avsa dom 29 mai 1992 med slik domsslutning:

1. Henry Palonen dømmes til å betale til Troms Kjøtt A/S, dets konkursbo, kr 461.000,-, med tillegg av 15 % rente fra stevningens forkynnelse og til betaling skjer.
2. Henry Palonen dømmes til å betale Troms Kjøtt A/S, dets konkursbo, kr 26.020,- i saksomkostninger."

Retten fant at verken § 5-2 eller § 5-4 i dekningsloven ga grunnlag for omstøtelse, men at omstøtelseskravet kunne bygges på § 5-9.

Palonen påanket dommen til Hålogaland lagmannsrett. Boet frafalt her sine anførsler i tilknytning til dekningsloven § 5-4. Videre reduserte boet påstandsbeløpet til kr 425.000, som utgjør differansen mellom en anslått verdi for eiendommen på kr 900.000 og den kjøpesum på kr 475.000 som Palonen betalte. Lagmannsretten avsa 15 februar 1993 dom med slik domsslutning:

1. Henry Palonen dømmes til å betale Troms Kjøtt A/S, dets konkursbo, kr 425.000,- - firehundreogtjuefemtusen 00/100 – med tillegg av 15 – femten % årlig rente fra stevningens forkynnelse og til betaling skjer. Oppfyllelsesfrist er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
2. Saksomkostninger for herredsrett eller lagmannsrett ilegges ikke."

Også lagmannsretten bygget sin avgjørelse på dekningsloven § 5-9, og fant at § 5-2 om gaver ikke kunne få anvendelse.

Om det nærmere saksforhold og partenes anførsler for de tidligere instanser viser jeg til herredsrettens og lagmannsrettens domsgrunner, dog slik at enkelte suppleringer til saksforholdet vil fremgå av det følgende.

Henry Palonen har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.

Side 262

Palonen og fem vitner har avgitt forklaring ved bevisopptak til bruk for Høyesterett. Tre av vitnene er nye. Det er videre fremlagt atskillig nytt dokumentmateriale. Av særlig betydning er opplysningene om Brødrene Bothners opptak av pantelånet på kr 800.000 i boligeiendommen og nedbetalingene på dette lånet; disse opplysningene er nye for Høyesterett. Det er også fremlagt atskillig nytt materiale omkring Den norske Banks rolle som bankforbindelse for Brødrene Bothner, og saken fremtrer i det hele som bedre opplyst i faktisk henseende enn for de tidligere instanser. Konkursboet påberoper seg ikke dekningsloven § 5-2 for Høyesterett, og saken er således begrenset til spørsmålet om omstøtelse etter § 5-9.

Jeg sammenfatter det vesentlige i Palonens anførsler slik:

Palonen betinget seg som en del av sine ansettelsesvilkår en opsjon til å overta boligeiendommen for kr 475.000. Det var intet til hinder for at han kunne betinge seg en slik rettighet. Opsjonen ble tinglyst, og fikk dermed rettsvern overfor kreditorer og konkursbo. Det er ikke tale om en slik løsningsrett som omhandlet i dekningsloven § 3-10. Rettigheten ble ikke stiftet ved avhendelse, og § 3-10 tar sikte på helt andre situasjoner.

Herredsretten og lagmannsretten tar etter Palonens oppfatning feil i at opsjonen falt bort på grunn av bristende forutsetninger. Brødrene Bothner var insolvent allerede da Palonen ble ansatt, og det var en nærliggende risiko for at det ikke ville lykkes å holde driften gående. Man står ikke overfor en uforutsett utvikling.

Det fremheves som et sentralt moment at kreditorfellesskapet ikke er påført noe tap som følge av de disposisjoner som knytter seg til eiendommen. Hensett til pantegjeld med renter utgjorde eiendommen ikke noe aktivum for Brødrene Bothner da kjøpekontrakten med Palonen ble inngått. Den nedbetaling som deretter skjedde overfor Sparebanken Nord-Norge som pantekreditor, var nødvendig for at eiendommen kunne stilles til disposisjon for Palonen for kr 475.000, slik Brødrene Bothner hadde forpliktet seg til. Det er nok så at nedbetalingen medførte en økning av Brødrene Bothners gjeld til Den norske Bank på kassekredittkontoen, men samtidig fyldestgjorde Brødrene Bothner en forpliktelse overfor Palonen, i og med at hans tinglyste rett rykket opp til den prioritet den etter avtalen måtte ha. Det skjedde således bare en ombytning av kreditorposisjon mellom Palonen og Den norske Bank. Kreditorfellesskapet har ikke tapt på dette. Den eneste som har lidd tap ved disposisjonene, er Den norske Bank. Men det forhold at en enkelt kreditor har lidd tap, gir ikke grunnlag for omstøtelse.

Det gjøres gjeldende som et generelt syn at betaling av en gjeldspost ved trekk på en usikret kassekredittkonto ikke medfører tap for kreditorfellesskapet, og derfor ikke kan omstøtes i konkurs. Men under enhver omstendighet må dette gjelde når den bestemte utbetaling er skjedd i forståelse med banken. Her må dette anses å være tilfellet. Riktignok foreligger ikke noe positivt samtykke fra banken, men den må ha vært kjent med og må anses for å ha godtatt Brødrene Bothners forpliktelse etter kontrakten med Palonen. Dessuten var styreformannen og det ene styremedlem i Brødrene Bothner innvalgt etter forslag fra Den norske Bank. Disse styremedlemmene medvirket ved disposisjonene, og de må identifiseres med banken.

Side 263

Omstøtelse er også etter Palonens oppfatning utelukket fordi disposisjonene over huset ikke var utilbørlige. Opsjonen ble betinget som ledd i en ansettelsesavtale hvor Palonen "brente sine broer" til sin tidligere arbeidsgiver og satset på en bedrift med en usikker fremtid. Han hadde ved overdragelsen vært i stillingen i vel to år. Disposisjonene som er angrepet, må anses for å ha skjedd med samtykke fra banken, som var den klart største kreditor.

Under enhver omstendighet må Palonen frifinnes fordi han har vært i aktsom god tro. Han har med god grunn oppfattet det slik at disposisjonene skjedde i forståelse med banken.

For tilfelle av at det er grunnlag for omstøtelse, aksepterer Palonen at boets tap i utgangspunktet settes til kr 425.000. Imidlertid har han bare utvist uaktsomhet, og kravet bør derfor begrenses til berikelsen i medhold av dekningsloven § 5-12 annet ledd, jf § 5-11 første ledd. Det bør gjøres fradrag for de utgifter han ved kjøpet har hatt til tinglysingsgebyr og dokumentavgift, til sammen kr 12.500. Videre bør det gjøres fradrag for kr 250.000 som Palonen lånte med pant i eiendommen før han fikk vite om omstøtelseskravet, og som han anbrakte i aksjer i det nye selskap Brødr Bothner AS. Disse aksjene er nå nærmest uselgelige. En vesentlig del av den fordel Palonen oppnådde ved huskjøpet, er således transformert i et aktivum som ikke lar seg selge.

Henry Palonen har nedlagt slik påstand:

- "1. Henry Palonen frifinnes.
2. Troms Kjøtt AS, dets konkursbo, idømmes saksomkostninger for herredsrett, lagmannsrett og Høyesterett."

Ankemotparten, Troms Kjøtt AS, dets konkursbo, er i hovedsak enig i lagmannsrettens begrunnelse, dog slik at det hevdes at avtalen om opsjon for Palonen kunne vært rammet av dekningsloven § 3-10 dersom overdragelsen til ham ikke hadde vært gjennomført før konkursen. Hensynene bak bestemmelsen tilsier at den må kunne anvendes selv om løsningsretten ikke ble stiftet ved avhendelse.

Boet hevder ikke at selve avtalen om kjøperett var utilbørlig. Derimot var det utilbørlig å tinglyse avtalen i november 1989. Brødrene Bothners økonomiske situasjon var på dette tidspunkt forverret, og tinglysingen etablerte sikkerhet for en allerede eksisterende forpliktelse, i den hensikt å sikre Palonen ved en fremtidig konkurs. Videre var gjennomføringen av overdragelsen til Palonen og den nedbetaling som i den forbindelse fant sted, utilbørlig. Den økonomiske situasjon for Brødrene Bothner var fra våren 1991 prekær, noe Palonen meget vel kjente til. Boet er for øvrig enig med herredsretten og lagmannsretten i at Brødrene Bothner kunne ha ansett seg ubundet av Palonens kjøperett på grunnlag av bristende forutsetninger.

Det bestrides at Den norske Bank har samtykket i de disposisjoner som fant sted. Banken fulgte ikke med i disse disposisjonene. De to styremedlemmer som var innvalgt i styret for Brødrene Bothner etter forslag fra banken, kan ikke identifiseres med denne.

Brødrene Bothners disposisjoner over eiendommen har etter boets oppfatning vært til skade for kreditorfelleskapet. Underprisen på eiendommen er bare dels finansiert av nedbetalingen på kr 350.000, som ble

Side 264

dekket over kassekredittkontoen. Man står således ikke overfor noe rent kreditorskifte; det har også skjedd en reduksjon av frie aktiva. Men det er heller ikke grunnlag for å se annerledes på betaling ved trekk på kassekredittkonto enn på betaling med midler fra kassebeholdning eller bankinnskudd. Som nevnt bestrides det at Den norske Bank samtykket i betalingen, men selv om slikt samtykke skulle ha foreligget, tilsier hensynet til lik behandling av kreditorene at det skjer omstøtelse.

Når det gjelder spørsmålet om Palonen var i aktsom god tro, fremhever boet at han var daglig leder og vel kjent med alle de faktiske forhold som gjør disposisjonene utilbørlige. Dette er tilstrekkelig til omstøtelse etter § 5-9.

Det bestrides at det er grunnlag for å nedsette boets krav etter dekningsloven § 5-12 annet ledd. Slik nedsettelse er utelukket allerede fordi Palonen må anses for å ha utvist forsett. Men dessuten er det ikke rimelig grunn til nedsettelse. Palonens utgifter til gjennomføring av den omstøtelige disposisjon gjennom tinglysingsomkostninger og dokumentgebyr bør ikke redusere boets krav. Det forhold at Palonen har benyttet eiendommen som pant for et aksjekjøp, har ingen plass i erstatningsoppgjøret med boet.

Troms Kjøtt AS, dets konkursbo, har nedlagt slik påstand:

- "1. Hålogaland lagmannsretts dom, ankesak LH-1992-467 A domsslutningens pkt. 1, stadfestes, dog slik at det betales 15 – femten – % årlig rente fra stevningens forkynnelse til 31. desember 93 og 12 - tolv – % årlig rente fra 01. januar 94 til betaling skjer.
2. Henry Palonen idømmes sakens omkostninger for herredsrett, lagmannsrett og Høyesterett."

**Jeg er kommet til** samme resultat som de tidligere instanser, men med en annen begrunnelse. Etter min mening kan etableringen av kjøperetten og det forhold at Palonen gjorde den gjeldende, ikke i seg selv gi grunnlag for omstøtelse. Derimot bygger jeg resultatet på de nye opplysninger for Høyesterett om de nedbetalinger på pantegjelden som fant sted i forbindelse med overdragelsen av boligeiendommen.

I likhet med herredsretten og lagmannsretten legger jeg til grunn at ansettelsesvilkårenes bestemmelse om at Palonen skulle ha en gunstig kjøperett til bolig, i prinsippet ble avtalt mellom ham og Brødrene Bothner allerede i januar 1989, men den ble først nedfelt skriftlig i juli 1989 etter at den aktuelle boligeiendom var anskaffet. Boets anførsler i tilknytning til dekningsloven § 5-2 og § 5-4 er frafalt, og boet har akseptert at selve stiftelsen av kjøperetten ikke var utilbørlig. Jeg nøyer meg derfor med å bemerke at kjøperetten fremkom som en del av bedriftens ytelser til Palonen i en gjensidig bebyrdende avtale, hvor Palonen på sin side hadde forlatt en god og sikker stilling for å søke å bringe på fote en bedrift med usikker fremtid. Det er noe uklart hva som var årsaken til at kjøperetten først ble tinglyst i november 1989, men jeg kan ikke se at situasjonen på det tidspunkt - to år før konkursen – hadde utviklet seg slik at det var utilbørlig at Palonen fikk etablert rettsvern for kjøperetten.

Boet har anført at kjøperetten må anses som en slik løsningsrett som bare kan etableres i overensstemmelse med dekningsloven § 3-10, hvor bestemmelsene om private beslagsforbud i lovens kapittel 3 er gitt

Side 265

anvendelse på løsningsrett til fordel for skyldnerens nærstående. Da kjøperetten ikke var etablert i overensstemmelse med reglene i kapittel 3, hadde løsningsretten etter boets oppfatning ikke rettsvern. Lagmannsretten har ikke ansett § 3-10 direkte anvendelig, men har funnet at hensynene bak bestemmelsen kan ha betydning for omstøtelsesspørsmålet. Jeg finner det for min del klart at bestemmelsen ikke er anvendelig. Riktignok må kjøperetten anses som en løsningsrett, og Palonen er i forhold til Brødrene Bothner å betrakte som en nærstående, jf dekningsloven § 1-5 nr 2. Men § 3-10 gjelder etter sin ordlyd bare for påhefte av løsningsrett ved avhendelse. Det er mulig at den kan anvendes analogisk i visse tilfelle hvor løsningsretten ikke er stiftet i forbindelse med avhendelse, jf i denne retning Mads Henry Andenæs, Konkurs, 1993 06. Men forutsetningen må i så fall være at de hensyn som ligger bak bestemmelsen, gjør seg gjeldende på tilsvarende måte, altså at man står overfor en løsningsrett som det er naturlig å likestille med slike private beslagsforbud som omhandlet i dekningsloven kapittel 3. Dette er etter min mening ikke naturlig når det gjelder Palonens kjøperett, og jeg kan i det hele ikke se at § 3-10 er av betydning i saken.

Jeg kommer så frem til situasjonen da Palonen utøvet sin opsjon. Kjøpekontrakt mellom ham og Brødrene Bothner ble inngått 13 mai 1991, med overtakelse 23 mai 1991. Skjøte ble imidlertid først utferdiget 23 september 1991 og tinglyst 2 oktober 1991.

På den tid da Palonen gjorde opsjonen gjeldende, var situasjonen for Brødrene Bothner blitt meget vanskelig, og utsiktene til fortsatt drift syntes dystre. Jeg kommer mer detaljert tilbake til dette siden. Imidlertid kan jeg ikke se at disse forhold var til hinder for at Palonen gjorde bruk av sin kjøperett.

Herredsretten og lagmannsretten synes å ha lagt til grunn at utviklingen i tiden frem til mai 1991 medførte at Brødrene Bothner kunne ha ansett seg ubundet av Palonens kjøperett på grunnlag av bristende forutsetninger. Det er jeg ikke enig i. Det var da kjøperetten ble etablert, en nærliggende risiko for at det ikke ville lykkes å snu den negative utvikling i bedriften, og kjøperetten hadde åpenbart til formål å komme Palonen til gode også i en slik situasjon.

Heller ikke kan jeg se at utøvelsen av kjøperetten isolert sett var utilbørlig i forhold til bedriftens kreditorer. Det som skjedde, var at Palonen gjorde gjeldende en rett som var gyldig stiftet og som hadde rettsvern i kraft av tinglysingen.

Det som derimot etter min mening skaper problemer, er den nedbetaling på pantegjelden som fant sted etter at kjøpekontrakten var inngått. Opplysningene om at det på eiendommen hvilte pantegjeld som ble nedbetalt i forbindelse med at Palonen gjorde kjøperetten gjeldende, er nye for Høyesterett, og det vil fremgå at jeg ville ha kommet til et annet resultat enn herredsretten og lagmannsretten dersom jeg skulle

ha lagt til grunn det samme saksforhold som disse instanser.

Ved inngåelsen av kjøpekontrakten var eiendommen fortsatt beheftet med pantegjelden på kr 800.000 til Sparebanken Nord-Norge, idet Brødrene Bothner etter avtale med banken bare hadde betalt renter på lånet. Umiddelbart etter inngåelsen av kjøpekontrakten foretok imidlertid Brødrene Bothner en ekstraordinær nedbetaling på lånet på kr 350.000. Jeg nevner videre at bedriften den 10 juli 1991, på et tidspunkt

Side 266

da Palonen etter kjøpekontrakten skulle ha overtatt eiendommen, betalte en forfalt rentetermin med kr 59.650.

I og for seg er det klart at Palonens rett til å kjøpe boligeiendommen for kr 475.000 medførte en plikt for Brødrene Bothner til å sørge for at han kunne overta eiendommen uten panteheftelser som oversteg dette beløp. Imidlertid hadde Palonens kjøperett prioritet bak pantelånet på kr 800.000, og selv om han hadde krav på at bedriften skulle foreta nedbetaling på dette lånet, hadde han for dette kravet bare stilling som en ordinær usikret kreditor.

Etter dekningsloven § 5-9 kan boet kreve omstøtelse blant annet av disposisjoner "som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning". Jeg anser det klart at nedbetalingen på pantegjelden innebar en begunstigelse av Palonen sett i forhold til bedriftens øvrige usikrede kreditorer. Derimot krever det en nærmere drøftelse om nedbetalingen skjedde "på de øvriges bekostning", og likeledes om den kan anses for å ha skjedd "på en utilbørlig måte".

Når det kan reises spørsmål om nedbetalingen skjedde på de øvrige kreditorers – kreditorfellesskapets – bekostning, er det fordi den skjedde ved trekk på bedriftens kassekredittkonto, som hele tiden sto i minus. Nedbetalingen innebar således at bedriften oppfylte en forpliktelse overfor Palonen gjennom å pådra seg en tilsvarende økning i sin gjeld til Den norske Bank. Det hevdes fra Palonens side at det ved dette bare skjedde et kreditorskifte, som ikke har vært til skade for kreditorfellesskapet.

Spørsmålet om det foreligger en disposisjon til skade for kreditorfellesskapet, slik at konkursboet kan kreve omstøtelse etter dekningsloven § 5-9, når debitor har fyllestgjort en av sine kreditorer ved å trekke på en usikret kassekreditt, har vært atskillig diskutert. Jeg viser til Mads Henry Andenæs side 251, Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3, side 487 og side 551-552, og Reidar Myhre i TfR-1992-84 flg, særlig side 119-126. Disse forfattere antar at det ordinært er grunnlag for omstøtelse. I NOU 1993:16, Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v., side 112-113 og side 122-123, gis det derimot uttrykk for – iallfall ut fra en rettspolitisk betraktning – at det dreier seg om et ombytte av dividendeberettigede kreditorer, som ikke medfører tap for boet og som derfor ikke bør foranledige omstøtelse. Spørsmålet har ikke tidligere vært oppe for Høyesterett, men det foreligger enkelte avgjørelser fra lavere rettsinstanser, jf RG-1981-979, RG-1989-132 og RG-1992-463 og de utrykte avgjørelser som er referert av Myhre side 120-121. Det foreligger også rettsavgjørelser og litteratur om spørsmålet i Sverige og Danmark, jf henvisninger hos Huser og Myhre.

Jeg er kommet til at de beste grunner taler for å anse slike betalinger som vår sak gjelder, for å ha skjedd på de øvrige kreditorers bekostning. Som allerede nevnt, er det skjedd en favorisering av en enkelt usikret kreditor. Hvis betalingen hadde skjedd med midler fra kassebeholdningen eller fra en annen bankkonto, eller hvis kassekredittkontoen hadde stått i pluss da betalingen fant sted, ville det utvilsomt foreligge en begunstigelse på bekostning av de øvrige kreditorer. Men det synes kunstig og tilfeldig om omstøtelsesadgangen skal bero på slike omstendigheter. Når debitor fyllestgjør en enkelt usikret kreditor ved å trekke på sin

Side 267

kassekreditt, gjør han bruk av midler som står til rådighet for ham og som ellers kunne gått inn i hans alminnelige forretningsdrift og dermed kommet kreditorfellesskapet til gode. Jeg finner således at Palonen ikke kan gis medhold i at omstøtelse er utelukket allerede av den grunn at nedbetalingen av pantelånet skjedde ved trekk på kassekreditt. Jeg viser for øvrig til drøftelsen av et tilsvarende spørsmål i forhold til dekningsloven § 5-5 i Høyesteretts dom av 7 februar 1995, HR-1995-19-B.

Imidlertid gjør Palonen gjeldende at det i dette tilfellet knytter seg spesielle trekk til betalingen. Han

viser til uttalelser hos Myhre side 125 om at det ikke er grunnlag for omstøtelse når betaling skjer ved overtrekk av kassekreditten og når banken "har særskilt akseptert at debitor overtrekker nettopp for å innfri en annen kreditor". Dette var – anfører Palonen – situasjonen i vår sak. Nedbetalingen av pantelånet må anses for å ha skjedd med samtykke fra Den norske Bank.

Jeg går ikke inn på det generelle spørsmål om rekkevidden av en slik unntaksregel som det her er tale om. Det er etter min oppfatning ikke holdepunkter for at Den norske Bank har samtykket i nedbetalingen på pantelånet. At styreformannen og det styremedlem som medvirket ved overdragelsen av boligeiendommen, var innvalgt i styret etter bankens forslag, gir etter min mening ikke grunnlag for å identifisere dem med banken.

Dermed er jeg kommet til spørsmålet om nedbetalingen kan anses for å være skjedd på en utilbørlig måte. Som allerede nevnt, så det mørkt ut for bedriftens fremtid da nedbetalingen skjedde. Det foreligger en rekke opplysninger som underbygger dette. Jeg viser således til at Den norske Bank, som bedriften var avhengig av for å overleve, i februar 1991 hadde gitt signaler om at den ville ut av engasjementet. Det ble våren 1991 gjort forsøk på å komme til en privat gjeldssanering med de største kreditorerne, men forsøket mislyktes. Fra våren 1991 sluttet bedriften helt å betale merverdiavgift. Når bedriften i denne situasjon foretar betaling av et så vidt betydelig usikret krav til fordel for daglig leder, må det etter min oppfatning anses som en utilbørlig begunstigelse av denne kreditor sett i forhold til de øvrige. Jeg kan for øvrig vanskelig se annet enn at tidspunktet for disposisjonene må være valgt med sikte på å komme en truende konkurs i forkjøpet. Palonen ville jo ellers – på grunn av den vederlagsfri boret – ha hatt fordel av å vente med utøvelse av opsjonen til nærmere utløpet av treårsfristen.

Det neste spørsmål saken reiser, er om Palonen har vært i aktsom god tro. Avgjørende etter dekningsloven § 5-9 er om han "kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig". Jeg må legge til grunn at Palonen som daglig leder har kjent til eller burde ha kjent til de faktiske forhold som her er av betydning. Det er dermed grunnlag for omstøtelse, selv om han for sin del nok ikke har oppfattet nedbetalingen som en utilbørlig begunstigelse.

Jeg er således kommet til at boets omstøtelseskrav må tas til følge, begrunnet i nedbetalingen på pantelånet. Det er fra Palonens side akseptert at boets krav også under denne synsvinkel kan settes til kr 425.000 i utgangspunktet. Imidlertid hevdes det at han bare har utvist uaktsomhet, og at boets krav derfor må begrenses til hans berikelse, jf dekningsloven § 5-12 annet ledd sammenholdt med § 5-11 første ledd. Jeg finner

Side 268

det ikke nødvendig å gå inn på om vilkårene for anvendelse av § 5-12 annet ledd foreligger, idet jeg under ingen omstendighet kan se at det er tilstrekkelig grunn til nedsettelse. Jeg finner det således lite rimelig å belaste boet med Palonens utgifter til tinglysing og dokumentavgift. Og når det gjelder Palonens tap på investeringer i det nye Brødr Bothner AS, er årsakssammenhengen med den omstøtelige disposisjon så vidt fjern og indirekte at det ikke bør bli tale om noen reduksjon i boets krav.

Jeg stemmer for at lagmannsrettens dom stadfestes med den endring i renteberegningen som fremgår av boets påstand. Ut fra det resultat jeg er kommet til, antar jeg at Palonen må tilpliktes å betale saksomkostninger for Høyesterett.

Da jeg etter rådslagningen vet at jeg er i mindretall, former jeg ikke konklusjon.

*Dommer Gussgard:* Jeg slutter meg til de synspunkter førstvoterende har gitt uttrykk for med ett avgjørende unntak, nemlig når det gjelder spørsmålet om nedbetaling av pantegjelden og den senere rentebetaling innebar en utilbørlig begunstigelse av Palonen.

Nedbetalingen av pantegjelden fant sted på et tidspunkt da faren for konkurs i selskapet var økt. Jeg legger til grunn at dette ikke så meget skyldtes at bedriftens økonomi var blitt dårligere, men det faktum at Den norske Bank ikke lenger var interessert i å finansiere driften. At betaling av merverdiavgift ble stanset, var et tydelig tegn på fare for konkurs. Forsøk på privat gjeldssanering var satt i gang, uten at det er opplyst når dette forsøket ble oppgitt. Jeg er enig med førstvoterende i at Palonen var kjent med, eller i hvert fall burde ha kjent til, disse forhold.

Ved utilbørlighetsvurderingen må det etter mitt syn tas utgangspunkt i den situasjon som forelå da

opsjonsavtalen ble inngått. Fra selskapets side var det et sterkt ønske om at Palonen skulle overta stillingen som daglig leder. Det var alminnelig kjent at selskapet hadde en meget dårlig økonomi, og det var vanskelig å få stillingen besatt. Palonen ble gjort kjent med at selskapets gjeld var "astronomisk" og at forutsetningen for videre drift var ny kapitaltilførsel, noe som ikke skjedde. Palonen hadde den gang en god og sikker stilling i "Gildesystemet". For å overta stillingen i selskapet måtte han flytte med sin familie til Harstad. Han "brente sine broer", slik dette er uttrykt.

Som førstvoterende legger jeg til grunn at opsjonen ble avtalt muntlig før den skriftlige ansettelsesavtalen ble inngått 11 juli 1989. Jeg kan ikke se at denne avtalen ga Palonen noe mer enn rimelig vederlag for den utsatte og vanskelige oppgaven han påtok seg. Risikoen for konkurs var klart til stede allerede den gang, og jeg legger til grunn at ansettelsesvilkårene var preget av dette. Når det gjelder rett til lønn i to år etter en eventuell oppsigelse, finner jeg grunn til å nevne at dette var formulert slik at han kunne "påregne" slik lønn, og retten er av partene betegnet som noe usikker. Dette punktet ble for øvrig knyttet sammen med en rett for selskapet til å kreve at han i denne toårsperioden ikke tok stilling hos en konkurrent eller startet en konkurrerende bedrift.

Forutsetningen må ha vært at Palonen skulle få overta eiendommen fri for heftelser. Selskapet skulle besørge tinglysing. I og med at selskapet hadde ervervet eiendommen ved lån med pant i denne, fikk Palonens opsjonsrett prioritet etter pantelånet. Det kan etter min mening stilles

Side 269

spørsmål ved om ikke selskapet burde sørget for en bedre sikring av Palonens rett til å overta eiendommen. At dette ikke ble gjort, kan skyldes at partene ikke hadde den fulle oversikt over rettsvirkningene av at opsjonen fikk prioritet etter pantelånet.

Vilkårene i ansettelsesavtalen var utformet slik at det ikke var regningsvarende av Palonen å bruke opsjonen de første årene, siden han hadde rett til å bo vederlagsfritt i boligen i 3 år. Jeg er enig med førstvoterende i at årsaken til at han begjærte eiendommen overført til seg i mars/april 1991, må søkes i hans kunnskap om at faren for konkurs var økt.

Etter at Palonen hadde bedt om overføring av eiendommen til seg, ble formalitetene omkring dette, og også nedbetalingen av pantegjelden, besluttet av styret. Det er ikke noe som tyder på at Palonen har øvet noen form for press for å få opsjonen gjennomført.

Selv om jeg er enig med førstvoterende i at nedbetalingen av pantegjelden og den senere rentebetalingen var en forfordeling av Palonen i forhold til de øvrige kreditorer, viker jeg tilbake for å karakterisere disposisjonene med et så belastende begrep som utilbørlig. Selskapet tok sikte på å oppfylle de forutsetningene som lå til grunn for at Palonen skulle ta på seg oppgaven som daglig leder i et økonomisk vanskeligstillet selskap for å gjøre sitt til å bedre økonomien, til beste for selskapet og dets kreditorer. Hans fordring lå innebygget i ansettelsesavtalen, og skulle nettopp sikre ham mot virkningene av at selskapet måtte innstille. Det bør etter min mening også kunne legges noen vekt på dette at styreformannen og et styremedlem som medvirket ved overdragelsen av eiendommen, var innvalgt i styret etter forslag fra banken. Jeg er enig i at banken ikke kan sies å ha godkjent betalingene, men nevnte personer må ha vært klar over at det var banken som ville tape på nedbetalingene. De øvrige kreditorer har i realiteten ikke lidt noe tap ved nedbetalingen av pantegjelden.

På denne bakgrunn har jeg vanskelig for å se at de disposisjoner som ble foretatt våren 1991 med sikte på oppfyllelse av arbeidsavtalen, kan stemples som utilbørlige.

Jeg mener således at anken må føre frem, slik at Palonen frifinnes for boets krav.

Palonen har krevet saksomkostninger for alle retter. Selv om saken må anses tvilsom, mener jeg at kravet, ut fra sakens karakter bør tas til følge. Omkostninger tilkjennes med samlet kr 193.116, herav kr 53.529 for utgifter.

Jeg stemmer for denne dom:

1. Henry Palonen frifinnes.
2. I saksomkostninger for herredsretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Troms Kjøtt AS, dets konkursbo, til Henry Palonen samlet 193.116 – etthundreogtrettusenett hundreogseksten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.



*Dommer Tjomsland:* Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende, dommer Aasland, og jeg kan i det vesentlige også slutte meg til den begrunnelse han bygger sitt resultat på.

Side 270

Lagmannsretten har lagt til grunn at Palonen, til tross for at opsjonsavtalen var tinglyst, ikke kunne ha gjort den gjeldende i forhold til konkursboet. Jeg vil i den forbindelse bemerke at også jeg anser det for å være problematisk i forhold til dekningslovens regler om forfordeling av kreditorer, at daglig leder overfor bedriftens konkursbo skal kunne gjøre gjeldende en avtale, inngått mens bedriften var i en meget vanskelig økonomisk stilling, som gir han rett til å kjøpe en eiendom til en pris som svarer til halvdelen av eiendommens reelle verdi. Da jeg som nevnt slutter meg til den begrunnelse førstvoterende har gitt, er det imidlertid ikke nødvendig for meg til å gå nærmere inn på denne problemstilling.

Kst dommer Nygaard Haug: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annen voterende, dommer Gussgard.

*Dommer Holmøy:* Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

*dom:*

- 1. Henry Palonen frifinnes.*
- 2. I saksomkostninger for herredsretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Troms Kjøtt AS, dets konkursbo, til Henry Palonen samlet 193 116 – etthundreogtittiretusenetthundreogseksten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.*

---

Sist oppdatert 6. september 2010