

HR-2012-617-A – Rt-2012-468

INSTANS:	Norges Høyesterett – Kjennelse.
DATO:	2012-03-22
DOKNR/PUBLISERT:	HR-2012-617-A – Rt-2012-468
STIKKORD:	Konkurs. Omstøtelse.
SAMMENDRAG:	Et morselskap som hadde en betydelig gjeld til et datterselskap, betalte et krav for datterselskapet og motregnet betalingen i gjelden. Datterselskapets konkursbo krevet betalingen omstøtt etter dekningsloven § 5-5 . I spørsmålet om hvorvidt en betaling fra tredjemann kunne omstøtes overfor betalingsmottakeren kom Høyesterett til at det i et tilfelle som dette, hvor samme person styrte likviditeten i begge selskaper, og hvor den umiddelbare hensikten med betalingen var å dekke datterselskapets gjeld, måtte være avgjørende at det i realiteten hadde skjedd en betaling fra skyldneren selv. Høyesterett kom videre, i motsetning til lagmannsretten, til at det sentrale måtte være at datterselskapets fordring på morselskapet rent faktisk hadde fungert som et betalingsmiddel for datterselskapet og derfor måtte inngå ved vurderingen av hvorvidt betalingen betydelig hadde svekket datterselskapets betalingsevne. Lagmannsrettens kjennelse ble opphevet.
SAKSGANG:	Oslo byfogdembete TOBYF-2009-201718 – Borgarting lagmannsrett LB -2011-82851 - Høyesterett HR-2012-617-A, (sak nr. 2011/1555), sivil sak, anke over kjennelse.
PARTER:	Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS (advokat Morten Garman) mot Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo (advokat Anja K. Ankerud – til prøve).
FORFATTER:	Bull, Indreberg, Webster, Kallerud, Matningsdal.

Premisser

- (1) Dommer **Bull**: Saken gjelder omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 første ledd av et morselskaps betaling av krav mot datterselskapet – konkursskyldneren – med påfølgende motregning i morselskapets gjeld til datterselskapet.
- (2) Centrum Eiendom AS overførte 14. januar 2010 et beløp på 90 219,49 kroner til Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS som betaling for advokattjenester til sitt heleide datterselskap Centrum Eiendomsmegling AS. Innbetalingen innfridde tre fakturaer med forfallsdato i februar, mars og april 2009.
- (3) På betalingstidspunktet hadde Centrum Eiendom AS en gjeld til Centrum Eiendomsmegling AS på 872 422 kroner. Samme dag som betalingen fant sted, motregnet Centrum Eiendom AS utbetalingen til advokatfirmaet i gjelden som selskapet hadde til datterselskapet. Bortsett

fra kravet mot morselskapet bestod aktiva i Centrum Eiendomsmegling AS på dette tidspunktet av et bankinnskudd på vel 5 000 kroner.

(4)

Centrum Eiendomsmegling AS ble tatt under konkursbehandling 2. mars 2010. Fristdag, jf. dekningsloven § 1-2, er 22. desember 2009. Det er i skranken for Høyesterett opplyst at selskapets gjeld ved konkursåpningen var på ca. 10,5 millioner kroner og i sin helhet forfalt, mens fordringen på morselskapet på dette tidspunktet var redusert til ca. 550 000 kroner. Fordringen er innfridd overfor boet.

(5)

Konkursboet begjærte 29. november 2010 omstøtelse overfor advokatfirmaet, som motsatte seg dette. Oslo byfogdembete avsa 17. mars 2011 kjennelse med slik slutning:

- « 1. Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS betaler innen 2 uker fra forkynnelsen av denne kjennelse kr 90 219,49 til Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo, med tillegg av forsinkelsesrente fra 20. september 2010 til betaling skjer.
2. Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS betaler innen 2 uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen kr 19 185,50 til Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo. »

(6)

Kjennelsen ble påanket til Borgarting lagmannsrett, som 5. august 2011 avsa kjennelse (LB -2011-82851) med slik slutning:

- « 1. Anken forkastes.
2. Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS betaler til Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo, 17 869 – syttentusenåttehundreogsekstini – kroner i sakskostnader for lagmannsretten innen to uker fra forkynnelsen av kjennelsen. »

(7)

Advokatfirmaet har anket til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 25. oktober 2011 at ankesaken i sin helhet skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd annet punktum.

(8)

Den ankende part – *Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS* - har i korte trekk anført:

(9)

Lagmannsretten har anvendt dekningsloven § 5-5 første ledd feil på to punkter: Bestemmelsen rammer ikke betalinger foretatt av tredjemann, bare betalinger foretatt av skyldneren selv, og den foretatte betalingen medførte uansett ikke en betydelig forringelse av skyldners betalingssevne, slik bestemmelsen krever.

(10)

Det følger allerede av ordlyden i § 5-5 første ledd at den bare rammer « [b]etaling av gjeld som skyldneren har foretatt ». En eventuell utvidende tolkning av dette er ikke problematisert i forarbeidene, noe man skulle forvente om en slik tolkning var forutsatt. Det finnes en dom fra Gulating lagmannsrett –LG-2006-17565 - som godtar omstøtelse av

betaling foretatt av tredjemann, men lagmannsrettsdommer har generelt liten rettskildemessig vekt, og dommen gjelder uansett et tilfelle der den som mottok betalingen, var initiativtaker. Slik er det ikke her. At svensk og dansk rett er annerledes på dette punkt, kan forklares med at ordlyden er forskjellig – de svenske og danske bestemmelsene krever ikke at betalingen skal være foretatt av skyldneren.

(11)

Bortsett fra det som er uttalt i Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 side 258-260, har spørsmålet om en utvidende tolkning, slik at også tredjemanns betaling kan rammes, ikke vært reist i norsk juridisk teori, heller ikke i omtalen av den tidligere konkursloven av 1863. Husers standpunkt om at § 5-5 kan komme til anvendelse også på betalinger foretatt av tredjemann, er ikke forankret i andre rettskilder.

(12)

Også reelle hensyn taler mot en slik utvidende tolkning. Omstøtelse er et brutalt inngrep i den vanlige oppgjørsmekanismen 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 å forstå at dette skulle være illojalt. Boets behov er i et slikt tilfelle ivaretatt gjennom dekningsloven § 5-6 om omstøtelse av motregning foretatt overfor konkursskyldner. I vår sak kunne et slikt omstøtelseskrav ha vært rettet mot morselskapet.

(13)

Omstøtelse av betaling som tredjemann foretar med egne midler, vil dessuten innebære at omstøtelsen fører til beslag av midler som ikke tilhørte boet ved konkursåpningen. Dette ville være i strid med dekningsloven § 2-2 om omfanget av boets beslagsrett.

(14)

En utvidende tolkning av § 5-5 skaper også retts tekniske problemer, ettersom det er usikkert hvor grensen i tilfelle går for når tredjemanns betaling skal kunne omstøtes.

(15)

Subsidiært anfører den ankende part at det var feil av lagmannsretten å se bort fra datterselskapets fordring på morselskapet når den tok stilling til om transaksjonen – betalingen og den tilhørende motregningen – førte til en betydelig svekkelse av betalingsevnen. Betalingsevnen må fastlegges på grunnlag av objektive kriterier, og da på betalingstidspunktet, ikke et senere tidspunkt. Her var fordringen bokført til pålydende, og det forelå ingen objektive holdepunkter for manglende betalingsvilje fra morselskapets side. Fordringen ble innfridd overfor boet. Den må da regnes med ved fastlegging av skyldnerens betalingsevne.

(16)

Når fordringen regnes med, må betalingen på ca. 90 000 kroner holdes opp mot de samlede aktiva – fordringen og bankinnskuddet – på til sammen noe over 877 000 kroner. Dette gir en svekkelse av betalingsevnen på så vidt over 10 prosent. Dette er for lite. Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 side 314, fremhever 10 prosent som den absolutte yttergrense og antyder at intervallet 15-20 prosent bør være det riktige. Uansett har lagmannsretten tatt et feilaktig rettslig utgangspunkt når den utelukkende har sett på svekkelsen av betalingsmidlene. Ved vurderingen av om skyldnerens betalingsevne ble betydelig svekket, kan man ikke bare foreta en mekanisk vurdering av den prosentvise svekkelse av betalingsmidlene. Det kreves en bredere vurdering av aktivas beskaffenhet og fremtidsutsiktene slik de fortonet seg på betalingstidspunktet.

(17)

Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS har nedlagt slik påstand:

- « 1. Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS frifinnes.
- 2. Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS tilkjennes sakskostnader for Oslo byfogdembete, Borgarting lagmannsrett og Høyesterett. »

(18)

Ankemotparten – *Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo* - har i korte trekk anført:

(19)

Utgangspunktet er at betaling foretatt av tredjemann ikke rammes av dekningsloven § 5-5 . Men dette blir annerledes når betalingen reelt sett foretas med konkursskyldnerens midler. Det er tilfellet her. Morselskapets betaling av advokatregningene som datterselskapet hadde fått, og morselskapets etterfølgende motregning i datterselskapets fordring på morselskapet, henger åpenbart sammen. Når det reelt sett er konkursskyldnerens midler som benyttes, innebærer omstøtelsen heller ikke at man går ut over boets beslagsrett etter dekningsloven § 2-2 .

(20)

Slike transaksjoner dekkes av de tilsvarende omstøtelsesreglene i dansk og svensk rett, og omstøtelsesreglene er blitt til gjennom nordisk samarbeid. Det er ingen holdepunkter for at man tilsiktet regler med forskjellig innhold.

(21)

Denne forståelsen av § 5-5 har støtte i juridisk teori gjennom Husers bok, og likhets- og omgåelseshensyn taler for den. Hadde datterselskapet selv betalt advokatregningene med penger det hadde fått overført fra morselskapet, ville betalingen åpenbart ha vært rammet av § 5-5 slik forholdene her lå an. Det samme er tilfellet dersom datterselskapet hadde betalt ved å overdra sitt krav på morselskapet. Da bør også en betaling foretatt fra morselskapet rammes når betalingen umiddelbart følges opp med motregning overfor datterselskapet.

(22)

De objektive omstøtelsesreglene tar rett nok sikte på å ramme de typisk illojale transaksjonene, men det er i så måte tilstrekkelig at transaksjonene er illojale på skyldnersiden; det kreves ikke at de også typisk skal være illojale på fordringshaversiden. Fordringshaver får i disse tilfellene uansett et varsel om at noe kan være galt, ved at betalingen ikke kommer fra skyldneren selv men fra en tredjemann.

(23)

Det kan ikke spille noen rolle at boet eventuelt også kunne ha rettet et omstøtelseskrav etter dekningsloven § 5-6 mot morselskapet. Når betaling og etterfølgende motregning som her må ses som én disposisjon, er det for øvrig mest naturlig å rette omstøtelseskravet mot den som mottok betalingen.

(24)

Ved fastlegging av konkursskyldnerens betalingsevne er det evnen til å betale sine fordringer som er det sentrale. Følgelig er det særlig de likvide midler som har betydning. Dette kan etter omstendighetene være mindre enn skyldnerens totale beslagbare formue, jf. Rt-1999-64 på side 69 . En skyldners fordringer på tredjemann er ikke etter sin art illikvide, men de kan være det. Det må foretas en konkret vurdering -slik lagmannsretten her har gjort. Lagmannsrettens rettsanvendelse er riktig når den har lagt til grunn at morselskapets kontroll over fordringen medfører at den ikke kan regnes med. Det er ingen motsetning

mellom dette og den omstendighet at deler av fordringen utvilsomt gjøres likvid i det øyeblikk den – i realiteten – benyttes til å betale datterselskapets gjeld gjennom transaksjoner av den art vi her står overfor. Det betyr ikke at resten av fordringen også gjøres likvid. Selv om man regner med de 90 000 kroner av fordringen som ble aktivert ved motregningen, i de midler som utgjorde datterselskapets betalingsevne på betalingstidspunktet, er det klart at betalingsevnen ble betydelig redusert ved betalingen av den samme summen til advokatfirmaet. Den samlede betalingsevne utgjøres da bare av dette beløpet samt bankinnskuddet på noe over 5 000 kroner.

(25)

Subsidiært – om hele fordringen på 872 422 kroner skal regnes med – er en forringelse av betalingsevnen på noe over 10 prosent tilstrekkelig. Det kan nok være konkrete forhold i den enkelte sak som kan tilsi en noe mer nyansert tilnærming, men de foreligger ikke her.

(26)

Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo har nedlagt slik påstand:

« 1. Anken forkastes.

2. Gram, Hambro & Graman Advokatfirma AS betaler til det offentlige saksomkostninger for Høyesterett. »

(27)

Mitt syn på saken:

(28)

Jeg nevner først at det her dreier seg om en videre anke over en kjennelse. Høyesteretts kompetanse er da begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c. Lagmannsrettens bevisbedømmelse og konkrete rettsanvendelse – subsumsjon – kan ikke overprøves.

(29)

Som det fremgår av det jeg har sagt innledningsvis, ble det etter fristdagen foretatt betaling av et krav mot konkursskyldneren. Kravet var forfalt flere måneder før betaling skjedde. Betalingen ble imidlertid ikke foretatt av skyldneren selv men av skyldnerens morselskap, som samme dag motregnet det krav som dermed oppstod mot datterselskapet – skyldneren – i en større fordring datterselskapet hadde mot morselskapet.

(30)

Lagmannsretten har 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. Ifølge lagmannsretten inngikk dette i et mønster der morselskapet løpende dekket datterselskapets utgifter som lønn og husleie med videre, og foretok motregning i datterselskapets tilgodehavende. Det vises i lagmannsrettens kjennelse også til en revisorrapport som var utarbeidet for bostyret, der det fremgår at én og samme person hadde kontroll over driften og likvidene i begge selskaper.

(31)

Det første spørsmålet i saken er om en slik betaling – fra tredjemann, ikke skyldneren selv – kan omstøtes av skyldnerens konkursbo med hjemmel i dekningsloven § 5-5 første ledd overfor betalingsmottakeren, i dette tilfellet advokatfirmaet.

(32)

Dekningsloven § 5-5 første ledd lyder slik:

« Betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før frisdagen, 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. »

(33)

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

(34)

Høyesterett har ikke tidligere tatt stilling til om en betaling fra tredjemann kan omstøtes. Bortsett fra den kjennelsen som her står til prøving, finnes det imidlertid som tidligere nevnt en dom fra Gulating lagmannsrett av 14. desember 2006 – LG-2006-17565 - som godtar anvendelse av dekningsloven § 5-5 på en betaling foretatt av tredjemann og deretter avregnet i tredjemanns gjeld til skyldneren. I det tilfellet hadde betalingsmottakeren, altså den omstøtelseskravet ble rettet mot, tatt initiativet til betalingen.

(35)

Problemstillingen er ikke omtalt i forarbeidene til dekningsloven. Det har likevel interesse at omstøtelsesreglene ble til som ledd i et nordisk samarbeid om insolvenslovgivningen. De tilsvarende danske og svenske bestemmelsene er blitt forstått slik at de også kan ramme den type kombinasjoner av tredjemannsbetaling og motregning overfor skyldneren som vi her står overfor. Jeg viser til dom fra den svenske Högsta Domstolen av 24. mai 1996 gjengitt i Nytt Juridiskt Arkiv 1996 side 333 og dansk Højesterets dom 21. april 1988 inntatt i Ugeskrift for Retsvæsen 1988 side 484. Rett nok er den danske og svenske lovteksten her annerledes for så vidt som de taler om henholdsvis « betaling av en skuld » og « betaling av gjeld » uten å nevne hvem som betaler. Imidlertid fremgår det av forarbeidene til dekningsloven – NOU 1972:20 side 283 - at man « i meget høy grad » lyktes å harmonisere betingelsene for omstøtelse, og at man på svensk og dansk side hadde måttet gå til en « betydelig skjerpelse av reglene i objektiv retning » for å oppnå dette. De særlige bestemmelsene om omstøtelse av ekstraordinær betaling er ikke spesielt kommentert i denne sammenheng, men det betyr i alle fall at man ikke har sett noen grunn til å problematisere den forskjellen i ordlyd som det her er tale om.

(36)

Den eneste som har omtalt problemstillingen i norsk juridisk teori, er som nevnt Huser, og han går inn for å anvende § 5-5 på visse kombinasjoner av tredjemannsbetaling og motregning, jf. Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 side 258-259 der han behandler det han omtaler som « indirekte betaling » av skyldnerens gjeld fra tredjemanns side. Han nevner på side 259 « det tilfellet hvor debitor har penger å hente hos tredjemann, hvorfor han ber tredjemann om å betale debitors gjeld til kreditor og skrive dette av på tredjemanns egen gjeld til debitor ».

(37)

Dette ligger meget nær situasjonen i vår sak. Det var én og samme person som styrte likviditeten både i morselskapet og datterselskapet, og den umiddelbare hensikten med betalingen var å dekke datterselskapets gjeld.

(38)

Reelle hensyn tilsier etter min mening at § 5-5 kan anvendes på denne formen for tredjemannsbetaling. Det er på det rene at hadde morselskapet først overført penger til datterselskapet som datterselskapet så hadde betalt sine advokatregninger med, ville betalingen ha vært « betaling av gjeld som skyldneren har foretatt ». Det samme ville ha vært situasjonen om datterselskapet hadde betalt ved å overdra en del av sitt krav på morselskapet til advokatfirmaet.

(39)

Likhetshensyn tilsier da at det ikke bør spille noen rolle om man i stedet går frem slik det har vært gjort i denne saken. I realiteten har det i dette tilfellet skjedd en indirekte betaling fra skylderen selv. Det må være avgjørende. Om § 5-5 ikke kom til anvendelse på slike situasjoner, ville det åpne for omgåelser av bestemmelsen.

(40)

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

(41)

Den ankende part har fremhevet at boet ikke har noe behov for å kunne omstøte etter § 5-5 i dette tilfellet, fordi boet i stedet kunne ha krevd omstøtelse av motregningen foretatt av morselskapet med grunnlag i dekningsloven § 5-6 . Og det var jo selve motregningen som reduserte skyldnerens betalingsevne, ikke den forutgående betalingen av advokatregningene. Jeg går ikke inn på om § 5-6 kunne ha vært brukt av boet i dette tilfellet. Slik jeg ser det, er det ikke noe avgjørende argument mot at § 5-5 her skal kunne benyttes mot betalingsmottakeren, at § 5-6 eventuelt kunne ha vært benyttet mot tredjemann. Det kan ikke være noe prinsipielt til hinder for at et bo skal kunne velge mellom to måter å omstøte på.

(42)

Jeg mener etter dette at lagmannsretten bygger på en riktig tolkning av dekningsloven § 5-5 når den har anvendt bestemmelsen på denne formen for tredjemannsbetaling.

(43)

Den ankende part har videre anført at det var feil av lagmannsretten å se bort fra datterselskapets fordring på morselskapet ved avgjørelsen av om betalingen førte til en betydelig forringelse av skyldnerens « betalingsevne ».

(44)

Lagmannsretten har uttalt seg nokså konkret om akkurat dette spørsmålet, og Høyesteretts kompetanse i saken er, som nevnt, begrenset til å prøve lagmannsrettens generelle lovtolkning. Men når lagmannsrettens generelle lovtolkning fremgår av lagmannsrettens mer konkrete bemerkninger, må dette etter omstendighetene være tilstrekkelig. Jeg finner støtte for dette i Rt-2001-736 og Skoghøy, Tvistemål 2. utgave side 967.

(45)

Som tidligere nevnt viser lagmannsretten til et sitat i byfogdembetets kjennelse fra en revisorrapport til konkursboet. Dette sitatet lyder slik:

« Tilgodehavende kan etter min vurdering ikke være å anse som en fri eiendel. Morselskapet har løpende dekket Selskapets utgifter som lønn, husleie m.m. i motregning i tilgodehavende. Daglig leder Gullik Hansen hadde kontroll over driften og likvidene i begge selskap, noe som medførte betydelig usikkerhet knyttet til hvilke av Selskapets gjeldsposter morselskapet var villig til å innfri. At

morselskapet ikke innfridde sin gjeld til Selskapet, men bare foretok oppgjør i mellomregning, gir holdepunkter for at fordringen vanskelig kan anses som Selskapets frie aktiva. »

(46)

Etter å ha konstatert at eneste aktivum på betalingstidspunktet, når man ser bort fra fordringen på 872 422 kroner på morselskapet, var vel 5 000 kroner i innskudd på en bankkonto, bemerker lagmannsretten:

« Dette viser etter lagmannsrettens vurdering at det var morselskapet som langt på vei styrte over Centrum Eiendomsmeglings likviditet, noe som også var egnet til å skape usikkerhet om hvilke av selskapets gjeldsposter som ville bli innfridd. Når situasjonen var slik, mener lagmannsretten at det skal lite til før en utbetaling på selskapets vegne må anses som en betydelig forringelse av selskapets betalingsevne. Lagmannsretten er også enig med byfogdembetet at selskapets fordring på morselskapet under de rådende omstendighetene ikke kan anses som frie eller tilgjengelige dekningsmidler for selskapet. »

(47)

Lagmannsretten har altså lagt til grunn at en fordring på tredjemann ikke kan anses å bidra til betalingsevnen når det foreligger usikkerhet om hvilke gjeldsposter som vil bli betalt ved å trekke på fordringen. Lagmannsretten må videre bygge på at dette gjelder selv om fordringen inngår i den beslagbare formuesmassen, og selv om fordringen faktisk ble benyttet som grunnlag for betaling overfor flere av fordringshaverne. Som nevnt innledningsvis, ble jo fordringen innbetalt til boet med det som gjenstod ved konkursåpningen, og morselskapet betalte lønn, husleie med videre frem til konkursåpningen og motregnet i fordringen. Spørsmålet er så om dette er uttrykk for en riktig generell forståelse av dekningsloven § 5-5 .

(48)

I Rt-1999-64 uttalte flertallet følgende på side 69 om begrepet « betalingsevne »:

« Etter § 5-5 er det skyldnerens betalingsevne – likviditet – som er det sentrale. Bestemmelsen viser ikke direkte til kreditorenes dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs. »

(49)

I Rt-2008-1170 avsnitt 44 brukes uttrykket « tilgjengelige dekningsmidler », noe som ut fra sammenhengen må leses som en stikkordmessig henvisning til flertallets synspunkt i Rt-1999-64 . Slik synes uttrykket også å ha vært oppfattet i Mads H. Andenæs: Konkurs, 3. utgave side 325, der det i tilknytning til dette uttrykket tales om skyldnerens likvide midler og midler som lett kan omgjøres til likvide midler. Det generelle poenget i vår sammenheng er at et formuesgode ikke uten videre skal regnes med ved fastlegging av betalingsevnen etter § 5-5 bare fordi det inngår i bomassen.

(50)

Spørsmålet blir videre om usikkerhet om hvilke gjeldsposter som vil bli innfridd ved hjelp av fordringen, fører til at fordringen må settes ut av betraktning ved beregning av skyldnerens betalingsevne.

(51)

I tiden før en konkursåpning vil det ofte være slik at en skyldner har problemer med å betale alle regninger etter hvert som de forfaller, med den følge at fordringshaverne vil sveve i uvisshet om hvem som vil få betalt, og når betaling vil skje. En slik usikkerhet fører ikke til at man ved anvendelsen av § 5-5 setter ut av betraktning de betalingsmidler skyldneren faktisk har til rådighet i denne sammenheng.

(52)

Dette må også gjelde når de midlene det er tale om, er en fordring på tredjemann av det slag vi her står overfor. Jeg har vanskelig for å se at det i så måte gjør noen forskjell om det er én og samme person som styrer likviditeten i begge selskaper, eller om likviditeten blir styrt i morselskapets eller datterselskapets interesse. Det sentrale må være om fordringen rent faktisk fungerer som et betalingsmiddel for datterselskapet, ikke om den usikkerhet som eksisterer om hvilke gjeldsposter som vil bli betalt ved – i realiteten – å trekke på fordringen, er knyttet til datterselskapets eller morselskapets interesser.

(53)

Lagmannsrettens generelle lovforståelse er etter dette uriktig. Den har dermed ikke vurdert situasjonen basert på at fordringen inngår ved vurderingen av betalingsevnen. På grunn av Høyesteretts begrensede kompetanse i saken, jf. tvisteloven § 30-6, må dette føre til at dommen oppheves, jf. tvisteloven § 30-3 jf. § 29-23 fjerde ledd.

(54)

Den ankende part har etter dette vunnet frem med sin subsidiære påstand og må tilkjennes sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Kostnadene for Høyesterett er oppgitt til 80 453 kroner. Oppgaven legges til grunn. Sakskostnadsavgjørelsen for byfogdembetet og lagmannsretten utstår til den avgjørelse som avgjør saken, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd.

(55)

Jeg stemmer for denne

kjennelse:

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo til Gram, Hambro og Garman Advokatfirma AS 80 453 – åttitusenfirehundreogfemtitre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

(56)

Dommer **Indreberg**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(57)

Dommer **Webster**: Likeså.

(58)

Dommer **Kallerud**: Likeså.

(59)

Dommer **Matningsdal**: Likeså.

(60)

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

- 1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.*
- 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Centrum Eiendomsmegling AS, dets konkursbo til Gram, Hambro og Garman Advokatfirma AS 80 453 – åttitusenfirehundreogfemtitre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.*