

HR-2000-427 – Rt-2001-1136 (216-2001)

INSTANS:	Høyesterett – Dom.
DATO:	2001-09-20
DOKNR/PUBLISERT:	HR-2000-427 – Rt-2001-1136 (216-2001)
STIKKORD:	Konkurs. Omstøtelse.
SAMMENDRAG:	Et firmas bankforbindelse hadde pant i varelager, factoringpant i kundefordringer og pant i firmaets aksjer. I tremånedersperioden før det ble åpnet konkurs i firmaet, hadde banken fått nedbetalt gjeld på ca 5 millioner kroner. Høyesterett kom til, med unntak for tre nedbetalinger, at omstøtelse ikke kunne skje. Ved vurdering etter den subjektive omstøtelsesregel i dekningsloven § 5-9, ble bankens engasjement før konkursen sett på som et forsøk på å sikre fortsatt drift i alle kreditorers interesse. Det var heller ikke grunnlag for omstøtelse på objektivt grunnlag etter dekningsloven § 5-5, da det dreide seg om betalinger i henhold til faste rutiner og som måtte anses som ordinære. I henhold til factoringavtalen hadde bedriften rådighet over fordringsinnbetalingene på kassakredittkontoen. Banken, som factoringpanthaver, ble da ansett ikke å ha tiltrådt pantet ved at fordringen ble innbetalt på kassakredittkontoen. Dissens 4-1
SAKSGANG:	Toten herredsrett Nr: 98-00229 A – Eidsivating lagmannsrett LE-1999-390 A – Høyesterett HR-2000-427, sivil sak, anke.
PARTER:	Kjell's Markiser AS, dets konkursbo (advokat Kristian Huser) mot Gjensidige NOR Sparebank (advokat Per Nyheim – til prøve).
FORFATTER:	Stabel, Gussgard, Tjomsland, Gjølstad. Dissens: Matningsdal.

Dommer **Stabel**: Saken gjelder omstøtelse i konkurs etter dekningsloven § 5-5 og § 5-9.

Kjells Markiser AS, stiftet i 1984, drev produksjon og salg av solavskjermingsutstyr. Bedriften holdt til i Gjøvik-området og hadde på konkurstidspunktet 113 ansatte. Virksomheten var utpreget sesongbetonet, slik at det meste av bedriftens salg fant sted i vår og sommermånedene.

Samtlige aksjer i selskapet var fra 1992 eid av A.J.J. Holding AS, som var eid av Arne Johan Jørgensveen. Aksjene var pantsatt til Sparebanken NOR, nå Gjensidige NOR Sparebank. Sparebanken, ved avdelingen i Gjøvik, var bedriftens faste bankforbindelse. Bedriften hadde kassakreditt og andre lån i banken. Saldoen på kassakredittkontoen var negativ i den perioden som er aktuell i saken, men den negative saldoen ble betydelig redusert i de siste tre månedene før konkursåpningen. Det ble også betalt ned på andre lån i banken. Banken hadde omfattende sikkerheter i bedriftens aktiva, herunder factoringpant i kundefordringene.

Bedriften hadde i årene 1991-95 svake, men noe varierende resultater, med et regnskapsmessig overskudd for 1994 på 1,7 millioner kroner, og et underskudd for 1995 på 6,9 millioner. Omsetningen var i 1994 på 92,3 millioner kroner og i 1995 på 83, 2 millioner. Egenkapitalen ved årsskiftet 1995-96 var negativ, med 6,6 millioner kroner. I februar 1996 var det for hele året 1996 budsjettert med en omsetning på 100,2 millioner og et overskudd på 4,1 million. Den senere utvikling viste at dette var svært optimistisk. Rammen for kassakreditten var opprinnelig på 8 millioner, men i begynnelsen av februar ble det klart at den nesten var oppbrukt. Den 12. februar innvilget banken tilleggs-kreditt på 3 millioner, i henhold til en nedtrappingsplan frem til utløpet av juli. Samtidig ble eieren gitt en frist til 31. mars til å skaffe risikokapital i størrelsesorden 5 millioner, ellers ville banken tiltre sitt pant i aksjene i henhold til en frivillig tiltredelseserklæring av samme dato. I et styremøte 11. mars ble det fremlagt et foreløpig regnskap for 1995 som viste et negativt resultat på 4,3 millioner, og det ble uttalt at « bedriften er illikvid pr. i dag ».

Bedriften lyktes ikke i å finne nye eiere eller frisk kapital som forutsatt for tilleggskreditten, og 10. april tiltrådte banken aksjene i henhold til tidligere avtaler, samtidig som den betinget seg to observatører i styret. Den 2. mai ble det innvilget ytterligere tilleggskreditt med 1 million. I et styremøte samme dag ble det fremlagt et foreløpig regnskap for driften pr. 31. mars som viste at underskuddet så langt var på vel 5 millioner. I et estimat 18. juni kom det frem at det negative driftsresultatet pr. utgangen av april var på oppunder 6,5 millioner. På styremøte 3. september ble det besluttet å gjøre oppbud. Den 5. september 1996 ble det begjært oppbud til Toten skifterett, og konkurs ble åpnet samme dag.

Det ble anmeldt krav i boet på i alt 27 millioner kroner. Av dette var ca 5,5 millioner krav fra lønnsgarantifondet og ca 5,8 millioner prioriterte krav av klasse 2, vesentlig skyldig merverdiavgift. Den største enkeltkreditor var Sparebanken NOR, som i alt anmeldte krav på ca 14 millioner i utlån og 3 millioner i garantiansvar. Aktiva ble ved boregistreringen verdsatt til ca 9,3 millioner kroner. I tillegg forelå utestående kundefordringer for nominelt ca 14 millioner kroner, de fleste pantsatt til banken. Etter realisering utgjorde bankens uprioriterte krav i boet knapt 5 millioner kroner. De frie aktiva utgjorde ca 250.000 kroner.

Bostyret engasjerte revisor Rune Pettersen til å foreta en nærmere gjennomgang av forholdet til kreditorene før konkursen. Han konkluderte i en rapport 7. mars 1997 med at det hadde skjedd en betydelig reduksjon av gjelden til Sparebanken NOR i perioden før konkursåpningen, og anbefalte at bostyret vurderte muligheten for omstøtelse.

Ved stevning 20. april 1998 saksøkte boet banken med påstand om omstøtelse for inntil 5 millioner kroner med tillegg av renter. Toten herredsrett avsa 4. desember 1998 dom med slik domsslutning:

- « 1. Sparebanken NOR dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale til Kjells Markiser AS dets konkursbo kr 4.961.743,- med tillegg av renter med 4.25% av hele beløpet fra 15. juli 1996 til 24. juli 1997, deretter med 4.25% av kr 4.215.929,- og 12% av kr 745.814,- fra 25. juli 1997 til 1. oktober 1997 og deretter med 12% av kr 4.961.743,- fra 2. oktober 1997 og til betaling skjer.
2. Sparebanken NOR dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å erstatte Kjells Markiser AS dets konkursbo sakens omkostninger med kr 257.895-kronertohundreogfemtisyvtusenåttehundreogtiffem 00/100. »

Herredsretten fant at vilkårene for omstøtelse, både etter dekningsloven § 5-9 og § 5-5, var til stede for alle nedbetalingene. Sparebanken NOR anket til Eidsivating lagmannsrett, og konkursboet motanket. Motanken gjaldt dels en utvidelse av hovedkravet til 5.219.646 kroner, dels et rentespørsmål. Eidsivating lagmannsrett avsa 25. november 1999 (LE-1999-390) dom med slik domsslutning:

- « 1. Sparebanken NOR betaler til Kjells Markiser AS dets konkursbo 745.815 – sjuhundreogførtifemtusenåttehundreogfemten – kroner med tillegg av 4 – fire – prosent årlig rente fra 15. juli 1996 til 24. juli 1997 og 12 prosent årlig rente fra 25. juli 1997 til betaling skjer.
- Side 1138**
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke, verken for herredsretten eller lagmannsretten. »

Lagmannsretten fant ikke grunnlag for omstøtelse etter dekningsloven § 5-9. Nedreguleringen av bankens engasjement ble riktignok funnet utilbørlig. Det som gjorde den utilbørlig, var imidlertid at terminer for merverdiavgift i 1996 ikke ble betalt, og, slik lagmannsretten så det, kunne det ikke antas at banken kjente eller burde ha kjent til dette.

Omstøtelse kunne heller ikke skje etter dekningsloven § 5-5. Lagmannsretten fant at både saldoreduksjonen på kassakreditten og de øvrige betalingene måtte anses som ordinære. Et unntak gjaldt betalingen av 745.815 kroner, som ble omstøtt fordi den fant sted 1. juli 1996, mens forfall var i mars 1996.

Kjells Markiser AS, dets konkursbo, har anket til Høyesterett over rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen i lagmannsrettens dom. Gjensidige NOR Sparebank har inngitt aksessorisk motanke angående omstøtelsen av betalingen av 745.815 kroner. Motanken gjelder rettsanvendelsen.

Til bruk for Høyesterett har syv vitner avgitt skriftlig erklæring med svar på spørsmål forelagt av partene, og seks av dem er deretter avhørt ved bevisopptak. Ett av vitnene er nytt. To av dem ble avhørt for herredsretten, men ikke for lagmannsretten. Det er fremlagt en del nye dokumenter for Høyesterett, blant annet nytt tallmateriale som har medført en viss endring av størrelsen på de krav konkursboet fremmer.

Kjell's Markiser AS, dets konkursbo, har i korte trekk gjort gjeldende:

Gjeldsreduksjonen i de siste tre måneder før konkursen er i sin helhet omstøtelig som utilbørlig etter dekningsloven § 5-9. Bedriften var teknisk konkurs allerede på vårparten 1996, og dette må banken ha kjent til. Når den valgte å medvirke til videre drift over sommersesongen, måtte den vise spesiell aktsomhet i forhold til de øvrige kreditorer. I virkeligheten dreiet det seg om en styrt konkurs der banken tok sikte på å sikre sine interesser best mulig. Spesielt etter overtakelsen av aksjene i april 1996 kom den i en enestående posisjon, nærmest en eierposisjon, når det gjaldt å påvirke driften og sikre egne interesser.

Det var dessuten etablert et « selvbetjeningssystem » for banken når det gjaldt betalinger. Bankens kontrollerte utbetalingene og bestemte hvilke krav som skulle dekkes og når utbetaling kunne skje. Banken var således helt innforstått med at offentlige avgifter som merverdiavgift og arbeidsgiveravgift ikke ble betalt i tide. Dette skjedde til tross for at banken var kjent med bedriftens styrevedtak om at alle betalinger måtte skje under hensyn til kreditorfellesskapet. Spesielt klanderverdig er det at banken har sikret sine egne interesser på bekostning av det offentliges avgiftskrav, og nærmest har medvirket til uforsvarlig videre drift på det offentliges bekostning. Dette må vektlegges ved utilbørlighetsvurderingen etter § 5-9. Det gjøres ikke gjeldende at det i seg selv var utilbørlig å yte lån til fortsatt drift, heller ikke at det var utilbørlig å fortsette driften gjennom sommersesongen. Derimot gjøres det gjeldende at banken i denne perioden har medvirket til en styrt konkurs til skade for de øvrige kreditorer, blant annet ved å arbeide for salg av « innmaten ».

Av praktiske og bevismessige grunner er omstøtelseskravet begrenset til de siste tre månedene før konkursen.

Side 1139

Subsidiært påberopes den objektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-5. Gjeldsreduksjonene har betydelig forverret bedriftens betalingsevne, og kan ikke ses på som ordinære. Som eksempler på ordinære betalinger nevner forarbeidene driftsnødvendige utgifter, så som husleie, leverandørgjeld osv. Nedbetaling av bankgjeld står i en helt annen stilling. Selv om man skulle anse nedbetalingen av serielånene for å være ordinære betalinger, er dette iallfall ikke tilfelle med nedreguleringen av kassakredittgjelden. Det dreide seg her om en struping av likviditet. Det var for alle posters vedkommende snakk om betydelige betalinger i lovens forstand. Det antas som gjeldende rett at samtlige betalinger må legges sammen ved vurderingen – addisjonsprinsippet. Men selv om man skulle se på den enkelte betaling, må resultatet i dette tilfellet bli det samme – hver enkelt er tilstrekkelig stor til at den må anses som betydelig.

Det er ikke grunnlag for de generelle panterettslige innsigelser mot omstøtelse som banken gjør gjeldende på grunnlag av factoringpantet. Det var her avtalt at bedriften skulle ha rådigheten over fordringene inntil eventuelt mislighold, eller banken selv av andre grunner valgte å tiltre dem. Så lenge man er på sikringsstadiet har pantehaver ingen separatistrett. For å tiltre pantet måtte banken ha varslet debitorerne uttrykkelig, og dernest påtatt seg arbeid og bryderi med inndriving, reklamasjoner og oppfølging. Når fordringene er innbetalt til bedriftens kassakredittkonto, er beløpet til fri rådighet for bedriften, og kunne dermed vært brukt til å betale andre kreditorer. Bankens ensidige tilgodesett seg selv på bekostning av de øvrige kreditorer.

Heller ikke den mer banktekniske innsigelsen banken har gjort gjeldende, kan føre frem. Det dreier seg ikke om motregning eller ren ombytting av gjeldsposter uten konsekvenser for de øvrige kreditorer. Bedriften har adgang til å bruke hele den bevilgede kassakreditt, og når taket nås fordi banken sørger for nedbetaling av egne lån, blir dette til skade for de øvrige kreditorer.

Kjells Markiser AS, dets konkursbo, har nedlagt slik påstand:

« I hovedanken:

Sparebanken NOR dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale til Kjells Markiser AS, dets konkursbo kr 4.748.516 med tillegg av renter med 4,25% p.a. fra 15.07.96 til 01.10.97, deretter med 12% p.a. til betaling skjer.

I motanken:

Lagmannsrettens dom punkt 1 stadfestes, dog slik at rentesatsen på 4 prosent p.a. endres til 4,25% p.a.

I begge henseende:

Gjensidige NOR Sparebank dømmes til å erstatte Kjells' Markiser AS, dets konkursbo sakens omkostninger for alle retter med tillegg av 12% renter p.a. fra de respektive forfallstidspunktene til betaling skjer . »

Gjensidige NOR Sparebank har i korte trekk gjort gjeldende:

Når det gjelder nedregulering av kassakredittkontoen, er omstøtelse utelukket, fordi det dreier seg om dekning av pantesikrede krav. Banken hadde factoringpant i bedriftens utestående fordringer, og det forelå avtale om at alle kundefordringer skulle innbetales til kassakredittkontoen.

Side 1140

Bedriftens kundefordringer skulle således, ettersom de ble betalt, tjene til reduksjon av saldoen på kontoen. Innbetaling av disse beløpene var dermed i realiteten en tiltredelse av pantet. Banken oppnådde ingen berikelse i forhold til de øvrige kreditorer ved å få løpende nedbetaling via disse midlene, som den allerede hadde separatistrett i. Bedriften ville begå rettsbrudd overfor banken ved å disponere fordringene på annen måte, og banken må derfor ha surrogatpant i tilsvarende beløp på kontoen til enhver tid. Når det gjelder lånetermine, er omstøtelse utelukket fordi banken – når beløpet ble trukket på kassakreditten – ikke har oppnådd dekning for kravet. Det dreide seg bare om en ompostering mellom to gjeldsposter.

Ingen av nedbetalingene er utilbørlige etter dekningsloven § 5-9. Kjells Markiser AS hadde realistiske muligheter til å klare seg slik det så ut vinteren og våren 1996, og bankens tilførsel av tilleggs-kreditt hadde nettopp som formål å sikre videre drift til beste for alle kreditorer. Det pågikk hele tiden et aktivt arbeid for både å finne nye eiere og med sikte på omstilling av virksomheten. Bankens tiltredelse av aksjene i april 1996 skjedde i henhold til avtalen om tilleggs-kreditt, fordi eieren ikke hadde klart å skaffe ny kapital eller nye eiere som forutsatt. Banken kom ikke i eierposisjon og hadde ikke som formål å styre mot konkurs med sikte på egen vinning. Den har heller ikke rent faktisk grepet inn i styringen av virksomheten. Betalingene skjedde i det vesentlige i henhold til fastlagt plan. Nedbetaling av kassakreditten var også et normalt ledd i virksomhetens sesongmessige variasjon. Det forelå ingen selvbetjeningsordning som gjorde at banken kunne sile hvem som fikk betaling, og dermed forfordle seg selv. Banken betalte etter oppdrag fra bedriften. Den kjente eksempelvis ikke til at merverdiavgiftsterminer for 1996 ikke ble betalt og at oppgaver ikke var sendt inn. Banken kan heller ikke bebreides for at den ikke kjente til dette.

Heller ikke § 5-5 får anvendelse. Denne bestemmelsen må tolkes ut fra formålet, som er å gi forutberegnelighet, ved at betalinger som i det ytre fremstår som ordinære, også betraktes som ordinære og dermed ikke kan omstøtes. Med unntak av lånetermine 1. juli 1996 og nedbetalingen av diskonteringslånet 2. august 1996, må samtlige betalinger i perioden anses som ordinære. De har skjedd til forfall, i henhold til avtalte nedbetalingsordninger. De har heller ikke ført til noen berikelse for banken. Subsidiært gjøres det gjeldende at hver enkelt betaling ikke har vært stor nok til at bedriftens betalingsevne ble vesentlig forringet. Det bestrides at det gjelder et addisjonsprinsipp på dette området, slik at samtlige betalinger til banken skal legges sammen. Selv om man ser dem i sammenheng, er de imidlertid ikke store nok til å ses som en betydelig forringelse.

Gjensidige NOR Sparebank har nedlagt slik påstand:

« 1. Gjensidige NOR Sparebank frifinnes.

2. Kjells Markiser AS, dets konkursbo betaler til Gjensidige NOR Sparebank innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom saksomkostninger for herredsretten med 148.199 – etthundreogførtiåttetusenetthundreogtittini – kroner, saksomkostninger for lagmannsretten med 170.426 – etthundreogsyttitusenfirehundreogtjueseks – kroner og saksomkostninger for Høyesterett med 348.838 – trehundreogførtiåttetusenåttehundreogtrettiåtte - kroner.

Side 1141

3. Saksomkostningsbeløpene i punkt 2 forrentes frem til betaling skjer med den til enhver tid gjeldende alminnelige forsinkelsesrente utenfor forbrukerforhold (for tiden 12% pr. år) fra henholdsvis 21. desember 1998 for saksomkostningene for herredsretten, 14. desember 1999 for saksomkostningene for lagmannsretten og denne doms oppfyllelsesfrist for saksomkostningene for Høyesterett. »

Mitt syn på saken:

Omstøtelseskravet gjelder tre hovedtyper av gjeldsnedbetalinger, nemlig reduksjon av negativ kassakreditsaldo med i alt kr 3.847.139, til sammen 13 nedbetalinger av faste lån med til sammen kr 1.148.725, og betaling av saldo på diskonteringskreditt med kr 498.466. Alle nedbetalingene er skjedd ved trekk på bedriftens kassakredittkonto i tre-månedersperioden før konkursåpningen. Kravet bygger både på den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 og på den objektive i § 5-5. Banken har for noen av betalingene fremmet innsigelser mot omstøtelseskravet av mer generell karakter, som jeg innledningsvis vil behandle:

Når det gjelder reduksjonen av den negative kassakreditsaldoen, gjøres det gjeldende at disse betalingene etter sin art er vernet mot omstøtelse, fordi det i realiteten dreier seg om dekning gjennom en panterett. Det hevdes at banken, ved å motta dekning av beløp fra innbetalte kundefordringer på kassakredittkontoen, i realiteten har oppnådd pantedekning.

Boet har ikke gjort innsigelser mot selve factoringpantavtalen, som er av 28. juli 1992. Pantsettelsen skal i henhold til avtalen omfatte alle enkle pengekrav bedriften har eller i fremtiden vil få i sin næringsvirksomhet, og skal tjene til sikkerhet for alle bedriftens nåværende og fremtidige forpliktelser overfor banken. Avslutningsvis het det:

« Når pantsetter har kassekreditt hos pantthaver, er pantsetter dessuten forpliktet til å la alle oppgjør av sine fordringer gå inn til kredit på kassekredittkontoen. »

Kassakredittavtalen ble opprettet 20. oktober 1995, opprinnelig med en ramme på 8 millioner kroner. I lånevilkårenes punkt 5 het det:

« Utenom de beløp banken utbetaler på kundens foranledning, har den rett til å debitere kontoen for det kunden på annen måte er banken skyldig og som er forfalt til betaling. »

I forhold til banken hadde bedriften derfor plikt til å la betalingen for alle sine kundefordringer gå inn på kassakredittkontoen. Tilsvarende hadde banken rett til ensidig å belaste kontoen med alle sine forfalte krav mot bedriften. Innbetaling av kundefordringene skulle således tjene til å redusere saldoen på kontoen. Factoringpantet medførte at banken, til dekning av alle sine krav mot bedriften, hadde sikkerhet i disse fordringene til enhver tid. Spørsmålet er om innbetalingene til kassakredittkontoen kan ses som en form for tiltredelse av pantet, som medfører at banken allerede på dette tidspunkt har oppnådd pantedekning. I så fall kunne banken betraktes som separatist i kontoen, og ikke som en vanlig kreditor. Det avgjørende må her være om fortrinnsretten inntre allerede

Side 1142

ved innbetaling av fordringene på kassakredittkontoen, eller om det kreves noe mer fra bankens side.

Panteloven § 4-6 første ledd bestemmer at panthaver, med mindre noe annet er avtalt, har samme rett til å disponere rettslig over et pantsatt krav som skyldneren selv hadde. Bestemmelsen gjelder også i forhold til factoringpant, se § 4-10 tredje ledd. Dette utgangspunktet er annerledes enn hva som ellers er hovedregelen i panteretten, nemlig at pantsetter beholder de faktiske og rettslige eierbeføyelser, se panteloven § 1-6 ff. § 4-6 er imidlertid, som det fremgår av ordlyden, fravikelig i den forstand at annet kan avtales. Factoringpantavtalen av 28. juli 1992 hadde følgende bestemmelser om dette:

« Pantsetter har inntil videre rett til å kvittere for og motta oppgjør, sålenge han ikke misligholder sine forpliktelser overfor panthaver og/ eller sålenge panthaver ikke ønsker å overta direkte innkreving av kravene.

Hvis pantsetter misligholder sine forpliktelser av enhver art overfor panthaver og/ eller panthaver ønsker å overta innkreving av kravene, har panthaver rett til å tre inn som kreditor etter de pantsatte krav ved underretning til debitorene, og å motta og inndrive kravene til dekning av sitt mellomværende med pantsetter.

Panthaver har da rett til å realisere pantet ved direkte innkreving, ved salg, gjennom mekler eller på hvilken som helst annen måte som panthaver finner tjenlig. »

Det er således, i samsvar med hva som er vanlig praksis ved factoringpant, avtalt at bedriften inntil videre beholder rådigheten over kravene. Bare dersom gjelden overfor banken misligholdes, eller banken av andre grunner ønsker å foreta direkte innkreving av kravene, kan banken kreve at rådigheten går over. Overgangen skjer ved at banken selv overtar adgangen til å motta og inndrive kravene, og debitorene skal underrettes om dette. Slik overgang skjedde ikke i dette tilfelle.

Etter mitt syn må det her kreves overgang fra sikringsstadiet til dekningsstadiet. Før banken gjør sin panterett gjeldende, er det lite naturlig å si at det er en pantdekning banken oppnår. Den næringsdrivende har fortsatt rådigheten over de innbetalte beløp, og verdien av et factoringpant varierer over tid. At innbetalinger etter avtale skal gå inn på kassakredittkontoen, kan etter min mening ikke være avgjørende. Det er heller ikke grunnlag for å se de uspesifiserte beløp på denne kontoen til enhver tid som surrogat for de pantsatte krav. Forutsetningen for dette måtte i tilfelle vært at bedriften urettmessig hadde holdt beløpene utilgjengelig for banken, eller at den hadde hatt plikt til å holde dem atskilt fra øvrige midler. Jeg viser her til Skoghøy: Factoringpant side 414 ff, særlig side 418. Jeg nevner at situasjonen i så måte ligger annerledes enn det som var tilfelle i Rt-1992-1650. Standpunktet underbygges av at spesialitetsprinsippet i panteloven § 1-4 ved lov 20. juli 1991 nr. 68 ble innført også for factoringpant. Rettsvern er dermed betinget av at det er fastsatt et høyeste beløp for pantekravet. Skulle man se enhver innbetaling på kassakredittkontoen som dekning av pantekravet, måtte samtlige innbetalinger summeres for å avgjøre når det pantesikrede kravet var innfridd. Konsekvensen ville i tilfelle være at

Side 1143

pantekravet måtte settes svært høyt for å unngå at det med korte mellomrom måtte inngås nye factoringpantavtaler. Jeg kan vanskelig se at en slik løsning kan ha vært lovgivers forutsetning.

Det kan reises spørsmål om de innbetalinger som fant sted etter 3. september 1996, i alt 512.020 kroner, står i en annen stilling. Bankens sperret da kontoen med øyeblikkelig virkning, under henvisning til bedriftens beslutning om å begjære oppbud og til punkt 9 i kassakredittavtalen, slik at gjelden, som da med renter utgjorde 7 448.727 kroner, straks forfalt. Etter dette tidspunkt var det på det rene at bedriften ikke lenger kunne nyttiggjøre seg de beløp som måtte bli innbetalt fra kunder. Det er videre på det rene at banken på dette tidspunkt kunne ha tiltrådt pantet. Siden banken ikke foretok noen formell tiltredelse er jeg likevel kommet til at man, som for de øvrige belastninger, fortsatt befant seg på sikringsstadiet slik at omstøtelse ikke er avskåret.

Når det gjelder de øvrige belastninger, som gjaldt nedbetalinger av ulike lån til banken, har banken gjort gjeldende at det bare dreier seg om en ombytting av gjeldsposter fra ordinær bankgjeld til kassakredittgjeld som ikke kan være omstøtelig etter dekningsloven. Det foreligger ikke da betaling av gjeld, verken i forhold til dekningsloven § 5-9 eller § 5-5. Synspunktet synes å være at banken, ved å erstatte forfalte terminer fra ordinære lånebeløp med økt negativ saldo på kassakredittkontoen, ikke har

mottatt dekning, kun foretatt ompostering av et gjeldsbeløp. Det trekkes en parallell til motregningsreglene, og vises til at banken, dersom saldoen på kassakredittkontoen hadde vært positiv, ensidig kunne ha foretatt motregning. Slik motregning vil som hovedregel stå seg overfor de øvrige kreditorer, jf. dekningsloven § 5-6.

Heller ikke denne betraktningstype kan etter mitt syn føre frem. Motregning er ikke erklært i saken, og parallellen synes også av andre grunner mindre treffende. Saldoen på kassakredittkontoen var ved alle belastningene allerede negativ, slik at konsekvensen av omposteringen ble at bedriften mistet mulighet til å trekke på kontoen, og dermed disponere likvider som kunne komme de øvrige kreditorer til gode. Høyesterett har tidligere, både i Rt-1995-222 og i Rt-1995-259 gitt uttrykk for at gjeldsnedbetaling ved trekk på negativ kassakreditsaldo kan være til skade for de øvrige kreditorer og således omstøtelig. Når det i Rt-1995-259 vises til at det vil være tilfeldig om omstøtelsesadgangen skulle avhenge av om kontoen sto i pluss eller minus da betalingen fant sted, kan dette åpenbart ikke utlegges slik at omstøtelse ikke kan skje dersom betaling kunne ha skjedd ved motregning i en positiv saldo.

Ved den videre behandling av omstøtelseskravet, tar jeg utgangspunkt i følgende forhold:

Bedriften hadde i 1995, som tidligere nevnt, et underskudd på ca 6,9 millioner kroner, og en negativ egenkapital på ca 6,6 millioner kroner ved årets utgang. I første kvartal 1996 var det negative driftsresultatet på over 5 millioner kroner. Ved starten av salgssesongen i 1996, det vil si ved utgangen av første kvartal, hadde bedriften dermed en negativ egenkapital på 11-12 millioner kroner. Revisor Rune Pettersen uttalte i sin rapport til boet at insolvens intrådte « i månedsskiftet januar – februar 1996 ». Bedriftens styre uttalte i møte 11. mars 1996 at « ... bedriften er illikvid pr. i dag, hvilket må føre til at banken må holdes

Side 1144

løpende orientert. . ». Det er opplyst at det var jevnlig kontakt mellom bedriften og banken.

Den opprinnelige rammen for kassakreditten var som nevnt 8 millioner kroner. I begynnelsen av februar 1996 var denne nesten oppbrukt. Basert på en tilleggsprognose bedriften hadde utarbeidet, innvilget banken 12. februar 1996 tilleggs kreditt med 3 millioner kroner. Samtidig ble det fastsatt at tillegget skulle nedtrappes med en million i løpet av mai, ytterligere en million i løpet av juni og være helt innfridd ved utløpet av juli. En forutsetning for tilleggs kreditten var dessuten at den daværende eier innen 31. mars 1996 ved overdragelse av aksjene eller på annen måte skaffet frisk kapital i størrelsesorden 5 millioner kroner. Da eieren ikke klarte dette, tiltrådte banken i april 1996 aksjene i henhold til panteavtalen.

I april ble det klart at heller ikke den nye rammen på 11 millioner ville være tilstrekkelig, og bedriften varslet at den trengte ytterligere kreditt. Den 2. mai 1996 innvilget banken ytterligere en million i tilleggs kreditt, slik at den totale rammen på kassakreditten utgjorde 12 millioner kroner. Det ble videre fastsatt en justert nedtrappingsplan, der siste trinn i nedtrappingen skulle skje 1. september 1996.

Allerede i forbindelse med den første søknaden om tilleggs kreditt som ble gitt 12. februar 1996, hadde styreformannen opplyst at oppbud ville måtte begjæres dersom likviditeten ikke ble styrket. Bankens tiltrådte aksjene 10. april 1996 og betinget seg samtidig to observatører i styret. På styremøte 2. mai 1996, der disse to var til stede, ble det rapportert at regnskapet for 1995 var vesentlig dårligere enn forventet i tidligere oppsett. Pr. 31. mars viste regnskapet en omsetning på 11,2 millioner mot budsjettert 14,3 millioner og et underskudd på vel 5 millioner kroner. I referatet fra styremøtet het det avslutningsvis:

« Selv om styret i Kjells Markiser AS nå fortsetter driften i forståelse med Sparebanken NOR – og man nå er på vei inn i sesongen hvor inntektene er budsjettert med vesentlig større beløp enn utgiftene – er styret og administrasjonen klar over sitt ansvar for å påse at kreditorer ikke påføres ytterligere tap, eller at det skjer forfordeling. »

Det er således på det rene at økonomien i bedriften har vært meget svak, og at banken har vært kjent med dette.

Spørsmålet om disposisjoner skal omstøtes må vurderes konkret i forhold til de forskjellige

betalingene, og i forhold til det lovgrunnlag som er påberopt. Innledningsvis nevner jeg at det er boet som har bevisbyrden for at vilkårene for omstøtelse, både etter § 5-9 og § 5-5, er til stede, jf. NOU 1972:20 side 298 .

Jeg starter med boets prinsipale påstand, knyttet til den subjektive regelen i dekningsloven § 5-9. Bestemmelsen gjelder omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i god tro. Omstøtelse på dette grunnlag forutsetter at disposisjonen på en utilbørlig måte begunstiger en kreditor på bekostning av de øvrige, at debtors økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og at kreditor kjente eller burde ha kjent til dette og til de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Bestemmelsen gir anvisning på en helhetsvurdering, og rammer bare disposisjoner som etter en slik konkret vurdering fremstår som klart

Side 1145

kritikkverdige, jf. Ot.prp.nr.50 (1980-1981) side 170 -171, der det også gis anvisning på en mer moralsk vurdering av hva som til enhver tid bør være tillatt og ikke tillatt i kredittforhold.

Som lagmannsretten har gjort rede for, var virksomheten i Kjell's Markiser AS utpreget sesongpreget. Inntektene kom vesentlig om våren og sommeren, mens utgiftene var mer jevnt fordelt over hele året. Det var derfor normalsituasjonen at bedriften trengte ekstra kreditt utover vinteren og våren. Dette ble skaffet til veie ved at banken innvilget økt ramme for kassakreditten, en tilleggsramme som så ble nedregulert i løpet av høysesongen. Selv om situasjonen våren 1996 var alvorligere enn tidligere år, finner jeg ikke grunnlag for å kritisere bankens videre engasjement i bedriften. Således kan jeg ikke se at det er dekning for boets anførsel om at banken har opptrådt med det for øyet å begrense eget tap på kreditorfellesskapets bekostning. Etter mitt syn gir de nye forklaringer som er lagt frem for Høyesterett heller ikke grunnlag for anførselen om at bankens representanter har opptrådt bevisst med sikte på styrt konkurs så snart sommersesongen var avviklet, og slik at de gjenværende aktiva, som banken hadde sikkerhet i, kunne selges til nye eiere.

Jeg oppfatter bankens fortsatte engasjement som et forsøk på å sikre fortsatt drift, riktignok for å sikre sine egne krav og unngå videre tap, men også for å kunne gjøre bedriften i stand til å betjene sine øvrige kreditorer. Den vesentlige del av omsetningen skjedde som jeg tidligere har nevnt, i månedene mars til juni, samt noe i august. Både bedriften og banken arbeidet med sikte på å finne nye eiere eller frisk kapital, slik at driften i det daværende selskapet kunne fortsette og konkurs unngås.

Jeg kan ikke se at den omstendighet at banken overtok aksjene i april 1996, blir et avgjørende argument i utilbørlighetsvurderingen. Aksjene ble tiltrådt i henhold til avtalt håndpant og medførte ingen formell eierposisjon. Styret var fortsatt intakt, og styret og banken arbeidet som nevnt parallelt med sikte på å finne nye eiere. Observatørplassen i styret ble ikke benyttet til å påvirke ytterligere disposisjoner i bankens favør – disse skjedde i henhold til tidligere avtalte rutiner. Jeg finner det heller ikke sannsynliggjort at banken har benyttet det boet har kalt et « selvbetjeningssystem » til å overstyre bedriftens egne forslag om hvilke kreditorer som skulle få betaling. Det er etter mitt syn ikke ført bevis for at bedriften leverte fra seg lister til banken over hvilke betalinger som skulle prioriteres, og som banken så skal ha overstyrt.

Boet har for Høyesterett ikke gjort gjeldende at oppbud burde vært begjært allerede i februar 1996, og at videre drift i seg selv var uforvarlig. Derimot anføres at banken i sitt fortsatte engasjement burde ha opptrådt med særlig tilbakeholdenhet når det gjelder dekning av egne forfalte krav. Etter mitt syn må kreditorenes situasjon vurderes i lys av hva som hadde skjedd om rammen for kassakreditten ikke hadde blitt økt, først med 3 millioner, så ytterligere med en million. Partene er enige om at konkurs i så fall ville blitt resultatet, sannsynligvis allerede i februar, med den følge at verken leverandørgjeld eller skyldige offentlige avgifter hadde blitt betalt.

Uten en tilfredsstillende ordning for sikring av egne krav ville banken ikke gått inn med ytterligere tilleggs-kreditt, og det er heller ikke rimelig å forvente av den skulle gjøre det. Det er ikke anført at det var

Side 1146

noe irregulært eller urimelig i de øvrige lånebetingelsene. Bankens hadde allerede omfattende sikkerhet i bedriftens aktiva, med blant annet pant i varelager og factoringpant. Det ble ikke gitt ytterligere sikkerhet i

forbindelse med tilleggskreditten, og heller ikke avtalt andre vilkår enn hva som hadde vært vanlig også tidligere år, nemlig at saldoen på kassakreditten ble nedregulert tilbake til avtalt maksimumsbeløp. At rammen skulle nedreguleres når salget tok seg opp, var således i samsvar med vanlig praksis.

Det er på det rene at banken har fått tilbakebetalt et betydelig beløp. Jeg er likevel blitt stående ved at det, slik situasjonen var, ikke er tilstrekkelig grunnlag for å anse nedbetalingen på kassakreditten for – generelt sett – å innebære en utilbørlig begunstiging av banken på bekostning av de øvrige kreditorer. Jeg bemerker at jeg i denne vurderingen ikke finner å kunne legge særlig vekt på at det spesielt var offentlige avgiftskrav som bedriften var på etterskudd med. De hensyn som har begrunnet enkelte særregler for bestemte avgiftskrav, tilsier etter mitt syn ikke at disse kravene i denne sammenheng står i en prinsipielt sett annen stilling enn krav som tilkommer andre kreditorer. Jeg understreker i den forbindelse at pliktene etter merverdiavgiftsloven, herunder også oppgaveplikten, påhviler den næringsdrivende selv. Selv om det må kunne legges til grunn at banken burde kjent til at det var et etterslep når det gjaldt forfalte avgiftskrav, er dette – slik forholdene her lå an – etter mitt syn ikke tilstrekkelig til å anse nedbetalingen på kassakreditten som utilbørlig. Jeg tilføyer at det – slik jeg ser det – ikke kan legges til grunn at banken aktivt skal ha tilskyndet bedriften til å bruke merverdiavgiften som salderingspost. Jeg nevner endelig at skyldig merverdiavgift for 1995, over 800.000 kroner, ble betalt, riktignok forsinket, henholdsvis 10. mai og 14. juni 1996.

Enkelte betalinger står likevel i en særstilling. Den 1. juli 1996 ble det nedbetalt 745.814 kroner på lån. Det er denne belastningen lagmannsretten omstøtte etter dekningsloven § 5-5, og som er gjenstand for bankens motanke. Lagmannsretten viste til at terminen hadde ordinært forfall i mars 1996 og hadde stått udekket siden da. Banken har for Høyesterett erkjent at denne betalingen ikke kan anses som ordinær. Jeg er enig i dette og finner at betalingen også må anses utilbørlig i forhold til de øvrige kreditorer, og dermed må omstøtes etter § 5-9. Nedbetaling av eldre gjeld står i så måte svakere enn løpende nedbetaling i henhold til avtalt forfall, og omfattes ikke av de hensyn jeg har nevnt ovenfor. Jeg viser videre til den advarsel som lå i styreprotokollen av 2. mai 1996, og til at bedriftens likviditetsproblemer ble ytterligere svekket ut over sommeren, noe som også var bakgrunnen for at man ikke oppnådde løpende dekning som forutsatt. Det kan derfor heller ikke være tvil om at det subjektive vilkår i § 5-9 er tilfredsstillt.

Det samme gjelder etter mitt syn den nedbetaling av den særskilte diskonteringskreditten som ble foretatt 2. august 1996 med kr 498.466 kroner. Lagmannsretten kom, i samsvar med bankens anførsler, til at denne nedbetalingen var ordinær og således ikke kunne omstøtes etter § 5-5. Banken har for Høyesterett frafalt denne anførselen, men mener fortsatt at bestemmelsens øvrige vilkår ikke er oppfylt. Hensett til beløpets størrelse og til nærheten til konkursen finner jeg, på samme måte som i forhold til nedbetalingen 1. juli 1996, at den må anses utilbørlig i

Side 1147

forhold til de øvrige kreditorer og må omstøtes etter § 5-9. Også det subjektive vilkåret er etter mitt syn oppfylt.

Jeg er videre kommet til at den saldoreduksjon som ble foretatt på kassakreditten etter at oppbud var begjært 3. september 1996, ikke kan opprettholdes. Det dreier seg om belastninger foretatt 4. og 5. september 1996 med i alt kr 512.020. Betalingsstans var inntruffet, og det var på det rene at konkurs ville bli åpnet med utilstrekkelig dekning til alle kreditorer. I en slik situasjon måtte banken vise tilbakeholdenhet med å ta dekning av kontoen. Jeg viser her til NOU 1972:20 side 20. At banken kunne ha tiltrådt sitt factoringpant og fått dekning på denne måten kan ikke være avgjørende, når denne fremgangsmåten ikke er benyttet. Også her er det subjektive vilkår oppfylt.

Boet har subsidiært gjort gjeldende at de betalinger som ikke omstøtes etter den subjektive omstøtelsesregelen, er omstøtelige etter den objektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-5. Omstøtelse etter § 5-5 skal etter bestemmelsens første ledd ikke skje dersom betalingen fremtrådte som ordinær. Lagmannsretten har, med unntak av betalingen 1. juli 1996, kommet til at samtlige betalinger fremtrådte som ordinære. Ut fra den begrunnelse jeg har gitt for ikke å finne betalingene utilbørlige i forhold til de øvrige kreditorer, fremgår det at jeg er enig i dette. Samtlige betalinger som ikke omstøtes etter § 5-9 er skjedd til avtalt tid og på avtalt måte. Jeg bemerker her at uttalelsene i NOU 1972:20 side 292 ikke, slik boet hevder, kan tolkes antitetisk slik at betaling av bankgjeld ikke kan anses som ordinære betalinger. Jeg finner det etter dette ikke nødvendig å foreta en ytterligere vurdering i forhold til § 5-5.

Anken har delvis ført frem, mens motanken har vært forgjeves. Ankesaken må betraktes som delvis vunnet og dels tapt. Tvistemålsloven § 174 kommer til anvendelse, jf. § 180 annet ledd. Jeg kan ikke se at unntaksbestemmelsen i § 174 annet ledd kommer til anvendelse, og hver av partene må derfor bære sine omkostninger for Høyesterett. Selv om motanken ikke har ført frem, står den i så nær sammenheng med hovedanken at den ikke kan ha medført ekstraomkostninger av betydning. Jeg finner heller ikke grunn til å endre lagmannsrettens omkostningsavgjørelse.

Jeg bemerker at det er enighet om at rentesatsen i lagmannsrettens domsslutning punkt 1 skal endres.

Jeg stemmer for denne dom:

I hovedanken:

Gjensidige NOR Sparebank betaler til Kjells Markiser AS, dets konkursbo, 1.010.486 - enmilliontitusenfirehundreogåttiseks – kroner med tillegg av renter med 4,25 – firekommatjuefem – prosent årlig fra 15. juli 1996 til 1. oktober 1997, deretter med 12 – tolv – prosent årlig til betaling skjer.

I motanken:

Lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes, likevel slik at rentesatsen på 4 – fire – prosent årlig endres til 4,25 – firekommatjuefem – prosent.

Side 1148

I begge anker:

Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Oppfyllelsesfristen er 2 -to- uker fra forkynnelsen av denne dom.

Dommer Matningsdal: Jeg er enig med førstvoterende i at factoringpantet ikke er til hinder for at nedreguleringen av kassakreditten kan omstøtes, og at dette også gjelder for innbetalinger de to siste dagene før konkursåpningen. Men jeg har kommet til at en betydelig større del av gjeldsnedbetalingen de tre siste månedene før konkursåpningen må omstøtes med hjemmel i dekningsloven § 5-9.

Som førstvoterende fremhever, beror det på en helhetsvurdering om gjeldsnedbetalingen var « utilbørlig ». Samtlige nedbetalinger må i denne sammenheng vurderes samlet.

Ved helhetsvurderingen tar jeg utgangspunkt i bedriftens økonomiske situasjon. Regnskapene viser at den i perioden 1991 – 1995 hadde svake resultater hvor både 1992 og 1995 gav et negativt resultat på 6,9 millioner kroner, mens 1991, 1993 og 1994 gav et samlet positivt resultat på 3,5 millioner kroner. I denne perioden oppnådde med andre ord bedriften ikke overskudd av betydning, og de årene den hadde et positivt resultat, utgjorde det ikke noe år mer enn 2% av omsetningen. Samlet resultat i femårsperioden var negativt med 10,3 millioner kroner. Fra 1994 til 1995 gikk dessuten omsetningen ned fra 92,3 til 83,2 millioner kroner. Og egenkapitalen var ved årsskiftet 1995/1996 negativ med 6,6 millioner kroner.

Ved inngangen til 1996 stod man med andre ord overfor en bedrift med alvorlige økonomiske problemer. Et styrereferat fra 11. mars 1996 viser riktignok at styret på det tidspunktet anslo det negative resultatet i 1995 til i overkant av 4 millioner kroner, men i styremøte 2. mai 1996, med andre ord én måned før den perioden som det kreves omstøtelse for ble innledet, var det klart at beløpet var 6,9 millioner kroner. Da banken på dette tidspunktet hadde to observatører i styret, ble den straks kjent med dette.

At banken vurderte bedriftens stilling som svak, fremgår av et internt notat fra 9. februar 1996 hvor bedriftens økonomiske stilling ble klassifisert til C på en skala fra A til D, og hvor D er svakeste kategori. Og i et senere notat fra 21. mai 1996 var klassifiseringen endret til D. De samme notatene klassifiserte sikkerhetsdekningen til 4 som er det svakeste på en skala fra 1 til 4. I det første notatet var dekningen beregnet til 51%, mens den i det siste var beregnet til 37% med en underdekning på nærmere 15 millioner kroner.

Tidlig på året må det ha vært nærliggende for både bedriften og banken at det var stor fare for at den vanskelige økonomiske situasjonen ikke ville bli rettet opp i løpet av 1996. For 1996 var det budsjettert

med en omsetning på 100,2 millioner kroner – med andre ord en omsetningsøkning på ca 20%, mens bedriften året før hadde hatt en nedgang på ca 10%. Dersom budsjettet ble nådd, ville dette gitt et positivt resultat på 4,1 millioner kroner – noe som tilsa at bedriften etter det svært svake resultatet i 1995, året etter tok sikte på å oppnå et resultat som i forhold til omsetningen ville bli dobbelt så godt som det beste resultatet i den foregående femårsperioden.

Selv om man mente at det svake resultatet i 1995 skyldtes forbigående problemer, var budsjettet på denne bakgrunn svært optimistisk. Tidlig

Side 1149

på året viste dessuten ukerapportene, hvorav i alle fall noen ble gjort kjent for banken, at omsetningssvikten konstant lå i overkant av 25%. For begge parter måtte det derfor tidlig være innlysende at bedriftens fremtidsutsikter var dystre.

Når banken i denne situasjonen 12. februar 1996 bevilget en tilleggs kreditt på tre millioner kroner, og 2. mai 1996 utvidet den med ytterligere én million, tok den på denne bakgrunn en betydelig risiko. Dette avspeiles i at banken beregnet seg en rente på 9,25% pr. kvartal, og 10,75% ved utnyttelse over 60% – med andre ord en årlig rente på ca 40%. Banken tok seg dermed betalt for den risikoen den utsatte seg for.

Tilbørligheten av gjelds nedbetalingen må vurderes mot denne bakgrunn. Og selv om det bare kreves omstøtelse for nedbetalinger de tre siste månedene før konkursen, har utviklingen helt fra tilleggs kreditten ble bevilget i februar 1996 interesse ved vurderingen. Før denne bevilgningen var trekkrammen på kassakreditten åtte millioner kroner. Ved konkursåpningen var tilleggs kreditten ikke bare nedbetalt, men saldo på kassakreditten var 6.860.124 kroner – med andre ord i overkant av 1,1 millioner kroner lavere enn trekkrammen i februar. Banken hadde med andre ord fått tilbake atskillig mer enn tilleggs kreditten, og dessuten belastet bedriften en årlig rente på 40% for den.

I den siste tremånedersperioden innfridde bedriften i tillegg over kassakreditten misligholdte avdrag med 1.244.280 kroner og dekket ordinære avdrag på lån med 402.911 kroner. Banken fikk med andre ord ikke bare tilbake tilleggs kreditten, men oppnådde dessuten en betydelig reduksjon av dens øvrige utlån. Ja, når reduksjonen på kassakreditten ut over bevilget kreditt i februar 1996 legges til ovennevnte tall, blir summen i overkant av 2,7 millioner kroner.

Denne reduksjonen må dessuten ses i sammenheng med utviklingen i pantesikkerheten – nærmere bestemt om den totale verdien økte eller ble redusert sommeren 1996. Jeg har ikke konkrete opplysninger om denne utviklingen, men nevner at i bankens justerte fordringsanmeldelse 20. juni 1997 er kravet oppgitt til 4.961.743 kroner. I kredittnotatet av 21. mai 1996 ble underdekningen anslått til i underkant av 15 millioner kroner. Selv om verdien av factoringpantet i dette notatet, som var basert på bokført verdi pr. 31. desember 1995, ble satt til 50% av utestående fordringer, indikerer dette at den totale verdien av pantesikkerheten økte sommeren 1996. Bankens økonomiske situasjon ble med andre ord betydelig forbedret i forhold til februar 1996, mens skyldig merverdiavgift på den annen side økte med 3,9 millioner kroner i tremånedersperioden.

Spørsmålet er ikke om det var utilbørlig å fortsette driften med bedriftens svake økonomi, men om prioriteringen av bankens og statens krav var utilbørlig. Ved denne vurderingen er jeg enig med førstvoterende i at det isolert sett taler mot omstøtelse at nedreguleringene på kassakreditten skjedde i henhold til avtalt nedbetalingsplan, og at tilleggs kreditten ble gitt for at bedriften skulle unngå oppbud før sesongsalget startet. Men det er ikke tilstrekkelig til å unngå omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 – noe som bestyrkes av at banken som nevnt ikke bare fikk tilbake tilleggs kreditten, men oppnådde en markert gjeldsreduksjon ut over den.

Ved straffetruuselen i straffeloven § 284 har lovgiveren markert at forfordeling av kreditorer må unngås. Dette ble også understreket i styremøtet 2. mai 1996 hvor banken hadde to observatører. Straffeloven

Side 1150

§ 284 illustrerer dessuten at plikten til å unngå forfordeling er overordnet det forhold at forfallstiden er kommet. Når debitor ikke har tilstrekkelige midler til å betale samtlige kreditorer, vil situasjonen i praksis være at de fleste kan vise til at deres krav er forfalt. Men det hindrer selvsagt ikke uten videre omstøtelse.

Jeg kan dessuten ikke se at bankene, som i praksis har større muligheter enn andre kreditorer for å pantesikre sine krav, står i en særstilling. Og ved tilbørighetsvurderingen kan det ikke i bankens favør legges vekt på at den hadde pantesikkerhet. Den var som kjent utilstrekkelig slik at nedbetalingene bare bidro til å redusere underdekningen.

Etter min mening kan det ikke legges særlig vekt på at misligholdsperioden for skyldig merverdiavgift ikke var særlig langvarig ved at de to siste terminene på 1.617.399 og 3.020.143 kroner forfalt henholdsvis 10. juni og 10. august. Det sentrale må være at både bedriften og banken visste at når omsetningen økte i høysesongen, ville også avgiftsplikten øke betydelig. Og da merverdiavgiften ikke er vederlag for solgte varer, men en statlig skatt, har de næringsdrivende etter min mening en særlig oppfordring til å forvalte sin økonomi slik at de er i stand til å innfri ved forfall. Dette illustreres av at betalingsmislighold opprinnelig var straffbart. Og da straffbarheten ble opphevet ved lov av 3. juni 1983 nr. 46, ble betydningen av at avgiften innbetales ved forfall understreket. I Ot.prp.nr.56 (1982-1983) side 33 ble det derfor foreslått at forsinkelsesrenten burde være høy. Siden 10. juni 1997 er den « 3 prosentenheter over den til enhver tid gjeldende rentesats » som er fastsatt med hjemmel i forsinkelsesrenteloven, jf. forskrift om betaling av avgift og beregning og betaling av renter og rentegodtgjørelse etter merverdiavgiftsloven av 23. desember 1974 nr. 9 med senere endringer. Det samme illustreres etter min mening av at krav på merverdiavgift etter dekningsloven § 9-4 første ledd nr. 3 er fortrinnsberettiget i annen klasse.

I denne saken har ikke bedriften sørget for å holde tilbake tilstrekkelige midler, og heller ikke etterlevd det som ble understreket i styremøtet 2. mai om å unngå forfordeling. Når banken krevde at kassakreditten skulle nedreguleres som avtalt, og videre forlangte at misligholdt gjeld på over én million kroner skulle innfris, hadde bedriften med det svake resultatet den også oppnådde om sommeren, i realiteten valget mellom å begjære oppbud eller å forfordele kreditorene: For å unngå leveringsstans måtte den så langt som mulig betale vareleverandørene, og for å unngå at banken stengte kassakreditten måtte den akseptere at bankens krav ble redusert slik banken forlangte. Med bankens posisjon ved at den hadde tiltrådt aksjene og utøvde « normale aksjonærrettigheter », og ved at den ensidig nærmest når som helst kunne tvinge bedriften til å begjære oppbud, må den omtalte gjeldsnedbetalingen som langt på vei ble finansiert ved at det ikke ble avsatt midler til å betale skyldig merverdiavgift, på denne bakgrunn betegnes som « utilbørlig ». Dette gjelder selv om jeg i likhet med førstvoterende ikke kan legge til grunn at bankens representanter avgjorde hvilke fordringer som skulle dekkes når det var tilgjengelig kreditt på kassakreditten.

De automatiske trekkene på totalt 402.911 kroner kan derimot ikke regnes som « utilbørlige ». I forhold til omsetningen dreier det seg om beskjedne beløp som automatisk ble belastet ved forfall. Hadde disse beløpene utgjort den eneste gjeldsreduksjonen i perioden, ville betalingen

Side 1151

utvilsomt ikke ha vært « utilbørlig ». Og resultatet bør ikke bli motsatt fordi de øvrige omstøtelige disposisjonene ble foretatt.

Disse betalingene kan heller ikke omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Jeg nøyer meg med å vise til førstvoterendes begrunnelse.

For så vidt gjelder bankens « banktekniske » innsigelse mot omstøtelse, er jeg enig med førstvoterende i at den ikke kan føre fram.

Et vilkår for omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 er at banken « kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig ». Det er ikke bestridt at banken kjente til at bedriftens økonomiske stilling var svak. Spørsmålet er om den kjente eller burde ha kjent til de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.

Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til om bankens representanter var kjent med disse forhold. Men etter min mening burde de hatt slik kunnskap: I et brev av 21. april 1996 beskrev adm.dir. Kleiven situasjonen som kritisk, og antydte at han vurderte å be styret om å begjære oppbud. Som svar på dette bevilget banken en ytterligere tilleggs-kreditt på én million kroner samtidig som betalingsterminene ble forskjøvet med én måned. I styremøtet 2. mai 1996 er det protokollert at resultatet av driften de tre første månedene var negativt med 5.049.000. Og 18. juni viste et estimat som banken var kjent med, at det negative resultatet pr. 30. april var nærmere 6,5 millioner kroner. I forhold til budsjettet av 7. februar som

pr. dette tidspunktet viste et positivt resultat på ca 2,9 millioner kroner, var det et negativt avvik på 9,4 millioner kroner. Dette innebar at selv om bedriften i årets åtte siste måneder oppnådde budsjettert resultat, ville det negative resultatet på årsbasis bli negativt med 5,2 millioner kroner.

Men allerede 18. juni fikk banken et ytterligere signal om at den videre utviklingen var foruroligende ved at antatt positivt resultat for mai var anslått til 2,2 millioner kroner, mens budsjettet fra 7. februar viste et positivt resultat for denne måneden på 4,6 millioner kroner. Endelig nevner jeg at en konsulentrapport datert 4. juli 1996, og som banken hadde innhentet, konkluderte med en sannsynlig årsomsetning på 75 millioner kroner, mens det som nevnt var budsjettert med 100 millioner kroner.

Med denne kunnskapen skulle banken etter min mening ha undersøkt om bedriften også maktet å innfri skyldig merverdiavgift. For banken burde det være velkjent at en bedrift med så betydelige problemer som i det aktuelle tilfellet, lett ville falle for fristelsen å misligholde skyldig merverdiavgift. Når den likevel ikke undersøkte, har den etter min mening utvist slik uaktsomhet som kreves for omstøtelse.

Jeg har etter dette kommet til at motanken ikke fører fram. I hovedanken har jeg kommet til at det må skje omstøtelse for 4.345.605 kroner.

I motanken tiltrer jeg førstvoterendes standpunkt med hensyn til saksomkostningene. Selv om også jeg har kommet til at boet ikke fullt ut kan få medhold i hovedanken, har jeg likevel kommet til at det bør tilkjennes fulle saksomkostninger for samtlige instanser. Jeg viser til at banken etter mitt resultat bare får medhold for et mindre beløps vedkommende, og at arbeidet med denne del av kravet ikke kan ha medført særlig arbeid. Da jeg etter domskonferansen vet at jeg er i mindretall, går jeg ikke nærmere inn på beløpets størrelse, og utformer heller ingen konklusjon.

Side 1152

Dommer **Gussgard:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Stabel

Dommer **Tjomsland:** Likeså.

Dommer **Gjølstad:** Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

Dom:

I hovedanken:

Gjensidige NOR Sparebank betaler til Kjells Markiser AS, dets konkursbo, 1.010.486 - enmilliontitusenfirehundreogåttiseks – kroner med tillegg av renter med 4,25 – firekommatjuefem – prosent årlig fra 15. juli 1996 til 1. oktober 1997, deretter med 12 – tolv – prosent årlig til betaling skjer.

I motanken:

Lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes, likevel slik at rentesatsen på 4 – fire – prosent årlig endres til 4,25 – firekommatjuefem – prosent.

I begge anker:

Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Oppfyllelsesfristen er 2 -to- uker fra forkynnelsen av denne dom.