

UiT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Skyldnerens nærstående

— Kan et franchiseforhold medføre at franchisegiver anses som skyldnerens (franchisetakers) nærstående i omstøtelsestilfeller?

Linn M. A. Wilhelmsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2014



Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Avhandlingens aktualitet	5
1.3 Rettskildebildet	7
1.4 Avgrensning	7
1.5 Videre fremstilling	8
2 Franchising	9
2.1 Introduksjon til franchising	9
2.2 Business format franchising	10
3 Dekningsloven § 1-5	13
3.1 Introduksjon til dekningsloven § 1-5	13
3.2 Legislative hensyn bak dekningsloven § 1-5	15
3.2.1 Likebehandling av kreditorene.....	15
3.2.2 Beskytte kreditorfellesskapet mot urettmessige og illojale disposisjoner	17
3.2.3 Forutberegnelighet og omsetningshensynet	17
3.2.4 Interessefellesskap mellom partene	19
3.3 Hva ligger i avkastningskriteriet?	20
3.3.1 Partsforhold som omfattes av avkastningskriteriet	21
3.3.2 Krav til avkastningens omfang	23
3.4 Hva ligger i kravet til lederinnflytelse?	26
3.4.1 Krav til lederskap	26
3.4.2 Krav til vesentlig innflytelse	31
3.5 Kan alternativene i dekningsloven § 1-5 kumuleres?	33
4 Er franchisegiver franchisetakers nærstående?	39
4.1 Kan franchisegiver anses å motta tilstrekkelig avkastning?	39
4.1.1 Omfattes franchisegiver av avkastningskriteriet?.....	39
4.1.2 Oppebærer franchisegiver en betydelig del av franchisetakers inntekt?	40
4.1.3 Konklusjon	42
4.2 Kan franchisegiver anses å ha tilstrekkelig lederinnflytelse?	42
4.2.1 Kan franchisegiver anses som franchisetakers leder?	42
4.2.2 Har franchisegiver vesentlig innflytelse?	44
4.2.3 Konklusjon	47

4.3 Kan franchisegiver anses som franchisetakers nærstående etter en kumulering av alternativene i dekningsloven § 1-5 nr. 3?	48
4.4 Generelle bemerkninger	49
4.5 Konklusjon	49
5 Rettspolitiske betraktninger	51
5.1 Vurdering av dekningsloven § 1-5	51
5.2 Forslag til endring av dekningsloven § 1-5 nr. 3	54
5.2.1 Forslag nummer 1	54
5.2.2 Forslag nummer 2	55
6 Kildeliste	56
6.1 Lovgivning	56
6.2 Forarbeid	56
6.3 Rettspraksis	56
6.4 Litteratur	57
6.5 Tidsskrifter og artikler	58
6.6 Elektroniske kilder	59

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I annet kvartal av 2014 ble det åpnet 1 286 konkurser i Norge.¹ Ved konkurs er kartlegging av midler til dekning for kreditorenes krav en av konkursboets viktigste oppgaver.

Utgangspunktet er at boet kan ta beslag i formuesgoder som tilhører skyldneren på beslagstiden, se lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaverens dekningsrett (heretter dekningsloven/deknl.) § 2-2. Omstøtelsesreglene representerer et unntak fra dette, og gir boet rett til å kreve rettslige disposisjoner omstøtt. Med omstøtelse forstås tilsidesettelse, tilbakeføring og omgjøring av disposisjoner som et insolvent bo kan gjøre gjeldende.² Tema for avhandlingen er hvordan nærheten mellom debitor og hans medkontrahenter kan påvirke omstøtelsesadgangen.

Omstøtelsesreglenes hovedformål er å beskytte kreditorfellesskapet mot kreditorsvik og boforringelse.³ Samt ivareta likebehandling av kreditorene. Dekningsloven har objektive og subjektive omstøtelsesregler.⁴ De objektive omstøtelsesreglene regulerer omstøtelse på visse vilkår i en kritisk periode for debtors økonomi, uten krav om at medkontrahenten var i ond tro eller at debtors økonomi var svak.⁵ De objektive omstøtelsesreglene er i opplistet i dekl. § 5-2 til 5-8. For de objektive omstøtelsesreglene er omstøtelsesfristen som regel tre måneder fra frisdagen.⁶ Den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 krever at medkontrahenten var i ond tro angående skyldnerens økonomiske stilling, og at disposisjonen kan karakteriseres som utilbørlig. Deknl. § 5-9 er en sikkerhetsventil for tilfeller som ikke kan omstøtes etter de objektive omstøtelsesreglene. En forutsetning for omstøtelse er at den aktuelle disposisjonen er gyldig og bindende.⁷ Dersom en disposisjon ikke er gyldig og bindende kan boet gjøre alminnelige avtalerettslige innsigelser gjeldende, og på denne måten

¹ <http://ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/konkurs/kvartal>.

² Brækhus/Høgetveit Berg, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, Jussens venner 2014 nr. 2 s. 66.

³ Brækhus/Høgetveit Berg, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, Jussen venner 2014 nr. 2 s. 75-76.

⁴ Med subjektiv omstøtelsesregel mener jeg dekl. § 5-9, selv om også dekl. § 5-6 er en subjektiv omstøtelsesregel. Se Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, 2009 s. 288.

⁵ Brækhus/Høgetveit berg, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, Jussens venner 2014 nr. 2 s. 76 og 88.

⁶ Fristdagen er den dagen da begjæring om konkurs ble tatt til følge, se dekl. § 1-2 første ledd.

⁷ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 30.

opphøve disposisjonen.⁸ Ett annet formål er å tilbakeføre den berikelse eller det tap, som den omstøtelige disposisjonen medførte, til boet, se dekl. §5-11 og 5-12.

I enkelte av de objektive omstøtelsesreglene har lovgiver gitt skyldnerens nærstående en spesiell stilling. Med nærstående menes personer eller virksomheter som har en særskilt tilknytning til debitor. Deknl. § 1-5 regulerer hvem som er skyldnerens nærstående. Dersom noen anses som debtors nærstående, vil omstøtelsesfristen kunne utvides. Utvidelsen er som regel på to måneder, og øker muligheten for avdekkelse og omstøtelse av eventuelle omstøtelige disposisjoner. Formålet om å beskytte kreditorfelleskapet mot kreditorsvik og boforringelse gjelder også for den utvidede omstøtelsesfristen for nærstående. Den utvidede fristen er blant annet begrunnet i en presumsjon om at nærstående får innsikt og informasjon om debtors økonomiske stilling på et tidligere tidspunkt enn alminnelige kreditorer.⁹ Det er derfor av stor betydning for kreditorfelleskapet å avklare hvilke forhold som rammes av dekl. § 1-5.

Avhandlingen tar for seg nærståendebegrepet i relasjon til forretningsformen franchising. Problemstillingen er om et franchiseforhold kan medføre at franchisegiver anses som skyldnerens (franchisetakerens) nærstående i omstøtelsestilfeller. Franchising er en form for forretningsdrift der franchisegiver (eier) selger en komplett forretningspakke til franchisetaker. Nærmere om franchising i kapittel 2.

1.2 Avhandlingens aktualitet

Franchising hadde sitt gjennombrudd i USA før 2. verdenskrig, og kom for alvor som forretningsform på 1950-tallet.¹⁰ I Norge hadde franchising sitt inntog på 1970-tallet.¹¹ I 2009 var det omtrent 300 franchisesystemer, og antallet er fortsatt økende.¹² Den økende andelen franchising medfører en interesse i å avklare om slike franchiseforhold kan anses som nærstående i relasjon til omstøtelsesreglene. Avhandlingens aktualitet knytter seg til nettopp dette.

⁸ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 30.

⁹ NOU 1972:20 s. 253.

¹⁰ Norheim, *Franchising, avgangsvederlag og agentur*, 2003 s. 52.

¹¹ Norheim, *Franchising, avgangsvederlag og agentur*, 2003 s. 54.

¹² https://cappa.no/download/presse/rekruttering_ft_04_09.pdf.

Inspirasjon til avhandlingen er Rt. 2008 s. 1170 (heretter Rema 1000). Avgjørelsen omhandler omstøtelse etter dekl. § 5-5. A AS drev kolonialforretning som franchisetaker i franchisekonseptet til Rema 1000, og hadde dårlig inntjening. Franchisekontrakten ga Rema 1000 rett til å heve kontrakten med grunnlag i franchisetakers lave inntjening og egenkapital. Rema besluttet derfor 30. november 2004 å heve franchiseavtalen med A AS. Avtalen gav Rema 1000 rett til å kjøpe varelager til innkjøpspris og motregne i krav mot A AS.¹³ A AS erkjente å være insolvent, og konkurs ble åpnet 21. desember 2004. En enstemmig Høyesterett kom til at motregningen var en ekstraordinær betaling etter dekl. § 5-5 som kunne omstøtes. Disposisjonen var foretatt innenfor den alminnelige omstøtelsesfristen til dekl. § 5-5. Spørsmålet om den utvidede omstøtelsesfristen i annet ledd kunne anvendes på franchisegiver var således ikke aktuelt i dommen. Det ble derfor ikke vurdert av Høyesterett om franchisegiver var franchisetakers nærstående. Det kan likevel ikke tolkes slik at Høyesterett mente at franchiseforholdet ikke kunne omfattes av dekl. § 1-5. Høyesterett har ikke for vane å vurdere rettsspørsmål som ikke er relevant for sakens resultat, og manglende avklaring kan ikke tolkes som utelukkelse. Spørsmålet har heller ikke vært oppe til vurdering i annen rettspraksis. Avhandlingen knytter seg til hva som ville blitt utfallet dersom disposisjonen var foretatt mer enn tre måneder før fristdagen.

Et slikt tilfelle kan illustreres med et tenkt faktum. Gjennom rapportering av regnskap oppdager franchisegiver at franchisetakers virksomhet går dårlig, og at franchisetaker høyst sannsynlig kommer til å gå konkurs. Franchisegiver ønsker å sikre seg og få oppgjort sine utestående fordringer mot franchisetaker. Motivert av dette hever franchisegiver franchiseavtalen og betinget seg rett til kjøpsrett av varelager og motregning. Det forutsettes at motregningen oppfyller vilkårene for ekstraordinær betaling etter dekl. § 5-5. Fire måneder etter motregningen begjærer franchisetaker seg konkurs. På dette tidspunkt er den alminnelige omstøtelsesfristen etter dekl. § 5-5 utgått, og disposisjonen kan i utgangspunktet ikke omstøtes. Dersom franchisegiver anses som franchisetakers nærstående er fristen utvidet til to år før fristdagen. Dersom franchisegiver anses som franchisetakers nærstående kan disposisjonen likevel omstøtes. For slike tilfeller er det av vesentlig betydning å avklare om franchiseforhold omfattes av begrepet nærstående i dekl. § 1-5.

¹³ Rt. 2008 s. 1170 avsnitt 36.

1.3 Rettskildebildet

Målet med avhandlingen er å avklare gjeldende rett og kartlegge om franchising kan anses som nærstående, samt vurdere om dekl. § 1-5 er en hensiktsmessig regel. Begrepet nærstående er legaldefinert i dekningsloven § 1-5. Avhandlingen tar derfor utgangspunkt i lovteksten og forarbeidene. Forarbeidene til dekningsloven er Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) og NOU 1972:20. NOU 1972:20 er relevant da Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) følger opp konkurslovutvalgets utredning. For å klarlegge bestemmelsens innhold søkes det også støtte i annen lovgivning, særlig lov av 13. mai 1997 nr. 44 aksjeloven (heretter aksjeloven).

Den aktuelle problemstillingen er ikke behandlet i rettspraksis. Rettspraksis vil likevel gi veiledning ved fastsettelse av det generelle innholdet i dekl. § 1-5. Omfanget av rettspraksis er begrenset, og av den grunn anvendes rettspraksis fra alle instanser. Praksis fra lagmannsretten og tingretten vil i utgangspunktet ikke ha lik vekt som høyesterettsavgjørelser. Imidlertid må praksis fra lagmannsretten og tingretten tillegges vekt ved rettsspørsmål som ikke har vært oppe til vurdering i Høyesterett.¹⁴ I tillegg til å gi veiledning til gjeldende rett vil enkelte rettsavgjørelser anvendes som illustrasjonsmateriale for praktiske eksempler. En slik anvendelse av rettsavgjørelser er anerkjent.¹⁵

Videre vil juridisk teori og reelle hensyn bli anvendt som tolkningsbidrag ved klarlegging av dekl. § 1-5. Disse rettskildefaktorene tillegges i utgangspunktet ikke nevneverdig vekt, men i mangel av andre kilder vil de kunne ha gjennomslagskraft.¹⁶ Reelle hensyns gjennomslagskraft har, til tross for klare kilder, en rekke ganger kommet til uttrykk gjennom høyesterettspraksis.¹⁷

1.4 Avgrensning

Avhandlingens tema og problemstilling medfører i seg selv en rekke begrensninger. Avhandlingen vil knytte seg til om franchiseforholdet kan omfattes av dekl. § 1-5. Andre

¹⁴ Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, 2000 s. 162.

¹⁵ Skoghøy, *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettanvendelse*, Nybrot og Odling – festskrift til Nils Nygaard s. 323-343 2002 s. 324.

¹⁶ Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, 2000 s. 380.

¹⁷ Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, 2000 s. 378.

juridiske aspekter ved franchiseforholdet vil ikke bli behandlet, som for eksempel avtaleaspektet og konkurranserettslige forhold.

Andre forhold som knytter seg til nærstående faller også utenfor avhandlingen.

De objektive omstøtelsesreglene i kapittel 5 som utvider fristen for nærstående oppstiller også et krav om at debitor på tidspunktet ikke var utvilsomt solvent. Dette vilkåret har ingen betydning for om vedkommende anses som nærstående, og vil ikke bli behandlet i avhandlingen.

Avhandlingen vil bare knytte seg til konkurssituasjonen. Det avgrenses derfor mot tvangsakkord og offentlig skifte.

Det finnes en rekke forskjellige franchiseformer. Avhandlingen knytter seg til den mest omfattende formen for franchising, såkalt business format franchising. Nærmere om denne i kapittel 2. Det påpekes at andre former for franchising vil brukes som illustrasjon i kapittel 2.

1.5 Videre fremstilling

Oppgaven vil behandles i fire deler. Det redegjøres for franchisekonseptet i kapittel 2. Denne redegjørelsen er nødvendig for å belyse hva franchising er, og hvilken rolle franchising kan ha i konkurssituasjonen. Kapittel 3 vil være en redegjørelse av gjeldende rett. Kapittelet vil ta for seg de regler og hensyn som gjelder for dekningsloven § 1-5. Formålet med fremstillingen av hensynene er å gi en oversikt over de sentrale hensynene som må avveies mot hverandre i avhandlingens drøftelser.

Videre skal kapittel 4 besvare avhandlingens problemstilling. Kapittelet vil knytte seg til om franchisegiver kan anses å oppfylle kriteriene i deknl. § 1-5, og i kraft av dette anses som franchisetakers nærstående. Det vil i dette kapittelet bli foretatt en sammenligning av franchising og dets kjernestruktur, som er gjort rede for i kapittel 2, opp mot kravene i deknl. § 1-5 nr. 3. Avslutningsvis vil det i kapittel 5 foretas en rettspolitisk vurdering av dagens regel.

2 Franchising

2.1 Introduksjon til franchising

Franchising er en type forretningskonsept der franchisegiver utvikler og organiserer forretningsdrift, og selger konseptet til franchisetakere. Et franchiseforhold oppstår ved at partene inngår en juridisk bindende avtale. Denne avtalen definerer partenes rettigheter og plikter. Franchisegiver berettiger og forplikter franchisetaker til å bruke franchisegivers varemerke eller varenavn.¹⁸

Franchisetaker er den som driver den lokale enheten (franchisen), og selger produktet eller tjenesten som franchiseforholdet knytter seg til. Franchisetaker er et foretak enten i kraft av enkeltmannsforetak, ansvarlig selskap eller aksjeselskap.¹⁹ De fleste franchisetakere driver virksomheten som et aksjeselskap.²⁰ I denne avhandlingen forutsettes det derfor at franchisetaker er et aksjeselskap.²¹ I kraft av å være et selskap er franchisetaker et eget rettssubjekt. Franchisegiver vil normalt også være et aksjeselskap.²²

Franchisegiver og franchisetaker er selvstendige rettssubjekt som handler for egen regning og i eget navn. Franchiseavtalen medfører heller ingen fullmaktsforhold mellom partene. Ingen av partene kan inngå avtaler på vegne av hverandre, med mindre dette er særskilt regulert. At partene i franchiseforholdet er selvstendige og ansvarlige for egen virksomhet medfører at franchisetaker er ansvarlig for den lokale virksomheten, på lik linje med selvdrift.

Det finnes flere former for franchising, og disse formene har forskjellig omfang på «franchisepakken», altså hvor omfattende samarbeidet er, og hvilke tjenester franchisegiver tilbyr franchisetaker. Franchiseformene kan deles inn i to hovedkategorier. Det ene er der

¹⁸ http://www.franchiseforeningen.no/index.php?p=1_7_Europeiske-etiske-regler.

¹⁹ Norheim, *Franchising- begrepsforklaring og oversikt over noen rettslige problemstillinger*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 2 1995 s. 16.

²⁰ <http://effectum.no/effectum-as/franchisetaker-2/franchisetaker-rettigheter-lokal-enhet/>.

²¹ Det vil i følgende fremstilling bare ses hen til aksjeloven. Reglene som behandles i avhandlingen har likevel overføringsverdi til selskap etter lov av 21. juni 1985 nr. 83 Selskapsloven (heretter sel.) og lov av 13. juni 1997 nr. 45 allmennaksjeloven (heretter allmennaksjeloven) pga. samme innhold i de respektive rettsreglene.

²² Norheim, *Franchising- begrepsforklaring og oversikt over noen rettslige problemstillinger*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 2 1995 s. 16.

franchisegever selger et helt forretningskonsept (business format franchising), og det andre er det franchisegever bare distribuerer et produkt eller en tjeneste til franchisetaker. Denne formen omtales som produktfranchising.²³

Produktfranchising er en form for franchising der franchisegever gir franchisetaker retten til å distribuere eller gis en lisens til å produsere produkter, og bruke deres varemerker og kjennetegn.²⁴ Disse formene for franchising er begrenset til å gi vedkommende franchisetaker retten til å selge en vare eller tjeneste, uten videre samarbeid. Franchisetaker i produktfranchising beholder egen identitet utad og overfører ingen styrings- og kontrollrett til franchisegever. Et franchiseforhold som bygger på produktfranchising vil derfor ikke kunne oppfylle kravet til nærstående etter dekl. § 1-5.

Det må i forlengelsen av dette påpekes at det finnes en franchiseform som omfattes av dekl. § 1-5 nr. 3. Kvasifranchisesamarbeid en form for franchiseforhold som bygger på et samarbeid mellom franchisegever og franchisetaker. Franchisegever og franchisetaker er jevnbyrdige, og franchisegever er ikke overordnet, på samme måte som i andre franchiseforhold. Forholdene er helt motsatt av vanlige franchiseforhold. Det vanlige for denne formen er at franchisetaker eier noe, eksempelvis en eiendom, og franchisegever blir den som utvikler prosjektet.²⁵ Et slikt forhold, der franchisetaker eier virksomheten, omfattes av dekl. § 1-5 nr. 3, eierskapsalternativet. En slik franchisemodell omfattes av ordlyden, og vil ikke bli behandlet nærmere i avhandlingen.

Det er i det følgende franchiseformen business format franchising som er tema for avhandlingen.

2.2 Business format franchising

Business format franchising (i det følgende omtalt som franchising) er den formen som anses som «ren» franchising, og er mest utbredt i Norge og Europa.²⁶ Denne franchiseformen omfatter tilnærmet alle aspekter av forretningsdrift. Franchising innebærer at franchisegever

²³ Med produktfranchising siktes det til både produktfranchising og lisensfranchising.

²⁴ Nilssen, *Franchise*, 2. utgave, 2008 s. 10.

²⁵ Nilssen, *Franchise*, 2. utgave, 2008 s. 11.

²⁶ Norheim, *Franchising, avgangsvederlag og agentur*, 2003 s. 52.

skaper et helhetlig forretningskonsept som han²⁷ distribuerer til potensielle franchisetakere.

En franchisepakke inneholder ofte organisering av den lokale enheten, samarbeidsformen, varemerke og profilering, sortiments- og tjenestetilbud, leverandøravtaler, salgsmetoder, markedsføringsmetoder, faglige standarder, oppstartsbeskrivelser, IKT-systemer, daglig drift/daglige rutiner, personalrutiner, økonomiske rutiner, opplæringsprogram, forretningsplan og kvalitetssikringsrutiner.²⁸ I tillegg er det temmelig vanlig at franchisegiver leier ut lokale, inventar og utstyr til franchisetaker.²⁹ Denne oppregningen illustrerer at denne typen franchiseforhold er svært omfattende. Ofte er avtalen nøye detaljert slik at franchisegiver har full kontroll over innkjøpspris og utsalgpris og øvrig forretningsdrift.³⁰ I tillegg er et særtrekk ved franchising at franchisegiver og franchisetaker(ne) skal framstå som en samlet enhet utad.³¹ BigBite, Rema 1000 og Narvesen anvender denne franchiseformen.³²

Franchisegiver tjener på franchisekonseptet ved at franchisetaker betaler for tjenestene som inngår i franchisepakken. I tilnærmet alle franchiseforhold betaler franchisetaker en prosentandel av omsetningen i franchiseavgift. Franchiseavgiften ligger på alt fra 0.5 prosent til 50 prosent av omsetningen.³³ I tillegg betaler de fleste franchisetakere også en oppstartsavgift for franchisegivers ytelser, som kan variere.³⁴ Det er heller ikke uvanlig at en franchisetaker betaler en markedsføringsavgift, leie for forretningslokalet, og avgift for andre systemytelser.³⁵ Eventuelt kan disse avgiftene være innbakt i franchiseavgiften.

For å lettere kunne klarlegge hva franchising innebærer er det viktig å belyse skille mellom franchising og andre dominerende former for kjededrift. Det finnes mange former for

²⁷ I avhandlingen vil pronomen bli omtalt som han/hans eller lignende. Dette gjøres for enkelthets skyld.

²⁸ Nilssen, *Franchise*, 2. utgave, 2008 s. 33.

²⁹ Nilssen, *Franchise*, 2. utgave, 2008 s. 53.

³⁰ Stugo/Eilertsen, *Franchising i varehandelen: makt uten ansvar – ansvar uten makt*, 2007 s. 67.

³¹ Norheim, *Franchising – Begrepsforklaring og oversikt over noen rettslige problemstillinger*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 2 1995 s. 11.

³² <http://bigbite.no/franchise.aspx> , <http://www.narvesen.no/jobb/franchising.aspx> og <http://www.rema.no/artikler/informasjon/hva-er-franchise/>.

³³ <http://www.ledelse.as/nyheter/neringsliv/franchise-til-lykke-eller-besver->.

³⁴ Reidarson, *Franchising og kjededrift*, 2. utgave 1998 s. 148-149.

³⁵ Reidarson, *Franchising og kjededrift*, 2. utgave 1998 s. 150.

forretningsdrift, men de mest sentrale er medlemskjeder og filialforetak.³⁶ Disse skal i det følgende sammenlignes med franchising.

En medlemskjede er et samarbeid mellom flere uavhengige detaljhandlere med et felles mål om å effektivisere innkjøps- og salgsarbeid.³⁷ Deltakere av medlemskjeder er selvstendig næringsdrivende som eier en kjedesentral sammen. Hovedforskjellen på franchising og medlemskjeder er at medlemskjedene er jevnbyrdige, og har dannet et samarbeid for å bedre vilkårene for samtlige medlemmer.³⁸ Franchiseforholdet kan ikke anses jevnbyrdige, og franchisegiver er den som har styrings- og kontrollmuligheten. De forskjellige medlemskjedene omfattes ikke av dekl. § 1-5. Grunnet for at de ikke omfattes er at de har et samarbeid som ikke medfører noen form for eierskap, avkastning eller lederinnflytelse over de andre i samarbeidet. Motsetningsvis fra franchising har ingen av medlemskjedene kontroll- eller instruksjonsmyndighet over andre.

Filialforetak er en form for kjededrift der en hovedmann eier de lokale enhetene.

Filialforetaket er en virksomhet med en rekke utsalgssteder, og har på samme måte som medlemskjedene felles innkjøp og markedsføring.³⁹ Filialforetak er en motsetning til franchising. Filialdrift er en virksomhet og juridisk person, mens franchising er et system for salg av et konsept til eksterne virksomheter. Eieren av filialforetaket har beslutningsmyndighet og ansvaret for foretaket. Likheter mellom filialdrift og franchising er at både eieren av filialdriften og franchisegiver har en overordnet stilling, som gir rett til å instruere og kontrollere utsalgsstedene. Et filialforetak er ett rettssubjekt, og det kan derfor ikke oppstå noe nærstående forhold innbyrdes mellom filialene. De er allerede ett samlet foretak.

³⁶ Reidarson, *Franchising og kjededrift*, 2. utgave 1998 s. 21.

³⁷ Reidarson, *Franchising og kjededrift*, 2. utgave 1998 s. 21.

³⁸ Ericsson, *Franchising – en samverkansform*, 1881 s. 11.

³⁹ <http://www.ledelse.as/nyheter/neringsliv/hovedkategorier-av-kjeder>.

3 Dekningsloven § 1-5

3.1 Introduksjon til dekningsloven § 1-5

Dekningsloven § 1-5 definerer hvem som er skyldnerens nærstående. Som vist i punkt 2.1 utgjør både franchisegiver og franchisetaker selskap, som helt klart anses som egne juridiske personer (virksomheter). Det er dermed alternativ nr. 3 i deknl. § 1-5 som omhandler forhold mellom virksomheter, som er sentralt for avhandlingen. Deknl. § 1-5 nr. 1 (personlig nærstående) og nr. 2 (person og virksomhet) vil ikke bli behandlet.

Som innbyrdes nærstående etter dekningsloven § 1-5 nr. 3 anses:

«to virksomheter, dersom den ene virksomheten alene eller sammen med andre nærstående eier en vesentlig del av den andre virksomheten eller oppbeholder en betydelig del av dens inntekter eller i kraft av sin stilling som leder har vesentlig innflytelse på den, eller dersom begge er nærstående til samme person eller virksomhet».

Det fremkommer av forarbeidene at virksomhet er «alle organisasjonsformer, ikke bare de som er i næringsvirksomhet. Også en stiftelse som bare forvalter en kapitalmasse omfattes».⁴⁰ Alle former for juridiske personer omfattes følgelig av bestemmelsen.

Deknl. § 1-5 nr. 3 oppstiller fire alternative vilkår som regulerer hvem som omfattes av begrepet nærstående. Alternativene er eierskap, avkastning⁴¹, lederinnflytelse og felles nærstående. Første og siste alternativ er normalt ikke aktuelle i relasjon til franchiseforholdet. Årsaken er at franchiseforholdet ikke medfører overføring av eierskap, og vurdering av felles nærstående er normalt ikke relevant i forhold til det innbyrdes forhold mellom franchisegiver og franchisetaker. Disse alternativene vil derfor ikke bli nærmere behandlet. Alternativene om *avkastning* og *lederinnflytelse* vil bli gjort rede for under punkt 3.3 og 3.4. Deknl. § 1-5 omfatter både personlig og økonomisk fellesskap. Det er den økonomiske tilknytningen som rammes etter nr. 3. Det kan ikke oppstå personlig fellesskap mellom juridiske personer.

⁴⁰ NOU 1972:20 s. 252.

⁴¹ Dette er alternativet «oppebære en betydelig del av dens inntekter». Kriteriet vil bli omtalt som avkastning i avhandlingen for enkelhets skyld.

Lovgiver har gitt nærstående en særskilt stilling i konkurs, og særlig i forhold til omstøtelsesadgangen. Lovgiver har uttrykkelig presisert når det er relevant at vedkommende er nærstående for omstøtelsesfristene. Det er derfor bare i de lovbestemmelsene der omstøtelsesfristen eksplisitt er utvidet for nærstående, at tilknytningsforholdet er betydningsfullt. Dette medfører at nærstående bare skal behandles annerledes enn andre når det eksplisitt framkommer av omstøtelsesregelen.

Deknl. § 1-5 er en legaldefinisjon av nærstående. Å være nærstående har alene ingen selvstendig betydning. Det er i kraft av å være nærstående at enkelte omstøtelsesfrister utvides. Dette betyr at det å være nærstående i seg selv bare har betydning dersom det er foretatt disposisjoner som er omstøtelig etter de objektive omstøtelsesreglene.

Deknl § 1-5 er objektiv og krever derfor ingen bevis for faktisk interessefellesskap. Oppregnelsen bygger på en presumsjon om interessefellesskap mellom debitor og medkontrahtenten.⁴² Bestemmelsens objektive karakter medfører at forhold som er oppregnet i dekl. § 1-5 omfattes, uavhengig av om det faktisk foreligger et interessefellesskap mellom partene. Det er heller ikke av betydning for nærståendevurderingen om disposisjonen er utilbørlig eller bygger på ond tro. Bakgrunnen for den objektive utformingen er den samme som for de objektive reglene, et ønske om en retts teknisk enkel regel.⁴³

Til tross for at dekl. § 1-5 er objektiv kan det stilles spørsmål om bestemmelsen er retts teknisk enkel. Noe som taler for at bestemmelsen ikke er retts teknisk enkel er at enkelte av kriteriene benytter vide og skjønsmessige begreper, som medfører konkrete vurderinger. Det medfører at det ikke kan oppstilles generelle standarder. At ordlyden har vide og skjønsmessige begreper kommer til uttrykk i avhandlingen ettersom kriteriene ikke er tilstrekkelig presisert og avklart i gjeldende rettskilder. Selve objektiviteten knytter seg til at følgen av å være nærstående inntreer uavhengig av intensjon. Vilkårene i dekl. § 1-5 kan ikke anses å være retts teknisk enkle. Imidlertid må vurderingen av nærstående i en del tilfeller kunne anses som retts teknisk enkel. Det finnes en rekke tilfeller som helt klart faller inn under ordlyden, og tilnærmet automatisk anses som debtors nærstående. Dette gjelder særlig tilfellene i dekl. § 1-5 nr. 1. Det er i grensetilfellene at bestemmelsen ikke kan anses like

⁴² Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 99.

⁴³ Brækhus/Høgetveit berg, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, Jussens venner 2014 nr. 2 s. 87.

lettvint å anvende. Det kan i forlengelsen av dette påpekes at det trolig nok ikke er hensiktsmessig med en for konkret og snever ordlyd. En slik ordlyd kan medføre at tilfeller, som burde være omfattet, ikke omfattes.

3.2 Legislative hensyn bak dekningsloven § 1-5

Reguleringen av nærstående er nært knyttet til omstøtelsesadgangen, og bygger på samme hensyn som dekningslovens kapittel 5. Legislative hensyn som begrunner omstøtelsesreglene ligger derfor også til grunn for reguleringen av nærstående.

3.2.1 Likebehandling av kreditorene

Et viktig prinsipp bak konkursinstituttet er likebehandling av kreditorene, og avvikling av selskaper og fysiske personer på en måte som gir best og mest mulig dekning til fordringshaverne.⁴⁴ Ved konkurs er det ikke nok midler til å dekke alle krav. Den rimeligste løsningen er at resterende midler fordeles forholdsmessig mellom kreditorene, se deknsl. § 9-6. Dette gjelder imidlertid bare ved usikrede krav. Sikrede krav, panteretter og andre sikkerhetsretter, dekkes før usikrede krav, og etter prinsippet om tidsprioritet.⁴⁵

Omstøtelsesreglene er utformet slik at de skal motvirke tilfeldige og urimelige forskjeller mellom fordringshaverne ved insolvens.⁴⁶ Dekningsreglene i konkurs kan begrunnes i grunnleggende rettferdighetsbetraktninger, og lovgiver har ansett det som mest rettferdig at sikrede rettigheter dekkes først, og at gjenstående midler fordeles forholdsmessig. Prinsippet om likebehandling bidrar til å forhindre forfordeling av kreditorer, og sørger for at debitor holder seg innenfor kravene til «fair play» i kredittforhold.⁴⁷ Hensynet til å unngå omgåelser av omstøtelsesreglene må anses å falle inn under likebehandlingshensynet.

Likebehandlingsprinsippet søkes blant annet ivaretatt gjennom prevensjon og reparasjon.⁴⁸ Reparasjon innebærer at skader som boet har blitt påført ved den omstøtelige disposisjon skal tilbakeføres.⁴⁹ Omstøtelsesreglenes preventive funksjon består i å hindre omgåelse av reglene

⁴⁴ Nazarian, *Konkursrett*, 2012 s. 55.

⁴⁵ Brækhus/Høgetveit Berg, *Introduksjon til omstøtelsesreglene*, Jussens venner nr. 2 2014 s. 67.

⁴⁶ Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, 2009 s. 10.

⁴⁷ Brækhus/Høgetveit Berg, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, Jussens venner nr. 2 2014 s. 70.

⁴⁸ Brækhus/Høgetveit Berg, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, jussens venner nr. 2 2014 s. 71.

⁴⁹ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 49.

og hindre at debitor faktisk disponerer slik. Det er særlig de objektive omstøtelsesreglene som hindrer omgåelse av reglene ettersom de ikke krever ond tro og utilbørlige disposisjoner. Ønsket er å avskrekke debitor og andre fra å foreta kreditorskadelige disposisjoner.⁵⁰

Likebehandlingsprinsippet kan deles i to. For det første innebærer prinsippet at alle kreditorer og begunstigede skal behandles likt. Dette ivaretas blant annet gjennom omstøtelsesreglene. Dersom skyldneren foretar disposisjoner som kan anses kreditorskadelige skal disse fanges opp av omstøtelsesreglene. For det andre omfatter prinsippet, det jeg vil kalle, reell likebehandling. Enkelte kreditorer og begunstigede, som har særlige fordeler, må behandles ulikt fra de alminnelige kreditorene, slik at de i realiteten stiller likt. Reguleringen av den utvidede omstøtelsesfristen for nærstående skal derfor være med på å skape reell likebehandling mellom kreditorene. Nærstående kreditor har ofte mer innsyn i debtors økonomiske situasjon, og kan i større grad enn alminnelige kreditorer tidlig i prosessen oppfordre og presse kreditor til å foreta disposisjoner som skader kreditorfellesskapet. I kraft av å være debtors nærstående har vedkommende et privilegium som gjør at han kan disponere og presse kreditor på et tidligere tidspunkt enn andre. Dette privilegiet tilsier at nærstående burde reguleres annerledes enn andre kreditorer. Ved å anvende den utvidede omstøtelsesfristen på to år avhjelpe denne skjevheten mellom nærstående og alminnelige kreditorer. Skjevheten gjenopprettes ettersom nærstående ikke kan skaffe seg/motta begunstigende disposisjoner innen en toårs periode før konkurssituasjonen. Nettopp det at nærstående behandles annerledes enn andre bøter på forskjellen, og øker likebehandling av kreditorene. Formålet med den utvidede omstøtelsesfristen er at alle skal få samme utgangspunkt, og at ingen skal ha større rett enn andre.

Rt. 2012 s. 468 viser at likebehandlingshensynet har stor vekt i relasjon til omstøtelsesreglene. I Rt. 2012 s. 468 anvendte Høyesterett dekl. § 5-5 på et tilfelle utenfor ordlyden. Deknl. § 5-5 omfatter «betaling(...) som skyldneren har foretatt». Følgelig er det betalinger som debitor selv har foretatt som er ment å rammes. Høyesterett anvende til tross for dette bestemmelsen på betaling fra tredjemann. Bakgrunnen for at Høyesterett anvende bestemmelsen på et tilfelle utenfor ordlyden var at betalingen i realiteten ble foretatt av skyldneren selv, og likhetshensynet tilsa at et slikt tilfelle burde omfattes av ordlyden.

⁵⁰ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 49.

Høyesterett fant derfor reelle hensyn avgjørende. Denne dommen viser at Høyesterett ikke følger ordlyden slavisk, men vurderer reelt sett hva som har skjedd. Dommen viser også at Høyesterett er villig til å strekke seg langt for å motvirke omgåelser av omstøtelsesreglene, og ivareta likebehandlingsprinsippet.

3.2.2 Beskytte kreditorfellesskapet mot urettmessige og illojale disposisjoner

Et underliggende hensyn bak omstøtelsesreglene er å forhindre boforringelse og kreditorsvik. Med kreditorsvik forstås «hvor debitor, hans medkontrahent eller en tredjemann, til skade for debitors kreditorer, forsettlig bryter eller forsøker å omgå de regler som regulerer forholdet mellom debitor og hans kreditorer, eller forleder kreditor til å gi debitor kreditt på svikende grunnlag». ⁵¹ Boforringelse innebærer at boet tømmes for aktiva før formell bobehandling. Boforringelse er særlig aktuelt i forhold til begunstiging av nærstående ettersom debitor ønsker at sine nærstående skal få dekt sine krav før andre kreditorer. Dette søkes unngått.

Formålet med omstøtelsesreglene er å forhindre at boet illojalt eller urettmessig tømmes for midler før boåpning. På samme måte som likebehandlingsprinsippet har hensynet til kreditorfellesskapet en preventiv og reparerende funksjon. Selve prosessen med omstøtelse kan avskrekke debitor fra å foreta kreditorskadelige disposisjoner. At slike disposisjoner omstøtes virker også preventivt på ressurssterke og pågående kreditorer, som i utgangspunktet kan utøve press på debitor. Den utvidede omstøtelsesfristen for nærstående kan langt på vei anses å være begrunnet i dette hensynet. Fellesskapet mellom nærstående kan i større grad en andre forhold, lede til urettmessige og illojale disposisjoner. Formålet med særreguleringen av omstøtelsesfrister for nærstående er å forhindre slike disposisjoner som skader kreditorfellesskapet, og å fange opp slike disposisjoner. Et sentralt poeng er å hindre debitor fra å begunstige sine nærstående på et tidlig tidspunkt, slik at han kan unndra midler fra kreditorfellesskapet, og nyte godt av dem selv. ⁵² Eksempel på dette er når mann overfører eiendomsretten over felles bolig til sin kone.

3.2.3 Forutberegnelighet og omsetningshensynet

Likebehandlingshensynet og hensynet til kreditorfellesskapet må avveies mot hensynet til forutberegnelighet og omsetning. Forutberegnelighet innebærer muligheten til å forutberegne

⁵¹ Brækhus/Høgetveit Berg, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, Jussens venner nr. 2 2014 s. 68.

⁵² NOU 1972:20 s. 251.

sin rettsstilling eller muligheten til å forutse følgen av disposisjoner.⁵³ Med omsetningshensynet menes hensynet for tilrettelegging av verdiskapning. At omsetningslivets tarv må hensyntas ved omstøtelse kommer til uttrykk i Rt. 2008 s. 1170 avsnitt 48 og Rt. 1997 s. 1623 s. 1627.

At forutberegnelighet og hensynet til omsetning står sterkt på konkursrettens område kommer klart fram av Rt. 1997 s. 645. I relasjon til om en bestemmelse i panteloven kunne anvendes utvidende eller analogisk uttalte dommeren på side 650 «Jeg innser at reelle hensyn, eller om man vil harmoneringshensyn, kan tale for en slik løsning(...) Jeg viker imidlertid tilbake for å tillegge disse hensyn avgjørende vekt på et rettsområde som det her gjelder. Både panteretten og konkursretten er i høy grad positivrettslig bestemt, og etter min mening bør rettsdannelsen her være det, fordi det er så viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å holde seg til». Denne uttalelsen viser at ordlyden må tillegges vesentlig vekt på konkursrettens område, og at det i utgangspunktet er lite rom for å tolke lovens ordlyd utvidende.

Forutberegnelighet- og omsetningshensynet spiller også en rolle for reguleringen av nærstående. Dette kommer til uttrykk i LB-2011-118315 der det påpekes at «omstøtelsesreglene er nødvendige og viktige regler for effektiv kreditorbeskyttelse. Likevel er de bestemmelser som griper inn i eksisterende avtaler og som med tilbakevirkende kraft endrer en ellers lovlig transaksjon. For at reguleringen av nærstående skal få ønsket virkninger er det viktig å ikke skape en for vid regel, slik at bare de tilfeller som faktisk er egnet til å skade kreditorfelleskapet omfattes». Dette sitatet presiserer avveiningen mellom hensynene i konkurs, og at man skal være restriktive med en utvidende tolkning.

Forutberegnelighetshensynet taler for snevre omstøtelsesregler, og for at bare de tilfeller som sterkt presumerer et interessefelleskap omfattes av dekl. § 1-5.

På den annen side kan ikke forutberegnelighetshensynet og omsetningshensynet stå like sterkt i relasjon til nærstående. Dette kommer til uttrykk gjennom den utvidende omstøtelsesfristen for nærstående. Lovgiver har ikke ansett disposisjoner mellom nærstående like beskyttelsesverdige som andre disposisjoner. Begrunnelsen for dette er den økte risikoen for

⁵³ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004 s. 164.

utilbørlig disponering. Det må derfor skilles mellom de som lovgiver har karakterisert som nærstående, og andre. Hensynet til forutberegnelighet står sterkt i tilknytning til partsforhold som ikke omfattes av ordlyden, og det taler for at man burde være forsiktig med utvidende tolkninger. Følgen av en for vid regulering av nærstående kan være at for mange tilfeller vil omfattes, og det vil ikke lenger kunne presumeres at det foreligger et interessefellesskap mellom partene, som er egnet til å skade kreditorfellesskapet.

3.2.4 Interessefellesskap mellom partene

Hensynet om å ramme interessefellesskapet skiller seg fra de øvrige hensynene ettersom det er fundamentet for reguleringen av dekl. § 1-5.⁵⁴ Bakgrunnen for reguleringen og utformingen av dekl. § 1-5 er å omfatte det interessefellesskapet som oppstår i enkelte partsforhold.

Utgangspunktet for reguleringen av nærstående i dekl. § 1-5 kan deles inn i to forhold. Det første er at nærstående vil ha eller burde ha mer informasjon om debitors økonomiske situasjon enn alminnelige kreditorer.⁵⁵ Gjennom å være debitors nærstående har vedkommende større mulighet til å orientere seg om skyldnerens økonomiske situasjon på et tidlig tidspunkt, og påvirke til illojale disposisjoner som er gunstig for angjeldende. Det andre er at debitor i en rekke tilfeller ønsker å begunstige den nærstående på bekostning av kreditorfellesskapet.⁵⁶ Dette kan gjelde nærstående kreditorer eller gjennom begunstigelse til andre nærstående. Ofte er debitor knyttet til sine nærstående på en slik måte at han er villig til ofre seg for å begunstige disse. I mange tilfeller begunstiger debitor nærstående fordi det vil gange han selv.⁵⁷ Dette kan eksempelvis skje gjennom proforma disposisjoner. Sistnevnte tilfelle, om begunstigelse til nærstående, er nok ikke særlig relevant ved økonomisk fellesskap. Dette er mer relevant der partene har et personlig fellesskap. Det er få momenter som tilsier at en juridisk person skulle ha et særlig ønske om å begunstige en annen i større grad enn andre kreditorer. Det er innsikt og påvirkningsmuligheten som er begrunnelsen for at juridiske personer anses som hverandres nærstående. En slik begunstigelse er imidlertid ikke utelukket.

⁵⁴ NOU 1972:20 s. 251.

⁵⁵ Nazarian, *Konkursrett*, 2012 s. 148.

⁵⁶ NOU 1972:20 s. 251.

⁵⁷ NOU 1972:20 s. 251.

3.3 Hva ligger i avkastningskriteriet?

Dersom «den ene virksomheten (...) oppebærer en betydelig del av [den andre virksomhetens] inntekter» står man ovenfor et nærstående forhold.

Tar man bestemmelsen på ordet skal det bare vurderes om avkastningen er betydelig. En slik ordlydfortolkning vil medføre at alle partsforhold der den ene parten oppebærer en betydelig del av den annens inntekt omfattes. Dette kan ikke anses som lovgivers mening. Formålet med bestemmelsen er å ramme interessefellesskap som bygger på en overføring av verdier mellom partene. Det kan derfor ikke anses som lovgivers intensjon å omfatte alminnelige avtaleparter ved kjøp og salg eller lignende. Dette støttes av forarbeidene, der det framkommer at alminnelige kredittgivere og lignende ikke omfattes av avkastningskriteriet, uansett hvor stor avkastningen er.⁵⁸ Begrunnelsen er at slike forhold ikke medfører et interessefellesskap.⁵⁹ Deknl. § 1-5 er ment å ramme interessefellesskap mellom partene, og en oppdeling i to kriterier medfører at det unngås at partsforhold uten interessefellesskap omfattes. Ved tolkning av ordlyden i lys av forarbeidene, formål og kontekst er det derfor naturlig å dele bestemmelsen i to vurderingskriterier. Det første vurderingskriteriet er *hvilke partsforhold avkastningskriteriet er ment å omfatte*. Det andre vurderingskriteriet er om *selve avkastningen kan anses å være betydelig*.

Hva som ligger i lovens begrep «inntekt» gir verken ordlyden, forarbeid eller andre rettskilder veiledning om. Det er derfor usikkert hva som omfattes av ordlyden, og det naturlige må være å legge det tradisjonelle inntektsbegrepet til grunn. Skatteloven⁶⁰ § 5-30 definerer hva som utgjør virksomhetsinntekt, og følgelig må det kunne ses til denne bestemmelsen. Etter skatteloven § 5-30 (1) er virksomhetsinntekt «omsetning av varer eller tjenester, realisasjon av andre formuesobjekter i virksomheten og avkastning av kapital i virksomheten».

⁵⁸ NOU 1972:20 s. 253.

⁵⁹ NOU 1972:20 s. 253.

⁶⁰ Lov av 26. mars 1999 nr. 14.

3.3.1 Partsforhold som omfattes av avkastningskriteriet

Det avgjørende for om partsforholdet omfattes av bestemmelsen er om forholdet medfører et interessefellesskap mellom partene.⁶¹ Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og hvilket fellesskap som foreligger må bero på en konkret vurdering av partsforholdets intensitet og omfang. Det må imidlertid på generelt grunnlag spørres hvor sterkt dette fellesskapet behøver å være for at det skal kunne karakteriseres som et interessefellesskap. I det følgende skal dette forsøkes klarlagt.

Som vist ovenfor gir ikke ordlyden veiledning på hvor sterkt fellesskap som kreves for oppfyllelse. Det foreligger heller ingen rettspraksis angående problemstillingen.

Forarbeidene gir en viss veiledning på hvordan grensen skal trekkes.⁶² Lovgiver har i forarbeidene påpekt at bestemmelsen er ment på tilfeller der debitor er mottaker av midler fra familiestiftelser eller lignende, og tilfeller der skyldneren har skutt inn kapital i virksomheten som medfører rett på overskudd, uten å være medeier.⁶³

Med stiftelse forstås en formuesverdi som ved en rettslig disposisjon er stilt til rådighet for et bestemt formål, jf. stiftelsesloven⁶⁴ § 2. En stiftelse er underlagt selvstendig ledelse og med egen organisasjon.⁶⁵ Dersom debitor er stiftelsens destinatar og begunstiget foreligger det et økonomisk fellesskap mellom han og stiftelsen. Stiftelsen tilgodeser destinataren uten en motytelse, annet enn å fremme stiftelsens formål. Dette innebærer at stiftelsen i en konkurssituasjon ville kunne disponere til fordel for destinataren enn for alminnelige kreditorer. Motsetningsvis kan debitor begunstige stiftelsen, og gjennom dette indirekte begunstige seg selv som destinatar. Dersom det er tale om en familiestiftelse vil dette fellesskapet trolig være ennå tettere, og i større grad tale for et ønske om begunstigelse på bekostning av andre.

⁶¹ Se punkt 3.3 og formålet om å ramme interessefellesskap.

⁶² NOU 1972:20 s. 253.

⁶³ NOU 1972:20 s. 253.

⁶⁴ Lov av 15. juni 2001 nr. 59.

⁶⁵ Bråthen, *Selskapsrett*, 4. utgave, 2013 s. 31.

Med forhold som medfører ”rett på overskudd uten å være medeier” må lovgiver tale om det som selskapsloven omtaler som stille deltaker.⁶⁶ I selskapsloven § 1-2 bokstav d er stille deltaker definert som ”deltaker i et selskap der det er avtalt at deltakelsen ikke skal fremtre utad og at deltakeren bare har begrenset ansvar med en fast sum”. En stille deltaker utgjør et stille selskap sammen med selskapets hovedmann.⁶⁷ I kraft av å være stille deltaker er vedkommende ansvarlig for en fast sum ved underskudd og tap, men har også rett til overskudd.⁶⁸ Å være stille deltaker er en selskapsrettslig forpliktelse, som medfører en økonomisk interesse for den stille deltaker i hovedmannens selskap. Ofte er hovedmannen avhengig av at den stille deltaker yter kapital, og dette medfører i en viss grad et avhengighetsforhold mellom partene. På samme måte som for stiftelser kan debitor her begunstige selskapet, og senere muligens kunne ta ut utbytte.

Videre framkommer det av forarbeidene at alminnelige kredittgivere faller utenfor regelen.⁶⁹ Begrunnelsen for at alminnelige kredittgivere ikke omfattes er at han ikke har noen annen interesse i virksomheten utover at den drives, slik at han får dekning for sitt krav.⁷⁰

Alminnelig kreditor har ingen egeninteresse i debitor, og debitor har heller ingen interesse i å ivareta kreditoren. Nettopp denne begrunnelsen synes å ligge til grunn for skillet mellom partsforhold som faller innenfor og utenfor bestemmelsen. Dette støttes av Huser som utdyper at verken utleiende eller lønnsstakere omfattes, uansett om leieinntektene/lønnsinntektene er betydelige.⁷¹

Videre har Huser framhevet at dominerende kreditorer trolig omfattes dersom debitor har tapt all egenkapital, og i realiteten driver virksomheten på penger lånt fra kreditor.⁷² Et slikt forhold mellom debitor og kreditor medfører et avhengighetsforhold for debitor, og kan på denne måten skille seg fra alminnelig kredittgiver. I tillegg vil trolig en slik ordning gi den

⁶⁶ Bråthen, *Selskapsrett*, 4. utgave, 2013 s. 26.

⁶⁷ Knudsen, *Stille selskap og selskapsrettslig plassering*, Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år: Selskap kontrakt, konkurs og rettskilder, 2010 s. 111.

⁶⁸ Knudsen, *Stille selskap og selskapsrettslig plassering*, Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år: Selskap kontrakt, konkurs og rettskilder, 2010 s. 117 og 118.

⁶⁹ NOU 1972:20 s. 253.

⁷⁰ NOU 1972:20 s. 253.

⁷¹ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 110.

⁷² Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 111.

dominerende kreditor en særskilt innsikt i debitors økonomi. Dette taler for at den dominerende kreditor burde omfattes. Det er vanskelig å avgjøre om et slikt forhold på generell basis kan omfattes, men dersom det skaper et særegent fellesskap mellom partene, og er egnet til å skade kreditorfellesskapet burde forholdet kunne omfattes.

Det er nå skissert noen partsforhold som faller innenfor og utenfor bestemmelsen. De skisserte forhold må anses å være forhold som skaper en viss avhengighet mellom partene gjennom samarbeid eller avtaler som medfører et sterkere fellesskap enn alminnelige kontraktsforhold. I tillegg kan det trekkes den slutning at dersom debitor kan begunstige seg selv gjennom partsforholdet burde forholdet omfattes. Dette støttes av bestemmelsens formål.

Det avgjørende må være om det foreligger et ytterligere fellesskap enn ønsket om å få dekt sine fordringer. Formålet taler også for at medkontrahenter som har en særskilt innsikt i debitors økonomi burde omfattes. Ved tvil om interessefellesskapet mellom partene er sterkt nok, må det ses hen til om forholdet er egnet til å skade kreditorfellesskapet. Dersom forholdet er egnet til å skade kreditorfellesskapet taler hensynene bak omstøtelse for at fellesskapet er tilstrekkelig, og at partsforholdet må omfattes av avkastningskriteriet.

3.3.2 Krav til avkastningens omfang

Avkastningskriteriet stiller krav om at avkastningen må utgjøre «en betydelig del av virksomhetens inntekt». Utrykket «betydelig» må forstås som en høy terskel, og en naturlig forståelse av ordlyden tilsier at virksomheten må oppebære halvparten av virksomhetens inntekt for å oppfylle kravet. At det må kreves en merkbar oppebæring av virksomhetens kapital er derfor i tråd med formålet.

Ingen andre rettskilder enn ordlyden gir nevneverdig veiledning om innholdet i «betydelig del». Det kan derfor vurderes om det kan ses hen til rettskilder angående eierskapsalternativet.

Eierskapsalternativet krever en «vesentlig eierandel». At lovgiver har benyttet forskjellige ordvalg i alternativene taler for at det ikke kan være samme terskel for eierskap og avkastning. En ordlydsfortolkning tilsier at det kreves mer av vesentlig, enn av betydelig. Huser har tatt til ordet for at det må antas at kravet som stilles til «betydelig del av virksomhetens inntekt» må anses å ha samme innhold som kravet til «vesentlig eierandel»

etter eierskapsalternativet.⁷³ Han begrunner dette i at ingen hensyn tilsier at det skal stille lempeligere krav til avkastning enn eierskap. Som Huser påpeker, synes det noe unaturlig å oppstille strengere krav til eierskap enn avkastning.

Hensynene bak omstøtelse taler også for at kravet til avkastning ikke burde være lavere enn kravet til eierandel. Det er naturlig at eierskap på et tidligere tidspunkt en avkastning medfører et interessefellesskap mellom partene. Det synes derfor naturlig etter formålet og etter rimelighetsbetraktninger å ikke stille lavere krav til avkastning enn til eierskap. Begrunnet i overnevnte hensyn og manglende rettskilder må det kunne ses hen til rettskilder tilknyttet eierskapsalternativet. I det følgende vil terskelen for å inneha en «vesentlig eierandel» trekkes opp, slik at det kan trekkes retningslinjer til kravet om «betydelig del av dens inntekter».

Det framkommer av forarbeidene at «[d]et bør ikke være noe krav om at vedkommende skal inneha aksjemajoriteteten eller tilsvarende for at reglene skal komme til anvendelse. Også en person som eier mindre enn halvparten av aksjene kan inneha en dominerende stilling i selskapet».⁷⁴ Ut i fra dette kan det trekkes den slutning at de som har aksjemajoritet omfattes av regelen. Videre synes det slik at ved tilfeller der vedkommende eier mindre en halvparten kan vedkommende også oppfylle kravet, men at dette beror på en konkret vurdering ut i fra hvilken stilling eierskapet gir vedkommende. Selv om vedkommende ikke eier en betydelig del av virksomheten, kan en aksjeandel på 20 prosent gi vedkommende en dominerende stilling i selskapet. Eksempelvis ved at de resterende aksjene er fordelt enkeltvis på 80 andre aksjonærer. Vedkommendes eierandel på 20 prosent vil da anses å være vesentlig i forhold til resterende aksjonærer.

Ettersom dette har overføringsverdi til avkastningskriteriet må avkastning på over 50 prosent eller mer å oppfylle lovens krav. Dette støttes av ordlyden. Vurderingen knyttet til om virksomheten kan ha en dominerende stilling i selskapet kan imidlertid ikke ha overføringsverdi til avkastningskriteriet. Avkastning alene kan ikke medføre at vedkommende får en dominerende stilling i selskapet. Dette kan illustreres ved eksemplene fra forarbeidene, stille deltaker og stiftelser. En stille deltaker har ingenting med forvaltning av virksomheten å

⁷³ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 111.

⁷⁴ NOU 1972:20 s. 252-253.

gjøre, og kan derfor aldri få en dominerende stilling i selskapet.⁷⁵ Det samme vil gjelde for de tilfeller der debitor er stiftelsens destinatar. En destinatar kan aldri få en dominerende stilling i stiftelsen. Poenget med en stiftelse er at den skal være selvstendig, og ikke påvirket av destinatarene eller andre.⁷⁶ En liten avkastning kan ikke på samme måte som en liten eierandel kompenseres med en dominerende stilling. At en liten eierandel kan kompenseres med dominerende stilling kan følgelig ikke ha overføringsverdi til avkastningskriteriet. Ut i fra dette må bestemmelsen forstås slik at det ikke kan lempes på kravet til betydelig på samme måte som for eierskap.

Det avgjørende i forhold til avkastningens omfang må derfor være om avkastningen kan anses som betydelig. Ut i fra ordlyd og forarbeid må en avkastning på over 50 prosent av virksomheten anses som betydelig. Dette støttes av RG. 1996 s. 741 der retten på s. 751 påpekte at det kreves eierskap på mer enn 50 prosent for å ha vesentlig eierinteresse.

I TOBYF-2011-54076 ble en eierandel på 48 prosent helt klart ansett å oppfylle kravet om betydelig eierandel. Retten la til grunn at eierandelen var vesentlig selv om eieren var 9 år, passiv og ikke hadde en dominerende stilling i selskapet. At en eierandel på 48 prosent er vesentlig er i tråd med ordlyd og forarbeid.

I LB-2009-176015 ble det lagt til grunn at vedkommende som eide 33.33 prosent av den annen virksomhet var nærstående. Dette taler for at en eierandel på 33.33 og høyere anses som en vesentlig del. Imidlertid går avgjørelsen imot en klar ordlyd og et klart forarbeid. Som vist ovenfor kreves det aksjemajoritet, med mindre lavere eierandel likevel gir en dominerende stilling. Ingen annen rettspraksis synes heller å legge dette syn til grunn. I tillegg til at dommen viker fra gjeldende rettstilstand er ikke eierskapet på 33.33 prosent begrunnet. Retten konstaterer at partene er innbyrdes nærstående, uten noen form for redegjørelse eller drøftelse av om eierandelen oppfyller kravet til vesentlighet. Dette svekker avgjørelsen ytterligere. I LB-2011-118315 ble det lagt til grunn at en eierandel på 20 prosent vanskelig kunne oppfylle kravet om vesentlig innflytelse. Dette støtter opp om ordlyden og at det kreves betydelig mer enn 20 prosent. Det kan derfor trekkes den slutning at 33.33 prosent ikke klart

⁷⁵ Knudsen, *Stille selskap og selskapsrettslig plassering*, Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år: Selskap kontrakt, konkurs og rettskilder, 2010 s. 122.

⁷⁶ Se punkt 3.3.1.

kan være omfattet, og krever en nærmere begrunnelse. Rettstilstanden fra LB-2009-176015 kan derfor ikke legges til grunn.

Det utgangspunkt som må legges til grunn er derfor at en vesentlig eierandel foreligger når vedkommende eier tilnærmet 50 prosent eller over 50 prosent av aksjene. Det samme må kunne legges til grunn for avkastningskriteriet. Ingen hensyn tilsier at kravet burde være lavere ved avkastning enn eierandel. Ved tvilstilfeller må likevel hensynene bak omstøtelsesreglene kunne være en pekepinn på om forholdet burde omfattes. Dersom det er klart at vedkommende er en trussel for likebehandling og kreditorfelleskapet taler dette for at vedkommende burde omfattes. Med grunnlag i forutberegnelighet og omsetningshensynet må disse hensynene likevel anvendes med forsiktighet.

Det må ut i fra dette kunne oppstilles et krav om at betydelig avkastning krever at vedkommende oppebærer en avkastning på tilnærmet 50 prosent av virksomhetens inntekt.

3.4 Hva ligger i kravet til lederinnflytelse?

Tredje alternativ i dekl. § 1-5 er at den ene virksomheten «i kraft av sin stilling som leder har vesentlig innflytelse på den» annen virksomhet. Alternativet oppstiller to kumulative vilkår. Virksomheten må være leder for den annen, og ha vesentlig innflytelse over den. Er disse vilkårene oppfylt står man ovenfor et nærstående forhold.

3.4.1 Krav til lederskap

Et tolkningsspørsmål er hvordan «leder» skal forstås i relasjon til virksomheter. Utrykket «leder» er vidt, og omfatter alle med en formell ledertittel. Imidlertid taler formålet for at bestemmelsen ikke kan tolkes så vidt. Det naturlige må være at den eller de øverste lederne i virksomheten omfattes. Begrepet må tolkes i sin kontekst, og i lys av kravet om «vesentlig innflytelse». Gjennom kravet om vesentlig innflytelse innskrenkes bestemmelsen betydelig. Innholdet i «vesentlig innflytelse» vil redegjøres for i punkt 3.4.2. Det naturlige etter formålet er å innskrenke lederkriteriet etter hvilke lederstillinger som medfører et interessefelleskap mellom lederen og virksomheten.

Ingen rettskilder gir eksplisitt veiledning på hvem som omfattes av lederkriteriet etter dekl. § 1-5 nr. 3. I relasjon til nr. 3 uttales det bare at det må ses hen til nr. 2. Det er derfor naturlig å se hen til hvilke krav som stilles til ledere etter nr. 2. Imidlertid er det en vesensforskjell på

tilfeller der en person, som i nr. 2, kan være leder, og tilfeller der en virksomhet kan være leder. Hvilke tilfeller lovgiver har ment at skal oppfylle lederkriteriet, i relasjon til virksomheter er derfor uklart. Det er klart at en virksomhet ikke kan være leder for en annen virksomhet på samme måte som en person.

I mangel av kilder på hvilke forhold som er ment å omfattes av «leder» må det likevel ses hen til bemerkninger knyttet i forarbeidene til alternativ nr. 2, nærstående person og virksomhet. Etter nr. 2 er det den som betegnes som øverste daglig leder som oppfyller kriteriet.⁷⁷ Videre framkommer det at også andre lederstillinger etter omstendighetene kan oppfylle kriteriet.⁷⁸ Eksempler på slike stillinger er styreleder og styremedlemmer.⁷⁹ I tillegg til å inneha en av disse formelle lederstillingene kreves det at vedkommende faktisk også leder virksomheten.⁸⁰ Dette er stillinger som er forbeholdt fysiske personer, og som en virksomhet derfor ikke kan fylle.⁸¹

Juridiske personer kan ikke være styremedlem eller daglig leder i et aksjeselskap. Dette følger av systematikken i aksjeloven.⁸² Det ligger også i sakens natur at et selskap ikke kan være daglig leder for ett annet. At bare fysiske personer kan inneha slike stillinger følger også implisitt av en rekke bestemmelser i aksjeloven. I aksjeloven § 6-1 (2) står det «har styret en leder, anses han eller hun som styreleder», i § 6-11 kreves det at «minst halvdelen av styrets medlemmer skal være bosatt her i riket» og at styremedlemmer må være myndige. I tillegg krever aksjeloven § 20-6 at begge kjønn skal være representert i styret i statsaksjeselskap. Disse bestemmelsene viser at styreoppgaver og verv som daglig leder tilligger fysiske personer. Fysiske personer kan heller ikke ha slike stillingene på vegne av virksomheter. Styremedlemmer er underlagt selskapet og selskapets tillitsvalgte.⁸³ Ingen styremedlemmer kan anses å være underlagt de enkelte aksjeeiere, selv om styremedlemmene rent faktisk kan oppfattes som enkelte aksjonærers representanter.⁸⁴ Dette kommer også fram av Rt. 1996 s.

⁷⁷ NOU 1972:20 s. 253.

⁷⁸ NOU 1972:20 s. 253.

⁷⁹ LH-2010-22530 og RG. 1996 s.741 s. 759.

⁸⁰ NOU 1972:20 s. 253.

⁸¹ Ot.prp. nr. 15 (2000-2001) s. 53.

⁸² Lov av 13. juni 1997 nr. 44.

⁸³ NOU 1996:3 s. 90.

⁸⁴ NOU 1996:3 s. 90.

742 på s. 758. Det som er gjort rede for i dette avsnitt må også gjelde i forhold til selskap etter selskapsloven og for allmennaksjeselskap.⁸⁵ Det er derfor klart at ingen selskapsformer kan oppfylle lovens formelle krav til lederskap.

Dersom kravet til leder etter nr. 3 skal ha samme innhold som nr. 2 vil alternativet bli illusorisk, og derfor er det ikke naturlig eller hensiktsmessig at kravene har samme innhold. At en virksomhet vanskelig kan være en annens leder er også påpekt av Huser.⁸⁶ Han kom imidlertid ikke opp med en løsning på problemet. Det må derfor stilles spørsmål til hvordan uttrykket leder skal forstås og tolkes i relasjon til virksomheter.

Det framkommer av forarbeidene til dekl. § 1-5 at det er det reelle forholdet som er avgjørende for oppfyllelse av bestemmelsen.⁸⁷ Ordlyden må derfor kunne tolkes slik at det avgjørende må være om vedkommende virksomhet faktisk leder den annen virksomhet. Ved anvendelse av dekl. § 1-5 nr. 3 må man derfor vike fra en streng ordlydsfortolkning, og anvende ordlyden «i kraft av å lede». Det framkommer også av forarbeidene at kriteriet «leder» er brukt fordi «lederen må forutsettes å ha best oversikt over selskapets stilling, og det kan ligge slik an at det må antas at han har vært i ond tro ved disposisjoner hvor omstøtelse kan være aktuelt».⁸⁸ Så lenge vedkommende har best oversikt over selskapets stilling, og har en slik innsikt at det må antas at han har vært i ond tro ved omstøtelige disposisjoner, er formålet med ordvalget oppfylt. Formålet og øvrige hensyn bak omstøtelse taler derfor for at alle tilfeller som skaper et slikt forhold må omfattes av ordlyden.

Nazarian har påpekt at dersom dekl. § 1-5 er uklar bør det tolkningsalternativ som samsvarer best med formålet med omstøtelse og kreditorvern legges til grunn.⁸⁹ At faktiske ledere omfattes av ordlyden er best forenlig med formålet, og taler for at det er dette tolkningsalternativet som må legges til grunn.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 15 (2000-2001) s. 53 og sel. §§ 2-18 (betegnelsen fysiske personer) og 2-19 (betegnelsen han).

Allmennaksjeloven har samme krav som aksjeloven.

⁸⁶ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992, s. 116.

⁸⁷ NOU 1972:20 s. 253.

⁸⁸ NOU 1972:20 s. 253.

⁸⁹ Nazarian, *Konkursrett*, 2012 s. 155.

Tolkning kan også støttes av Rt. 2012 s. 468. I denne dommen kom Høyesterett at til ordlyden «betaling (...) som skyldneren har foretatt» i dekl. § 5-5 første ledd også må få anvendelse på tredjemansbetalinger dersom betalingen i realiteten ble gjort for skyldneren. Høyesterett begrunnet den utvidede tolkningen i reelle hensyn, særlig likhetshensynet.⁹⁰ Selve den materielle vurderingen i dommen har ingen overføringsverdi til tolkningen av dekl. § 1-5 nr. 3 og lederkriteriet. Det relevante er at Høyesterett vektla likhetshensynet ved tolkning av en omstøtelsesregel. Det må derfor kunne trekkes den slutning at likhetshensynet har stor vekt i relasjon til tolkning av omstøtelsesreglene, og ha overføringsverdi til følgende tilfelle. Likhetshensynet taler også for at ikke bare det å være leder omfattes av bestemmelsen, men også det å reelt sett lede. Dette legitimerer at ordlyden «leder» kan omfatte også det å faktiske lede.

I TOBYF-2013-31770 legger retten til grunn at en innleid prosjektleder og varamedlem i styret hadde en tung og viktig rolle i selskapet som gav han en faktisk lederstilling. Vedkommende ble i kraft av dette ansett som nærstående. Dommen ble anket og i LB-2014-7725 ble vedkommende ikke ansett som nærstående. Bakgrunnen for at vedkommende ikke ble ansett som nærstående synes å være begrunnet i at lagmannsretten ikke legger til grunn samme faktiske forhold som tingretten. Lagmannsretten la til grunn at produksjonslederen ikke hadde avgjørelsesmyndighet eller kompetanse innad, og derfor ikke kunne være nærstående. At man kan oppfylle lovens kriteriet i kraft av å være faktisk leder synes ikke fraveket i lagmannsrettsdommen. En slik tingrettsdom, som ikke er rettskraftig, kan ikke anses å ha noen selvstendig rettskildemessig vekt, men må kunne brukes som tolkningsbidrag til forståelse av ordlyden, særlig når uttalelsen ikke synes fraveket i ankebehandlingen.

At faktisk ledelse er tilstrekkelig støttes også av juridisk teori. Sandvik tar til ordet for at selskaper som har en generell management funksjon for en annen virksomhet anses å oppfylle lederkriteriet, og Huser påpeker at disponentavtaler må kunne omfattes.⁹¹ Med management og disponentavtaler menes avtaler der en utenforstående gjør oppgaver på vegne av selskapet. Ettersom virksomheter ikke kan oppfylle tradisjonelle lederstillinger i en annen virksomhet må slike avtaler være det mest nærliggende til en lederstilling. Hvilket omfang management og disponentavtalene har vil variere, og det kan derfor ikke trekkes den slutning at alle

⁹⁰ Avsnitt 38 og 39.

⁹¹ Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, 1985 s. 62 og Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3 s. 116.

management og disponentavtaler anses å oppfylle lovens krav. Det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle om manageren/disponenten reelt sett leder den annen virksomhet.

Det må ut i fra en samlet vurdering anses tilstrekkelig at virksomheter reelt sett leder den annen virksomhet.

Videre må det klarlegges hva som kreves for å reelt sett lede en virksomhet. Viktige momenter ved vurderingen må være i hvilket omfang virksomheten handler på vegne av den annen virksomhet.

Det naturlige er at virksomheten må utøve de vanlige oppgaver som tilhører en formell leder for å reelt sett kunne anses som leder. Det må derfor ses hen til hvilke oppgaver en daglig leder og styremedlem har.⁹²

Etter aksjeloven § 6-14 skal daglig leder styre virksomheten og dens drift i tråd med retningslinjer og pålegg fra styret. Avgjørelser av uvanlig art kan bare gjøres med fullmakt eller dersom det kan medføre vesentlig ulempe, se aksjeloven § 6-14 (2). Styret og styreformannen skal også forvalte selskapet, men har en mer overordnet rolle enn daglig leder.⁹³ Styret har i tillegg ansvar for å føre tilsyn med daglig leder og opplysningsplikt til aksjonærer osv.⁹⁴ Ut i fra dette kan man se at vedkommende virksomhet må gjøre sentrale oppgaver på vegne av virksomheten. Virksomheter som gjør sekretær oppgaver kan ikke anses å lede den andre virksomheten.⁹⁵ Eksempelvis kan ikke samarbeidsorganet til medlemskjeder som foretar seg av innkjøp og lignende administrative oppgaver, anses å lede de individuelle kjedene. Det må kreves at virksomheten har et reelt ansvar for den andre virksomheten, og foretar overordnede oppgaver som har med forvaltning og daglig drift av virksomheten å gjøre.

⁹² Bakgrunnen for at det ses hen til daglig leder og styremedlemmers oppgaver er at disse anses å oppfylle det formelle lederkriteriet. Se tidligere i punktet.

⁹³ Dette er oppgaver som tilligger stillingene etter aksjeloven, men det må kunne legges til grunn at daglig ledere og styremedlem har samme arbeidsområde i andre virksomheter. Se sel. § 2-18 og asal. § 6-14.

⁹⁴ Bråthen, *Selskapsrett*, 2013 s. 152.

⁹⁵ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 116.

3.4.2 Krav til vesentlig innflytelse

Et tolknings spørsmål er hva som ligger i kravet til «vesentlig innflytelse». Ordlyden «ha vesentlig innflytelse» gir uttrykk for at det er det reelle som er avgjørende. Ordlyden er utformet slik at det ikke bare kreves innflytelse, men innflytelsen må være vesentlig. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at innflytelsen må være av en viss kvalitet slik at vedkommende kan påvirke disposisjoner og avgjørelser i relasjon til driften. Denne tolkningen støttes av forarbeidene.⁹⁶ Verken lovtekst eller forarbeid stiller et krav om at vedkommende må kunne foreta bindende avgjørelser alene for å oppfylle vilkåret.

På generelt grunnlag er det problematisk å definere hvilke grupper som oppfyller kriteriet. Det må bero på en konkret vurdering i hvert tilfelle om vesentlig innflytelse foreligger. Ved vurderingen av hva som kreves for å ha vesentlig innflytelse kan det ses hen til daglig leders oppgaver.⁹⁷ En daglig leder anses å ha vesentlig innflytelse ved at han er ansvarlig for daglig drift, og forbereder og tilrettelegger saker som skal behandles i styret, se aksjeloven § 6-15.⁹⁸ Daglig leders kompetanse er begrenset til vanlige avgjørelser i relasjon til driften. Dersom daglig leder skal foreta uvanlige avgjørelser kreves det fullmakt fra styret, se aksjeloven § 16-14 (2). Dette taler for at terskelen for vesentlig innflytelse ikke er så høy. Følgelig må det kunne trekkes den konklusjon at andre som også utfører slike eller lignende arbeidsoppgaver må anses å ha vesentlig innflytelse.

At det er den reelle innflytelsen som er avgjørende framkommer av LB-2011-118315. Dommen omhandler omstøtelse i konkurs. Spørsmålet knyttet seg til om en tilbakebetaling for lån fra selskapet Norheis AS til tre styremedlemmer kunne omstøtes etter dekl. §§ 5-5 eller 5-9. Et av spørsmålene var om styremedlemmene kunne anses som debitors nærstående. Dommeren uttalte at «det må kreves av vedkommende styremedlem har en formell eller faktisk posisjon som gir en reell innflytelse på virksomheten» for at vilkåret om vesentlig innflytelse skal være oppfylt. Ved vurderingen om styremedlemmene kunne anses å ha vesentlig innflytelse vektla lagmannsretten hvilken stilling styremedlemmene hadde. Det syntes avgjørende om styremedlemmene kunne anses å ha en dominerende stilling i selskapet. Ingen av styremedlemmene kunne anses å ha en slik stilling, og de ble derfor ikke ansett som

⁹⁶ NOU 1972:20 s. 253.

⁹⁷ Daglig leder har vesentlig innflytelse i kraft av å være daglig leder, se NOU 1972:20 s. 253.

⁹⁸ Granden, *Styrearbeid En håndbok for ansatte i selskap og konsern*, 6. utgave, 2007 s. 28.

debitors nærstående. Tilbakebetalingen kunne ikke omstøtes. Det kan på generell basis trekkes ut av dommen at det avgjørende for om vedkommende anses å ha vesentlig innflytelse er hvilken stilling vedkommende har. Det må derfor kunne trekkes den slutning at dersom vedkommende anses å ha en dominerende stilling i selskapet må han oppfylle kravet om vesentlig innflytelse.

Å inneha en dominerende stilling i selskapet må innebære at vedkommende kan foreta avgjørelser på vegne av virksomheten, og bestemme over den. Å inneha en dominerende stilling må kunne sammenlignes med innflytelsen man får ved å ha aksjemajoritet i en virksomhet. Verken ordlyd eller forarbeid taler for at bestemmelsen må tolkes så strengt at bare de som har en dominerende stilling i virksomheten omfattes. En slik innflytelse må anses å foreligge i konsernforhold. Etter aksjeloven § 1-3 (2) anses et selskap å være morselskap dersom det har bestemmende innflytelse over det andre selskapet. Samme kravet kan ikke stilles til vesentlig innflytelse etter dekningsloven. Bestemmende innflytelse oppstiller et krav om at vedkommende kan foreta de fleste avgjørelser angående til selskapet alene. Ordlyden «bestemmende innflytelse» må anses strengere enn ordlyden «vesentlig innflytelse», og det kan ikke stilles like strenge krav til vesentlig innflytelse. Det må anses tilstrekkelig at vedkommende har reell påvirkningskraft ved avgjørelser og disposisjoner knyttet til virksomheten. Dette støttes av at det er en alminnelig oppfatning at daglig leder har vesentlig innflytelse.⁹⁹ En daglig leder har ikke en dominerende stilling i selskapet.

At det ikke kan kreves at vedkommende har en dominerende stilling i selskapet for å oppfylle lederkriteriet støttes av LH-2010-22530. Spørsmål var om en betaling til aksjonær og daværende styremedlem kunne omstøtes. Spørsmålet var om mottakeren kunne anses som nærstående etter kriteriet «i kraft av sin stilling som leder har vesentlig innflytelse». Et styremedlem mottok en utbetaling ved å henvende seg til selskapets sekretær i en e-post og kreve et forskudd utbetalt. Styremedlemmet fikk utbetalt fra sekretæren uten at hun forhørte seg med noen andre. Lagmannsretten vektla at sekretæren må ha hatt den oppfatning at styremedlemmet hadde slik bestemmelsesrett over selskapet at han kunne beordre en slik betaling. Dette fant lagmannsretten avgjørende. Styremedlemmet ble ansett å ha vesentlig

⁹⁹ Se Rt. 1995 s. 259 s. 265.

innflytelse. Styremedlemmet beordret i denne saken en liten disposisjon, men kan ikke i kraft av dette ha hatt en dominerende stilling i selskapet.

Det avgjørende for om vedkommende person eller virksomhet kan anses å ha vesentlig innflytelse over virksomheten, er om vedkommende har en sentral rolle i selskapet som gir vedkommende en innflytelse på virksomhetens drift. Det kan presiseres at dersom vedkommende har en dominerende stilling vil vedkommende helt klart oppfylle kravet til vesentlig innflytelse. Dette kan likevel ikke anses som avgjørende. Dersom vedkommende har samme innflytelse som en daglig leder er kravet oppfylt.

3.5 Kan alternativene i dekningsloven § 1-5 kumuleres?

Vurderingen er om alternativene i deknl. § 1-5 nr. 3 kan kumuleres. Med kumulering menes at elementene i en bestemmelse etter en helhetsvurdering samlet kan oppfylle lovens vilkår, i tilfeller der alternativene isolert sett ikke oppfylles.

Ordlyden er utformet slik at hvert alternativ er skilt fra hverandre med et «eller». Dette betyr at vilkårene er alternative, og taler for at de ikke kan kumuleres. At konkursretten i stor grad er positivrettslig regulert og preseptorisk taler for at man ikke kan foreta en helhetsvurdering uten holdepunkter i ordlyden.

Problemstillingen er ikke omtalt i forarbeidene til dekningsloven.¹⁰⁰ I NOU 1972:20 har lovgiver imidlertid i noen grad sammenblandet kriteriene. Ved redegjørelse av eierskapsalternativet framkommer det at «også en person som eier mindre enn halvparten av aksjene kan inneha en dominerende stilling i selskapet».¹⁰¹ Dette taler for at lovgiver foretar en viss sammenblanding av innflytelse og eierskap, der det statueres at liten eierandel kan veies opp av innflytelse. Grunnlaget for denne tolkningen er at kriteriet om vesentlig eierandel ikke har noen uttrykkelig vilkår om at eierskapet skal eller kan medføre innflytelse.¹⁰² Ordlyden tilsier ikke at en lav eierandel kan veies opp av innflytelse. Dette taler for at det ikke kan være et absolutt forbud mot å forta en kumulering av alternativene.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) og NOU 1972:20.

¹⁰¹ NOU 1972:20 s. 252.

¹⁰² NOU 1972:20 s. 252.

Høyesterett har ikke tatt stilling til om dekl. § 1-5 kan kumuleres, men det kan trekkes vurderingsmomenter fra en Høyesterettsdom fra 1930. Den aktuelle dommen, Rt. 1930 s. 826 tar for seg et forhold forut for dagens dekningslov. Det relevante i dommen er om debtors svigerbrødre kunne anses som nærstående. Høyesterett kom til at svogerne var omfattet av den daværende bestemmelsen om nærstående i konkursloven¹⁰³ § 43, jf. N.L. 5-13-44 andre ledd, selv om svigerbrødre ikke var nevnt i bestemmelsen. Høyesterett var friere i ordlydsfortolkningen enn underretten (som kom til motsatt resultat) og begrunnet resultatet i et formuesfellesskap mellom debitor og svigerbrødrene. Høyesterett forholdt seg ikke til en streng ordlyd, men foretok en reell vurdering av om det forelå et interessefellesskap. Etter en bred helhetsvurdering kom Høyesterett til at svigerbrødrene var debtors nærstående. Selv om avgjørelsen ikke knytter seg til begrepet nærstående i dekl. § 1-5 viser dommen at det avgjørende allerede i første halvdel av 1900-tallet var interessefellesskapet framfor en streng ordlyd.

I mangel av avgjørelser angående denne spesifikke tematikken må man kunne se hen til Høyesteretts anvendelse av ordlyd og utvidende tolkning på konkursrettens område. Nyere høyesterettspraksis som Rt. 2012 s. 468 og Rt. 2014 s. 242 viser at man kan anvende en utvidet ordlydsfortolkning på konkursrettens område dersom reelle hensyn tilsier det.¹⁰⁴ Disse dommene sammenholdt med høyesterettsdommen fra 1930 kan brukes som støtte for en utvidende tolkning av ordlyden, og kumulering.

Nyere praksis fra lagmannsretten og tingretten gir også inntrykket av at nærståendevurderingen må gjøres på et bredere grunnlag. I LB-2011-118315 foretar lagmannsretten en vurdering av om flere styremedlemmer kunne anses som debtors nærstående. Lagmannsretten foretok både en vurdering av om styremedlemmene kunne anses å eie en vesentlig del av selskapet, dernest om de oppfylte kravet til lederinnflytelse. Det påpekes imidlertid ikke at eierskap og lederinnflytelse er alternative, eller at disse ikke kan vurderes samlet. En tolkning av dommen gir inntrykk av at lagmannsretten sammenblander alternativene i en viss grad. Retten påpeker at en lav eierandel kan kompenseres med vesentlig innflytelse, og dette taler for at de har kumulert alternativene. I tillegg foretas det heller ingen separat vurdering av om styremedlemmene oppfyller lederkriteriet, men bare en

¹⁰³ Lov av 6. mai 1863 (opphevet).

¹⁰⁴ Se punkt 3.2.1 for redegjørelse av faktum.

overordnet vurdering om de har vesentlig innflytelse. I tillegg vurderer retten om styremedlemmene i kraft av sine aksjeposter og styreposter kan behandles som en gruppe, og påpeker at dette må bero på en vurdering om styremedlemmene har noen tilknytning utover nåværende sak. Ingen alternativ i dekl. § 1-5 tilsier at personer som ikke er innbyrdes nærstående skal vurderes samlet ut i fra felles eierandel og posisjon. At retten foretar denne vurderingen tyder på at de ikke anvender en streng ordlyd. Dette taler for at bestemmelsen må kunne tolkes utvidende, og at alternativene til en viss grad kan sammenblandes, og medføre oppfyllelse etter en helhetsvurdering.

At dekl. § 1-5 ikke kan tolkes strengt, og at det må kunne fortas en bred vurdering av hvem som omfattes støttes også av TBERG-2005-77844¹⁰⁵ og RG. 1996 s. 741 s. 748. Selv om det ikke fremkommer eksplisitt av rettspraksis at alternativene kan kumuleres, taler rettspraksis for at man kan foreta en helhetsvurdering av kriteriene.

Huser har omtalt problemstillingen, og mener at kriteriene som er underlagt de forskjellige alternativene helt klart ikke kan kumuleres, og at man ikke kan anses som nærstående etter en helhetsvurdering.¹⁰⁶ Det taler for at kriteriene ikke kan kumuleres. Til tross for dette synes det slik at Huser, i redegjørelsen av lederkriteriet, foretar en form for helhetsvurdering. Han uttaler at «et viktig moment ved vurderingen er som nevnt hvilken innflytelse en minoritetsandel har gitt vedkommende i virksomheten» og «en lavere eierandel kan således kompenseres ved en høyere faktisk innflytelse».¹⁰⁷ At Huser i realiteten foretar en sammenblanding av kriteriene svekker vekten av hans uttalelse angående forbudet mot kumulering. I tillegg påpeker Huser at det ikke er grunnlag for å trekke helt snevre grenser for nærstående.¹⁰⁸ Dette sammenholdt med at han ikke kommer med noen begrunnelse for sitt standpunkt taler for at Huser sitt syn ikke kan ha nevneverdig vekt.

Hensynet til forutberegnelighet og omsetning taler for at man burde være restriktiv med å utvide ordlyden til å omfatte kumulering. En kumulering kan medføre at kretsen kan bli for vid, og uthule formålet om å ramme interessefellesskap. På den annen side kan ikke

¹⁰⁵ Under punktet «Omstøtelse etter dekningslovens § 5-5».

¹⁰⁶ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 117.

¹⁰⁷ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 108.

¹⁰⁸ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3, 1992 s. 113.

forutberegneligheten til debitor og medkontrahenten veie unødig tungt i et slikt tilfelle. Årsaken til dette er at en utvidelse av begrepet nærstående ikke er like inngripende som en utvidelse av omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5. Bakgrunnen for at det må skilles mellom utvidelse av begrepet nærstående og utvidelse av omstøtelsesreglene er at utvidelse av nærstående bare utvider fristen for en større krets, mens omstøtelsesreglene utvider hvilke disposisjoner som kan omstøtes. Å være nærstående medfører alene ingen endring i rettstilstanden. Bare dersom vedkommende foretar disposisjoner som omfattes av dekningsloven kapittel 5 kan det være av betydning om vedkommende er nærstående. Dersom disposisjonen allerede anses kreditorsskadelig er ikke vedkommende like beskyttelsesverdig. Gjennom en helhetsvurdering kan ytterligere interessefellesskap som er egnet til å skade kreditorfellesskapet omfattes. Likhets hensynet og omgåelseshensynet taler derfor for en kumulering av kriteriene i deknl. § 1-5.

Formålet med bestemmelsen, som er å ramme interessefellesskap, taler også for at alternativene burde kunne kumuleres og vurderes ut fra en bred helhetsvurdering. En forutsetning for dette er imidlertid at kravet til interessefellesskap ikke lempes. Enkelte partsforhold kan skape et sterkt interessefellesskap uten å oppfylle kriteriene alene. Virksomheter eller personer kan ha en viss eierandel, som ikke kan anses som vesentlig, og samtidig har en innflytelse, men ikke kan anses som leder. Vedkommende kan reelt sett ha samme muligheten som de oppregnede i deknl. § 1-5 til å utilbørlig påvirke konkurssituasjonen. I slike tilfeller taler formålet og hensynene bak omstøtelse for at vedkommende burde omfattes. Dette støttes også av forarbeidet, som vektlegger det reelle forholdet.¹⁰⁹

Noe som taler for at det ikke burde foretas en kumulering er at interessefellesskap som ikke omfattes av bestemmelsen kan rammes av deknl. § 5-9. Partens særskilte mulighet til å skade kreditorfellesskapet vil kunne bli fanget opp her, og vil i en viss grad avhjelpe følgende av en streng fortolkning av deknl. § 1-5. Imidlertid har den subjektive omstøtelsesregelen et krav om ond tro om debtors svake økonomi og utilbørlighet. Dette medfører en høy terskel for omstøtelse. Ond tro og utilbørlighet kan i mange tilfeller være problematisk å bevise, og kan ofte føre til at disposisjonen ikke blir omstøtt. Derfor vil ikke deknl. § 5-9 avhjelpe problemet

¹⁰⁹ NOU 1972:20 s. 251-253.

tilstrekkelig. Manglende avhjelp medfører at interessefellesskap som har en særskilt dekningsadgang vil kunne unndra seg omstøtelse i større grad en nærstående oppregnet i dekl. § 1-5. Dette strider med hensynet til likebehandling og kreditorbeskyttelse, og taler for at dekl. § 1-5 burde kunne kumuleres.

Konklusjonen er følgelig at gode grunner taler for at alternativene i dekl. § 1-5 kan kumuleres. Særlig det at forutberegnelighetshensynet ikke kan stå så sterkt taler for denne løsningen.

Ved gjennomgang av forarbeid og rettspraksis angående dekl. § 1-5 vektlegges det i stor grad hvilken stilling vedkommende har i den annen virksomhet.¹¹⁰ Det er derfor naturlig at helhetsvurderingen knytter seg til hvilken stilling vedkommende får over debitor eller hans selskap. Det synes unaturlig og uhensiktsmessig at det skal kreves en viss andel oppfyllelse på hvert alternativ for at vedkommende etter en kumulering skal anses som nærstående. Dette er i tråd med bestemmelsens formål og i tråd med at det er det reelle forhold som er avgjørende i relasjon til nærstående. Det naturlige vurderingsmoment for kumuleringen er om vedkommende samlet sett har en dominerende stilling i den annen virksomhet.

Med dominerende stilling menes at vedkommende har en særlig innflytelse over virksomheten, og kan bestemme over virksomheten. Som vist i punkt 3.4.2 må den som har aksjemajoritet anses å ha en dominerende stilling i selskapet. Ettersom de fleste beslutninger i virksomheten kan treffes etter flertall vil det å eie over 50 prosent av virksomheten gi vedkommende stor bestemmelsesrett.¹¹¹ Se aksjeloven § 5-17. Selskapsloven §§ 5-18 til 5-21 regulerer de tilfeller der flertall ikke er nok. Dette er typisk vedtektsendringer, og andre store endringer som har betydning for selskapets aksjer eller utbytte og formue. Å inneha en dominerende stilling må karakteriseres som noe mer enn å ha vesentlig innflytelse. Aksjemajoritet medfører i praksis kontroll med selskapet.¹¹² At kravet til å inneha en dominerende stilling må stilles så høyt støttes av rettspraksis, der en liten eierandel er ansett å oppfylle lovens krav dersom innflytelsen eierandelen medfører samme rettsvirkning som

¹¹⁰ NOU 1972:20 s. 252, LB-2011-118315, TBERG-2005-77844 og RG. 1996 s. 744.

¹¹¹ Truyen, *Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskap*, Jussens venner 2004 s. 305-328 s. 307.

¹¹² Truyen, *Eneveldet eller aksjonærdemokrati – Medbestemmelsen og maktmisbruk i aksjeselskaper*, Revisjon og regnskap nr. 2 2005 s. 17-20 s. 17.

aksjemajoritet. I tillegg taler hensynet til forutberegnelighet for dette. Hensynet til å ramme interessefellesskap støtter også en høy terskel. Dersom vedkommende har samme innflytelse som aksjonærer med aksjemajoritet vil vedkommende oppfylle kravet om å inneha en dominerende stilling.

4 Er franchisegiver franchisetakers nærstående?

4.1 Kan franchisegiver anses å motta tilstrekkelig avkastning?

Som det fremgår av punkt 3.3 knytter dette punkt seg til to vurderingskriterier. Først vurderes det om franchiseforholdet er et typetilfelle som omfattes av bestemmelsen. Derneft må det vurderes om selve avkastningen kan anses som «en betydelig del av virksomhetens inntekt». Den sistnevnte vurderingen er bare aktuell dersom franchisegiver omfattes av bestemmelsen.

4.1.1 Omfattes franchisegiver av avkastningskriteriet?

Som vist i punkt 3.3.1 er det graden av interessefellesskap mellom partene som avgjør om partsforholdet omfattes av bestemmelsen. Det er ikke tvilsomt at det foreligger et fellesskap mellom franchisegiver og franchisetaker i samtlige franchiseforhold. Spørsmålet er om dette fellesskapet kan anses så sterkt at det karakteriseres som et interessefellesskap, og oppfyller lovens krav.

Et franchiseforhold er et alminnelig kontraktsforhold mellom to selvstendige parter, og vil derfor i utgangspunktet falle utenfor bestemmelsen. På samme måte som alminnelige kontraktsforhold bygger franchiseforholdet på frivillighet, avtaleregulering og ytelse mot ytelse. Det er imidlertid klart at et franchiseforhold på en rekke områder skiller seg betraktelig fra ordinære kontraktsforhold. Franchiseforholdet omfatter i adskillig større grad enn andre kontraktsforhold flere elementer av forretningsdrift. Franchisekonseptet innebærer at franchisegiver bistår franchisetaker på alle områder i prosessen, og legger en rekke begrensninger på franchisetaker. Som vist i kapittel 2 knytter franchisegivers oppgaver seg til alt fra layout i butikken til lønnsutbetalinger. Omfanget av franchiseforholdet medfører at det har en annen stilling enn andre kontraktsforhold.

Det fellesskap som oppstår i franchiseforhold kan sammenlignes med det fellesskapet som oppstår mellom de partsforhold som i punkt 3.3.1 ble ansett å oppfylle lovens krav. På samme måte som disse skaper franchiseforholdet et avhengighetsforhold. Franchiseforholdet må likevel anses å skape et sterke interessefellesskap enn stiftelser, stille selskap og dominerende kreditor. I motsetning til stiftelser og stille selskap får franchisegiver innsikt i franchisetakers økonomiske forhold. Etersom formålet er å ramme de som har et privilegium framfor andre kreditorer taler dette alene for at franchisegiver burde omfattes av bestemmelsen. Det kan derfor ikke være avgjørende at få faktorer tilsier at franchisegiver eller franchisetaker er villig

til å begunstige den andre særskilt ved konkurs. Det må anses tilstrekkelig at franchisegiver har rett til å holde løpende kontroll med franchisetakers økonomiske forhold, og i kraft av avtalen kan betinge dekning av sine krav. Mye tilsier at franchisegiver trolig har større innsikt enn mange nærstående som omfattes av bestemmelsen. Dette kan illustreres ved at Høyesterett i Rema 1000 dommen uttalte at franchiseavtalen gav Rema en eksklusiv dekningsadgang og en reell mulighet til å gripe inn før en eventuell konkurs.¹¹³

I tillegg er det klart at franchiseforholdet skaper et avhengighetsforhold for begge parter. Franchisetaker er avhengig av franchisegiver for å kunne drive virksomheten, og franchisegiver er avhengig av franchisetakerne for at han skal tjene penger og for at konseptet skal være suksessfullt. Partene har langt på vei en felles målsetning.¹¹⁴ Avhengigheten er et uttrykk for at partene har en interesse i den andre, utover det å få dekt sitt krav. Franchiseforholdet må helt klart skape et tettere interessefellesskap mellom partene enn alminnelige forhold som er ment å falle utenfor bestemmelsen. Dette taler for at franchisegiver må omfattes.

I kraft av at franchiseforholdet skaper et avhengighetsforhold mellom partene og at franchisegiver har full innsikt i franchisetakers økonomiske situasjon må det helt klart anses å foreligge et interessefellesskap i dekningslovens forstand. Innsikten til franchisegiver er helt klart egnet til å skade kreditorfellesskapet, og dette taler også for at det må foreligge et tilstrekkelig nært interessefellesskap mellom partene.

4.1.2 Oppebærer franchisegiver en betydelig del av franchisetakers inntekt?

Om franchisegiver kan anses å oppebære en betydelig del av virksomhetens inntekt må bero på hvor store deler av virksomhetens inntekter franchisetaker betaler. Dette kan ikke avgjøres på generell basis, men må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

Hva som anses som inntekt ble redegjort for i punkt 3.3.2. Det er derfor klart at andelen av omsetningen som franchisetaker betaler i franchiseavgift og andre betalinger som stammer fra franchisens drift, anses som en del av virksomhetens inntekt. Som det er vist til i punkt 3.3 er en betydelig del av virksomhetens inntekt omkring 48 prosent eller mer. Dersom

¹¹³ Se avsnitt 40.

¹¹⁴ Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, 2007 s. 307.

franchisegiver har en franchiseavgift på 48 prosent eller mer av omsetninger må det anses klart at betydelighetsvilkåret er oppfylt.

Som vist i kapittel 2 betaler tilnærmet alle franchisetakere en franchiseavgift. Dersom franchisetaker ikke betaler noen form for avgift oppbærer ikke franchisegiver inntekt fra franchisetaker, og forholdet faller klart utenfor.

Hvor stor franchiseavgift franchisetaker betaler til franchisegiver varierer. Franchiseavgiften variere fra noen få prosent av omsetningen til en betraktelig høyere proSENTSATS. Dersom franchisegiver mottar en franchiseavgift på 4 prosent av omsetningen er det klart at dette ikke kan karakteriseres som betydelig. Dersom franchisetaker betaler andre avgifter i tillegg (leie for lokalet, markedsføring etc.) som er av slikt omfang at de kan karakteriseres som betydelig, må vilkåret være oppfylt. Det må også tas med i betraktning hvilken inngangsavgift franchisetaker betaler. Det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle hvor stor avkastning franchisegiver samlet mottar fra franchisetaker, med grunnlag i alle avgifter. Det avgjørende er om betalingene samlet utgjør en betydelig del.

Franchiseavgiften ligger normalt på alt fra 2 prosent til 50 prosent av omsetningen.¹¹⁵ Norheim uttaler at det vanligste er omtrent 5 prosent av omsetningen. I LB-2010-49088 som omhandlet erstatning etter heving av franchiseavtale var franchiseavgiften på 71 prosent av omsetningen. Dette anses helt klart som betydelig og oppfyller lovens krav. Dette må imidlertid anses å være en uvanlig høy avgift.

De franchiseforhold der franchisetaker betaler opp mot 50 prosent vil oppfylle lovens krav til betydelig del. De franchiseforhold der franchisetaker betaler mindre enn dette vil ikke oppfylle lovens krav. Da de aller fleste franchisetakere sjeldent vil betale opp mot 50 prosent av omsetningen vil få franchiseforhold oppbære tilstrekkelig avkastning.

¹¹⁵ TSTRO-2010-104324 avsnitt 5, <http://www.adressa.no/nyheter/okonomi/article846624.ece> og <http://www.dagbladet.no/nyheter/2007/04/24/498694.html> og Norheim, *Franchising – Begrepsforklaring og oversikt over noen rettslige problemstillinger*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 2 1995 s. 18 fotnote 32.

4.1.3 Konklusjon

Generelt sett må det kunne trekkes den slutning at franchiseforholdet medfører et sterkt interessefellesskap mellom partene, uavhengig av franchiseavtalens omfang. Alle franchisekonseptene er av et slikt omfang at de må medføre et tilstrekkelig interessefellesskap til å omfattes av avkastningskriteriet.

Videre kan det ikke trekkes en like generell slutning angående oppfyllelse av avkastningens omfang. Om avkastningen er betydelig, må som for alle andre nærstående vurderinger, vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Ettersom avgiftene i franchiseforhold varierer etter avtalene, er det ikke mulig å trekke en konklusjon. Likevel kan det påpekes at det hører til sjeldenheten at franchisegiver vil oppebære halvparten av franchisetakers inntekt. Dette medfører at de aller fleste franchiseforhold ikke vil oppfylle kravet til avkastningens omfang. Ettersom vilkårene er kumulative kan ikke flertallet av franchisegivere anses å omfattes av avkastningskriteriet.

4.2 Kan franchisegiver anses å ha tilstrekkelig lederinnflytelse?

4.2.1 Kan franchisegiver anses som franchisetakers leder?

Franchisegiver omfattes ikke av en ren ordlydsfortolkning. Dette skyldes at ordlyden alene krever at vedkommende har en formell lederstilling. Franchisegiver og franchisetaker er juridisk personer, og kan derfor ikke oppfylle det formelle lederkravet. Som vist i punkt 3.4.1 kan ikke en snever ordlydsfortolkning legges til grunn. Det avgjørende er om vedkommende reelt sett leder den annen virksomhet.

Vurderingen i denne drøftelsen knytter seg derfor til om franchisegiver reelt sett leder franchisetaker.

Franchisetaker er et selvstendig rettssubjekt som handler for egen regning og i eget navn. Dette taler for at franchisetaker ikke er underlagt franchisegiver, og dermed ikke ledet av han. På den annen side forplikter franchisetaker seg til å følge franchisegivers konsept, og er underlagt franchisegivers identitet utad. Konseptet forplikter franchisetaker til å bruke franchisegivers varemerke og tilhørende tjenester i tråd med avtalen. Franchiseavtalen er ofte detaljert regulert, og definerer klare plikter for franchisetaker, samt gir franchisegiver innsikt i alt franchisetaker foretar seg. At franchisetaker må handle i tråd med avtalen gir

franchisegiver stor kontroll- og instruksjonsmyndighet. Dette taler for at franchisegiver faktisk leder franchisetaker.

Franchisetaker kan sies å være underlagt franchisegiver på en rekke områder. At franchisegiver bestemmer hvordan butikken skal fremstå utad, utsalgspris, regulerer hvilke avtaler franchisetaker kan inngå osv. medfører at franchisegiver har stor bestemmelsesrett. Franchisetaker har ingen bestemmelsesrett og må handle i tråd med franchisegivers retningslinjer. Dette medfører at franchisetaker er underlagt franchisegiver på disse områdene. At franchisegiver har bestemmelsesrett over en rekke forhold tilknyttet daglig drift og forvaltningen av virksomheten taler for at han i realiteten leder franchisetaker.

I tillegg utfører ofte franchisegiver en rekke administrative oppgaver som administrering av lønn, markedsføring, innkjøp, forhandling med produsenter og lignende, på vegne av franchisetaker. I kraft av å bestemme alle disse forholdene må franchisegiver anses å ha overordnet kontroll over den daglige driften.

Franchisegiver kan i en rekke tilfeller sammenlignes med ledelsen i et aksjeselskap. Bakgrunnen for dette er at franchisegiver, på samme måte som ledelsen i aksjeselskap, fører tilsyn og fastsetter instruksjoner for den daglige ledelse.¹¹⁶ Dette taler for at franchisegiver i realiteten leder franchisetaker. Motsetningsvis er det en rekke forhold som styret og ledelsen er ansvarlig for som ikke omfattes av franchisegivers ansvar. Dette er særlig forvaltning av selskapet, organisering, budsjettering.¹¹⁷ Dette taler for at franchisegiver ikke har de oppgaver som tilligger en leder.

Dersom franchiseforholdet er regulert slik at franchisegiver har rett til å endre franchiseavtalens premisser, gi instruksjoner og retningslinjer for daglig drift taler dette for at vedkommende reelt sett leder franchisetaker.

Franchisegivers kontroll og styring over franchisetaker kan sammenlignes med eieren av filialforetaks kontroll og styring. På samme måte som ved filialdrift kontrollerer franchisegiver hvordan butikken framstår utad, hvilke tjenester den skal tilby, åpningstider og

¹¹⁶ Etter aksjeloven § 6-13 (1) og (2) skal styret føre tilsyn og fastsette instruksjoner for daglig ledelse.

¹¹⁷ Se aksjeloven § 6-12.

lignende. Utad kan også franchisegiver fremstå som eier, på lik linje med eieren av filialdriften. Eieren av filialdrift faller helt klart innenfor lederkriteriet, og at franchisetakers kontroll og styring kan sammenlignes med en eiers, taler for at franchisegiver faktisk leder franchisetaker.

I denne drøftelsen er det statuert hvilke typiske tilfeller franchisegiver har kontroll over. Graden av instruksjonsrett og kontrollmulighet vil variere. Dersom franchiseavtalen gir franchisegiver en vidtrekkende myndighet taler mye for at franchisegiver anses å lede franchisetaker. Den omfattende myndigheten må anses å være vel så stor som formelle leders, og innenfor bestemmelsen. Hensynet til at like tilfeller burde behandles likt taler derfor for at franchiseforholdet burde være omfattet. Hensynene bak omstøtelse og hensynet bak dekl. § 1-5 taler også for at franchisegiver burde oppfylle lederkriteriet.

4.2.2 Har franchisegiver vesentlig innflytelse?

Vurderingen knyttet til om franchisegiver kan anses å ha vesentlig innflytelse må bero på en vurdering av hvor mye franchisegiver begrenser franchisetakers handlefrihet og hvor stor kontroll- og styringsrett franchisegiver har over franchisetaker.

At franchisegiver og franchisetaker er selvstendige rettssubjekt taler også her for at franchisegiver ikke kan anses å ha vesentlig innflytelse over franchisetaker.

Franchisetakers handlefrihet begrenses gjennom franchiseavtalen. Hvor stor handlefrihet franchisetaker har må vurderes ut fra den enkelte franchiseavtale. Franchiseavtalen medfører innskrenkning i franchisetakers selvbestemmelsesrett. Ofte medfører franchiseforholdet at franchisetaker ikke har selvbestemmelse over primære forvaltningsoppgaver som; hvilke varer og tjenester virksomheten skal tilby, layout, administrative systemer og arbeidsklær og lignende. I motsetning til selveide virksomheter begrenses franchisetaker i stor grad av konseptet. Konseptet båndlegger franchisetaker og hans egne preferanser. Hvordan virksomheten skal fremstå utad og alle estetiske og markedsmessige forhold har franchisetaker ingen medbestemmelsesrett over. Franchiseforholdet kan være av en slik karakter at det medfører en vidtgående suverenitetsavståelse for franchisetaker.¹¹⁸ Denne

¹¹⁸ Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, 2007 s. 354.

styringsretten kan sammenlignes med daglig leders, og taler for at franchisegiver har vesentlig innflytelse på franchisetaker.

Ytterligere er det en vesensforskjell at franchisegiver, i motsetning til de andre partsforhold, har en rett til å pålegge franchisetaker plikter, og krever at franchisetaker driver virksomheten innenfor hans krav. Brudd på kravene leder ofte til mislighold, og kan medføre heving av avtalen. Følgen av mislighold er mye større ved franchiseforhold enn alminnelige kontraktsforhold. Ofte medfører franchiseforholdet at franchisetaker får en karantenetid og konkurransebegrensning som medfører at franchisetaker blir svært avhengig av franchisegiver. Franchisetakers avhengighet kan medføre at franchisegiver i realiteten får en større rett enn avtalen tilsier. Med dette menes at franchisetaker ofte handler i tråd med franchisegivers instruksjoner og endringer, uten egentlig å være avtalerettslig bundet. Dette skyldes at franchisetaker i realiteten ikke har noen valg. Alternativet er å tre ut av avtaleforholdet, og det vil ofte ikke være et realistisk alternativ. Dette medfører at franchisetaker kan bli utsatt for franchisegivers opportunisme.¹¹⁹ Denne avhengigheten medfører at franchisegiver ikke bare formelt sett i ut i fra avtaleforholdet, men også reelt sett, har vesentlig innflytelse over franchisetaker.

Franchiseforholdet er i større grad enn andre kontraktsforhold ubalansert. Kontrollen og instruksjonsretten ligger hos franchisegiver, og franchisetaker må forholde seg til dette. Styringsretten i franchiseforhold kan sammenlignes med styringsretten i konsernforhold.¹²⁰ I Rema 1000 dommen avsnitt 55-56 påpeker Høyesterett at det er en rekke likhetstrekk mellom konserntilknytningen og franchiseforholdet.

Et morselskap har bestemmende innflytelse over datterselskapet, og kan i kraft av dette foreta bindende avgjørelser på vegne av datterselskapet.¹²¹ Franchisegiver kan ikke foreta bindende avgjørelser på vegne av franchisetaker utad, men internt i franchiseforholdet kan franchisegiver ofte endre vilkår og lignende, uten konsultasjon fra franchisetaker.¹²² Motsetningsvis er morselskap pliktig etter aksjeloven § 6-16 (2) til å underrette

¹¹⁹ Norheim, *Franchising, avgangsvederlag og agentur*, 2003 s. 161.

¹²⁰ Norheim, *Franchising- Begrepsavklaring og oversikt over noen rettslige problemstillinger*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 2 1995 s. 24-25.

¹²¹ Aksjeloven § 1-3 (2).

¹²² Stugo/Eilertsen, *Franchise i varehandelen: makt uten ansvar- ansvar uten makt*, 2007 s. 92.

datterselskapet om forhold som kan ha betydning for konsernet som helhet. Mor- og datterselskap har helt klart et tilstrekkelig interessefellesskap, og at franchisegivers styringsrett kan sammenlignes med morselskaps taler for at innflytelsen er vesentlig. I tillegg kan franchisegivers innsyn i franchisetakers økonomi sammenlignes med innsynet i konsern. Denne ubalansen medfører at franchisetaker står i et sterkt avhengighetsforhold til franchisegiver, og medfører at de får et sterkt økonomisk fellesskap.

Et eksempel på styrkeforholdet mellom franchisetaker og franchisegiver er Rema 1000-dommen. Rema sa opp franchisekontrakten med A AS, og dette medførte at franchisetaker var pliktig til å avslutte sin virksomhet og bruken av franchisekonseptet, samt disponering av lokalet umiddelbart.¹²³ Heving av kontrakten hadde ikke nevneverdig betydning for franchisegiver. Franchisegiver satt med kontrollen, og hadde i denne saken tatt kontakt med ny franchisetaker som ved hevingstidspunktet sto klar til å overta for A AS. I tillegg hadde franchisegiver full innsikt i franchisetakers økonomi slik at han kunne heve på riktig tidspunkt. Denne klare forskjellen i styrkeforholdet medfører at franchisetaker er særskilt avhengig av franchisegiver, og dette medfører at franchisegiver har vesentlig innflytelse. En slik kontroll og innsikt taler for at vedkommende burde omfattes av nærstående vurderingen.

I en rekke franchiseforhold kan også franchisegivers myndighet sammenlignes med arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgivers styringsrett omfatter retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeid.¹²⁴ Arbeidsgivers styringsrett i arbeidsforhold må kunne sammenlignes med leders styringsrett i virksomheter. Omfattende franchiseforhold omfatter nettopp en slik styringsrett. Dette taler for at slike franchiseforhold burde oppfylle kravet om vesentlig innflytelse. I NOU 1996:6 s. 88-91 framkommer det at bestemmende innflytelse også kan følge av et avtalebasert tilknytningsforhold, for eksempel hvor det foreligger et omfattende fellesskap med hensyn til produksjon eller omsetning. I sammenheng med dette framkommer det at «[o]gså hvor foretak drives på franchisebasis vil det foretak som er franchisegiver etter omstendighetene, kunne ha bestemmende innflytelse over det foretak som er franchisetaker».¹²⁵ Ut i fra dette kan man trekke den slutning at lovgiver mener at

¹²³ Avsnitt 35.

¹²⁴ Rt. 2011 s. 841 avsnitt 49.

¹²⁵ NOU 1996:6 s. 91.

franchisegiver kan anses å ha bestemmende innflytelse. Dette taler for at omfattende franchiseavtaler medfører at franchisegiver i det minste har vesentlig innflytelse.

Det skal i det følgende illustreres med et eksempel hvor stor innflytelse franchisegiver faktisk kan ha over franchisetaker. Franchisegiver for Shell stasjoner besluttet å foreta endringer i driftsrammen uten å konsultere med franchisetakerne.¹²⁶ Endring av driftsrammen medførte store vanskeligheter for franchisetakerne og medførte en rekke underskudd og konkurser. Tidligere franchisetakere i systemet påpekte at franchisegiver hadde all kontrollen og brudd på avtalen medførte sanksjoner etter et straffesystem. Et slikt franchisesystem der franchisegiver kan handle på tross av franchisetakernes interesser og uten samtykke må anses å oppfylle kravet til vesentlig innflytelse. Denne bestemmelsesretten må anses tilsvarende som ved egneide virksomheten. En eier og leder av en virksomhet kan velge å endre driftsrammen for virksomheten, og når franchisegiver har lignende rett må denne retten tilsvare en eiers rett. At franchisetakers handlingsrom kan sammenlignes med eierskap taler for at vilkåret er oppfylt.

Det er ut i fra dette klart at omfattende franchiseavtaler innskrenker franchisetakers handlefrihet betraktelig og medfører en stor styringsrett. Det kan likevel ikke trekkes en generell konklusjon om at alle franchisegiver har en vesentlig innflytelse på franchisetaker. Det må likevel kunne trekkes den konklusjon at de tilfeller der franchiseforholdet er så omfattende at det medfører et sterkt avhengighetsforhold, stor styrings- og kontrollrett oppfyller kravet til vesentlig innflytelse. Dersom franchiseforholdet har noen av de elementene ovenfor må dette tale for at det foreligger vesentlig innflytelse.

4.2.3 Konklusjon

På samme måte som for avkastningskriteriet kan det ikke trekkes en allmenngyldig konklusjon på om franchisegiver anses å lede franchisetaker og ha vesentlig innflytelse over han. Gjennom punkt 4.2.1 og 4.2.2 er det klarlagt at mange momenter med franchiseforhold taler for at vilkåret er oppfylt. Franchisegiver vil derfor i mange tilfeller omfattes.

¹²⁶ <http://e24.no/naeringsliv/shellstasjoner-paa-felgen/2402285>.

Dersom franchiseforholdet er av snevrere grad enn alminnelig vil vedkommende likevel ikke oppfylle kriteriene. Det må derfor bero på en konkret vurdering i hvert tilfelle om franchisegiver anses å ha tilstrekkelig lederinnflytelse. Ofte vil alternativene henge nært sammen. Dersom franchiseforholdet er så omfattende at vedkommende anses som faktisk leder vil han ofte også anses å ha vesentlig innflytelse.

4.3 Kan franchisegiver anses som franchisetakers nærstående etter en kumulering av alternativene i dekningsloven § 1-5 nr. 3?

Helhetsvurderingen knytter seg til om franchisegiver kan anses å ha en dominerende stilling i franchisetakers virksomheten. Hva som kreves for å inneha en dominerende stilling er redegjort for i punkt 3.5.

Som vist i punkt 4.1 og 4.2 knytter franchiseforholdet partene tett sammen. Franchisetaker står i et sterkt avhengighetsforhold til franchisegiver og må handle i tråd med hans retningslinjer. Som vist medfører franchiseforholdet ofte en suverenitetsavståelse fra franchisetakers side. Franchisetaker er selvstendig, og står derfor fritt til å tre ut av franchiseforholdet dersom han ønsker det. Det må spørres om franchisegiver i realiteten har den samme bestemmelsesretten over franchisetaker som en med aksjemajoritet. Tidligere i kapittel 4 har franchisegivers styringsrett blitt sammenlignet med konserndrift, arbeidsgiver og eiere i filialdrift. Franchisegiver anses å ha bestemmelsesrett over en rekke forhold på samme måte som disse. På samme måte som for kravet om vesentlig innflytelse må det bero på en konkret vurdering i hvert enkelt franchiseforhold hvor omfattende avtalen er, og om dette kan medføre at franchisegiver har en dominerende stilling i selskapet. Om vedkommende anses å ha en dominerende stilling vil i stor grad knytte seg til samme vurderingsmomenter som for ved vesentlig innflytelse. Det kreves likevel en større innflytelse for å ha en dominerende stilling. Det må i stor grad vektlegges om franchisegiver er gitt selvstendig avgjørelsesmyndighet for sentrale forhold ved virksomheten.

At franchisegiver i stor grad kan anses å ha samme bestemmelsesrett som morselskap i konserndrift, eier av filialforetak og arbeidsgiver taler for at omfattende franchiseforhold må kunne anses å ha en dominerende stilling over franchisetaker. Som vist i punkt 4.2 framkom det av NOU 1996:6 s. 88-91 at franchisegiver måtte anses å ha bestemmende innflytelse. Det som karakteriseres som bestemmende innflytelse i aksjeloven § 1-3 (2) er nettopp

aksjemajoritet eller tilnærmet det samme. Dette taler også for at franchisegiver må anses å ha en dominerende stilling.

Omfattende franchiseforhold med stor styrings- og kontrollrett må anses å medføre en dominerende stilling for franchisegiver.

4.4 Generelle bemerkninger

Det må i tilknytning til vurderingen knyttes noen bemerkninger til om franchisetaker burde anses som nærstående i de relasjoner der franchisegiver er debitor. Bestemmelsen angående nærstående er utformet slik at den kommer til anvendelse uavhengig av hvem som er skyldneren, jf. ordlyden «som innbyrdes nærstående regnes».¹²⁷ Utgangspunktet er at partene anses som nærstående uavhengig av hvem som er debitor. Det spesielle med franchiseforhold er at franchisegiver har full innsikt i franchisetakers virksomhet, mens franchisetaker ikke har den samme innsikten i franchisegivers virksomhet. Det kan derfor stilles spørsmål ved om hensynene bak reguleringen av nærstående gjør seg gjeldende på samme måte for de tilfeller der franchisegiver er debitor. Den utvidende omstøtelsesfristen er begrunnet i to forhold. For det første at debitor kan ønske å begunstige nærstående på bekostning av kreditorene. For det andre er forholdet begrunnet i at nærstående kreditorer presumeres å ha mer informasjon om debitors økonomiske situasjon på et tidligere tidspunkt enn andre kreditorer. Dersom franchisegiver er kommet i en slik situasjon at en konkurs er nært forestående er det lite som taler for at det foreligger et slikt felleskap mellom han og franchisetakerne (kan være svært mange) som gjør at han vil forfordle til dem, framfor andre kreditorer. I tillegg har ikke franchisetaker den innsikten i franchisegivers virksomhet og økonomiske situasjon, som franchisegiver har. Franchisetaker har i alle fall ikke den styringsretten som franchisegiver har. Hensynene bak reguleringen av nærstående gjør seg dermed ikke gjeldende i de tilfeller franchisegiver er debitor. Dette taler for at franchisetaker ikke burde anses som nærstående med franchisegiver når han er debitor.

4.5 Konklusjon

På tross av den nærheten som oppstår mellom franchisegiver og franchisetaker kan det ikke trekkes en allmenn konklusjon på om franchisegiver oppfyller vilkårene, og anses som debitors nærstående. Bakgrunnen for dette er at franchisegivers avkastning, lederskap og innflytelse beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Avhandlingen viser likevel at

¹²⁷ NOU 1972:20 s. 252.

franchiseforholdet skapet et tett interessefellesskap mellom franchisegiver og franchisetaker. Franchisegiver vil i de aller fleste franchiseforhold ha muligheten til å skaffe seg informasjon om debitors økonomiske situasjon, og på denne måten kunne skaffe seg en særskilt dekningsadgang. Dette medfører at franchisegiver vil ha det samme privilegium som det presumeres at de nærstående i dekl. § 1-5 har. Formålet med dekl. § 1-5 er derfor oppfylt i de aller fleste franchiseforhold.

På samme måte, som for avkastningskriteriet og lederkriteriet, må det bero på en konkret vurdering om det aktuelle franchiseforholdet kan omfattes etter en kumulering. Kumuleringen knytter seg i stor grad til tilfeller der det foreligger en sammenblanding av alle alternativene. Med dette menes at det er lettere å oppfylle en dominerende stilling dersom man har en liten eierandel sammenholdt med avkastning og innflytelse. Terskelen for å inneha en dominerende stilling er høy, og franchisegiver vil trolig tidligere omfattes av lederkriteriet enn gjennom en kumulering av alternativene. Dette skyldes at terskelen for å inneha en lederinnflytelse må anses lavere enn terskelen for å inneha en dominerende stilling.

5 Rettspolitiske betraktninger

5.1 Vurdering av dekningsloven § 1-5

Franchising er nytt i juridisk perspektiv, og det har vært lite fokus hos lovgiver og domstolen på franchiseforholdets stilling i konkurs. Dette kan være en av årsakene til at ingen har tatt stilling til avhandlingens problemstilling. En annen årsak kan være at slike partsforhold ikke har fått søkelyset på seg på grunn av manglende midler til bobehandling. Det er en kjensgjerning at det ofte ikke finnes penger til bobehandling, og at mange bo som følge av dette blir innstilt. Følgen av dette er at en rekke omstøtelige disposisjoner kan unndra seg å bli oppdaget, herunder disposisjoner i franchiseforhold.

Begrepet nærstående må anses som et dynamisk begrep som har utviklet seg med tiden. Forut for dekningsloven av 1984 var det bare fysiske personer som ble ansett som skyldnerens nærstående, og hvem som ble ansett som nærstående var regulert særskilt for hver bestemmelse.¹²⁸ Ved utforming av lovutkast til dekningsloven av 1984 ble det sett et behov for en generell definisjon, og begrepet ble utvidet til å omfatte juridiske personer.¹²⁹ Justisdepartementet uttalte i den anledning at utvidelsen var en viktig del av moderniseringen og effektiviseringen av omstøtelsesreglene.¹³⁰ At begrepet har vært i utvikling kommer også til uttrykk i Rt. 1930 s. 826. Høyesterett anvende datidens nærstående-begrep utvidende til også å omfatte svigerbrødre. Høyesterett vektla at forhold som medfører formuesfelleskap må omfattes av regelen, selv om forholdet ikke omfattes av en streng ordlyd. Høyesteretts utvidende tolkning sammenholdt med utviklingen av begrepet nærstående i lovgivningen viser at begrepet utvikler seg i takt med samfunnet. Omfanget av begrepet nærstående ble sist vurdert i ot.prp. nr. 50 i 1980-1981. Siden den gang har det vokst fram nye forretningsforhold, herunder franchising, og det kan spørres om begrepet nærstående trenger en ny revidering.

Dagens bestemmelse er snever og objektiv. Konsekvensen av dette er at formålet ikke blir tilstrekkelig ivaretatt. Dagens regel oppstiller slike vilkår at en rekke tilfeller som medfører et fellesskap mellom partene ikke omfattes. Formålet om å ramme interessefelleskap taler for at bestemmelsen burde utformes slik at alle tilfeller som medfører et interessefelleskap

¹²⁸ NOU 1972:20 s. 252.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 140.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 141.

omfattes. Følgen av dette er at regelen ikke blir tilstrekkelig optimalisert, og dette skaper muligheter for omgåelse av reglene. Begrunnet i dette taler hensynene bak omstøtelse for at regelen burde endres slik at alle tilfeller som skaper et interessefellesskap omfattes. Ved en utvidelse vil bruk av smutthull og forsøk på å tilpasse seg regelverket hindres. Dette vil også ha en preventiv funksjon. Hensynet til kreditorfellesskapet og likebehandling taler for en slik utvidelse.

Det kan i forlengelsen av dette spørres hvorfor lovgiver har valgt en objektiv utforming av bestemmelsen. Lovgiver har selv påpekt i NOU 1972:20 s. 252 at det er vanskelig å utforme adekvate regler. Av hensyn til kreditorfellesskapet og medkontrahenten ville det vært med hensiktsmessig å utforme regelen mer skjønnsmessig, men innenfor formålets omfang.

Avhandlingen har klarlagt at franchiseforholdet i de fleste tilfellene vil anses som nærstående. Bare de tilfeller der franchiseforholdet ikke er så omfangsrikt vil falle utenfor. Slike franchiseforhold vil ofte ha den samme innsikten i debtors økonomiske situasjon, og dette taler for at disse også burde omfattes. Fellesskapet mellom franchisegiver og franchisetaker vil i mange tilfeller være særlig sterkt, og kan være sterkere enn partsforhold som klart omfattes av bestemmelsen. Eksempelvis skaper franchiseforholdet et mye sterkere interessefellesskap mellom partene enn debtors forhold til en stiftelse eller til et stille selskap. At ikke alle franchiseforhold og andre forhold som er egnet til å skade kreditorfellesskapet omfattes av nærståendereguleringen kan i ytterste konsekvens gå på bekostning av likebehandlingsprinsippet. Det særlige privilegiet om innsikt forut for andre, gir franchisegiver en særskilt dekningsadgang. Dersom det aktuelle franchiseforholdet ikke omfattes vil vedkommende kunne få dekt sine krav på bekostning av andre. Dette medfører at reguleringen av nærstående ikke kan anses som hensiktsmessig og effektiv. Dagens ordlyd vil dermed ikke oppfylle formålet tilstrekkelig.

Det kan i forlengelsen av dette vurderes hvorfor ikke bestemmelsen knytter seg tettere opp mot formålet. Det ville vært mer hensiktsmessig og effektivt å hatt en nærståendebestemmelse som tok et klarere utgangspunkt i nettopp interessefellesskapet. Det er klart at dagens ordlyd er utformet etter hvilke forhold som tilsier et sterkt interessefellesskap mellom partene. Det er imidlertid vanskelig å dekke over alle forhold ved dagens snevre ordlyd. Å ta et klarere utgangspunkt i interessefellesskapet vil medføre at flere forhold omfattes, og begrepet

nærstående vil lettere kunne utvikle seg i takt med tiden. Dersom bestemmelsen utformes mer generelt til å omfatte interessefellesskap vil den også kunne omfatte fremtidens interessefellesskap, som vi i dag ikke har oversikt over.

Det må dog spørres hvor vidt begrepet nærstående skal være. Hensynet til likebehandling og muligheten for alle kreditorer til å få dekt sitt krav taler for at bestemmelsen burde omfatte alle interessefellesskap. Adgangen behøver ikke å utvides mye, men endres til at alle interessefellesskap som utøver en vesentlig innflytelse over debitor burde omfattes. I denne vurdering burde det særlig vektlegges om partsforholdet er egnet til å skade kreditorfellesskapet. Som vist i punkt 3.5 synes ikke hensynet til forutberegnelighet å veie særdeles tungt i forhold til hvem som omfattes av begrepet nærstående. Dette begrunnes i at det å anses som nærstående ikke medfører noen selvstendig rettsvirkning. Vedkommende må i tillegg ha foretatt en disposisjon som presumeres å være kreditorskadelig. Hensynene til likebehandling og kreditorvern burde derfor gå foran hensynet til forutberegnelighet i relasjon til tolkning av kretsen nærstående.

Som vist i punkt 3.4.1 kan ikke ordlyden «i kraft av sin stilling som leder» omfatte juridiske personer. Det er derfor uhensiktsmessig med en slik ordlyd. Det påpekes her at lovgiver burde vært klarere i presiseringen av bestemmelsen, og uttrykt hvordan bestemmelsen skal forstås. Det synes ikke gjennomtenkt av lovgiver å utforme en slik ordlyd, uansett om de faktisk har ment at faktiske ledere også skal omfattes av ordlyden. Dersom de har ment dette burde det også kommet klarere fram av forarbeidet. I forhold til avkastningskriteriet burde det også vært påpekt mer eksplisitt at det kreves et interessefellesskap utover det å motta en betydelig del av virksomhetens inntekt. Dette er svakheter ved dagens regel.

En annen svakhet ved dagens regel er at det ikke i noen av alternativene er rom for å vurdere om forholdet gir innsyn i debitors økonomi eller om forholdet medfører en fare for at debitor kommer til å begunstige vedkommende ved en eventuell konkurs. Privilegiet til å skaffe seg en særskilt dekningsadgang blir i liten grad vektlagt i bestemmelsens ordlyd. Dette er så essensielt for bestemmelsens eksistens at privilegiet burde være mer fremtredende i bestemmelsens alternativ. Det kan ikke anses tilstrekkelig at dette ligger til grunn for utformingen av bestemmelsen.

5.2 Forslag til endring av dekningsloven § 1-5 nr. 3

Det er vist i punkt 5.1 at det er et behov for å utvikle begrepet nærstående.

Å endre deknl. § 1-5 til å omfatte flere forhold vil bestemmelsen kunne motvirke tilfeldige og urimelige forskjeller i større grad enn dagens regel. I tillegg til forslagene her, er det klart at ordlyden i deknl. § 1-5 nr. 3 burde endres fra «i kraft av sin stilling som leder» til «i kraft av å lede».

5.2.1 Forslag nummer 1

En løsning på problemet er å beholde regelen slik den er i dag, og tilføye ett ekstra ledd. Dette leddet kan ha en tilsvarende ordlyd som i deknl. § 1-5 nr. 1 «som innbyrdes nærstående anses i denne lov andre som står hverandre personlig nær» knyttet opp mot virksomheter.

Bakgrunnen for ordlyden i nr. 1 er å omfatte enkelte tilfeller som skaper et like nært tilknytningsforhold som vanligvis består mellom debitor og personlig nærstående (de positivt oppregnede i bestemmelsen).¹³¹ På samme måte burde også tilknytningsforhold mellom virksomheter som skaper et like nært fellesskap omfattes. Eksempelvis kan ordlyden utformes slik «og andre virksomheter som står hverandre nær», eller «og andre virksomheter som ut i fra et interessefellesskap står hverandre nær».

En lignende løsning er valgt i dansk konkursrett. I den danske konkursloven¹³² § 2 nr. 4 omfatter «andre personer, selskaber eller organisationer, som har tilsvarende interessefællesskab som under nr. 2 eller 3. angivet». I denne bestemmelsen er imidlertid ikke problemet løst. Dette skyldes at «som under nr. 2 eller 3. angivet» står seg til at vedkommende «direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af selskabets kapital». Det stilles dermed et krav om vesentlig eierandel. Dette kravet ekskluderer for eksempel franchisegiver og andre uten eierandel fra å kunne omfattes. Den danske loven har ingen alternativ om vesentlig innflytelse. Dersom deknl. § 1-5, som har alternativet om vesentlig innflytelse, får et lignende ledd som den danske loven vil problemet avhjelpes. Virksomheter som har et interessefellesskap med debitor vil kunne omfattes, samtidig som kretsen nærstående ikke blir for vid. På bakgrunn av at det stilles et eksplisitt krav om interessefellesskap vil alminnelige kontraktsparter, lønnstakere og andre som lovgiver ikke har ment å omfatte falle utenfor. En

¹³¹ Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, 2009 s. 82.

¹³² LBK nr 11 af 06/01/2014 Gældende (konkurslov).

slik endring vil medføre at alle tilfeller som burde omfattes i større grad vil omfattes, og vil oppfylle formålet i større grad en dagens regel.

5.2.2 Forslag nummer 2

Eventuelt kunne en løsning vært å anvendt den metoden som anvendes på habilitetsregelen i forvaltningsloven § 6.¹³³ Bestemmelsens første ledd oppstiller en rekke tilknytningsforhold som medfører automatisk inhabilitet.¹³⁴ Etter annet ledd anses vedkommende inhabil dersom «andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet».

Videre er en rekke momenter for vurderingen opplistet; om avgjørelsen kan medføre fordel, tap osv. for vedkommende. Forslaget innebærer å utforme en lignende bestemmelse for nærstående i dekningsloven.

Løsningen kan være å beholde dagens ordlyd og tilført ett nytt ledd. Det nye leddet vil knytte seg til om det foreligger særegne forhold som etter en skjønnsmessig helhetsvurdering kan medføre at vedkommende blir nærstående. Sentralt ved denne vurderingen må vært om vedkommende kan anses å ha et interesse- eller økonomisk fellesskap med debitor, og om vedkommende er i en slik posisjon at han kan påvirke debitor og om vedkommende har stor innsikt i debtors forhold, særlig økonomiske forhold.

Eksempel på utforming av annet ledd er:

«Likeså er han nærstående når andre særegne forhold foreligger; blant annet skal det legges vekt på om forholdet kan gi vedkommende en fordel for ham selv eller for noen som står han nær. Det må legges særlig vekt på om partene har en felles økonomisk interesse».

Denne utformingen vil på samme måte som forslag 1 omfatte interessefellesskap som har samme tilknytning de som er positivt oppregnet i bestemmelsen. Ordlyden vil i større grad en dagens ordlyden oppfylle formålet.

Antall ord: 17 292

¹³³ Lov av 10. februar 1967.

¹³⁴ Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 9.utgave, 2010 s. 230.

6 Kildeliste

6.1 Lovgivning

Lov av 15. juni 2001 nr. 59 Lov om stiftelser.

Lov av 26. mars 1999 nr. 14 Lov om skatt av formue og inntekt.

Lov av 13. juni 1997 nr. 44 Lov om aksjeselskaper.

Lov av 13. juni 1997 nr. 45 Lov om allmennaksjeselskaper.

Lov av 21. juni 1985 nr. 83 Lov om ansvarlig selskap og kommandittselskaper.

Lov av 8. juni 1984 nr. 59 Lov om fordringshavers dekningsrett.

Lov av 10. februar 1967 Lov om behandlingmåten i forvaltningssaker.

Opphevet lovgivning

Lov av 6. juni 1863 Lov om Concurs og Concursboers Behandling.

Norsk lov 5-13 - Norges love: samling af gjældende love af praktisk betydning : B. 1 : 1660-1890. URL:

<http://www.nb.no/nbsok/nb/7d6fe5ca0f088e03978e59d9cc918385.nbdigital?lang=no#19>

Dansk lov

LBK nr 11 af 06/01/2014 Gældende (konkurslov).

URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=158134&exp=1>

6.2 Forarbeid

Ot.prp. nr. 15 (2000-2001) Om stiftelser (stiftelsesloven).

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.

NOU 1996:6 Arbeidstakers stilling i konsernforhold mv.

Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) Om A) Om lov gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.

6.3 Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2014 s. 242.

Rt. 2012 s. 468.

Rt. 2011 s. 841.

Rt. 2008 s. 1170.
Rt. 1997 s. 645.
Rt. 1997 s. 1623.
Rt. 1996 s. 741.
Rt. 1995 s. 259.
Rt. 1930 s. 826.

Lagmannsrett

LB-2014-7725.
LB-2011-118315.
LH-2010-22530.
LB-2010-49088.
LB-2009-176015.

Tingrett

TOBYF-2013-31770 (upublisert).
TOBYF-2011-54076.
TSTRO-2010-104324.
TBERG-2005-77844.
RG. 1996 s. 741.

6.4 Litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3.utgave, Carfax AS (Oslo 2009).
Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2013).
Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan. E Helgesen, Universitetsforlaget (Oslo 2000).
Eckhoff, Torstein, Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 9.utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2010).
Granden, Gro, *Styrearbeid En håndbok for ansatte i selskap og konsern*, 6. utgave, Gyldendal Norske Forlag AS (Oslo 2007).
Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 3 Omstøtelse, Juristinformasjonen AS (Bergen 1992).
Nazarian, Henriette, *Konkursrett*, med bidrag fra Anna Nylund, Cappelen Damm AS

- (Tromsø 2012)
- Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Cappelen akademiske forlag (Tromsø 2007).
- Nilssen, Børge, *Franchising Verdiøkende samarbeid mellom selvstendige parter*, 2. utgave Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS (Lysaker 2008).
- Norheim, Lars G, *Franchising, avgangsvederlag og agentur – Agenturlovens regler om avgangsvederlag(goodwill-vederlag) og deres analogiske anvendelse på franchising*, J.W Cappelens forlag (Oslo 2003).
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget AS (Bergen 2004).
- Reidarson, Per, *Franchising og kjededrift – I handels-, service- og industrinæringen*, 2. utgave Tano Ascehoug AS (Oslo 1998).
- Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett utdrag*, Universitetsforlaget (Bergen 1985).

6.5 Tidsskrifter og artikler

- Brækhus, Sjur og Høgetveit Berg, Borgar, *Introduksjon til reglene om omstøtelse*, Jussens venner 2014 nr. 2 s. 61-120.
- Ericsson, Rolf, *Franchising– En samverkansform*, skrifter utgitt av institutt for immaterialrett og markedsrett ved Stockholms universitet nr. 10, Liber forlag Stockholm 1981.
- Knudsen, Gudmund, *Stille selskap og selskapsrettslig plassering*, Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder; festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år 2010.
- Norheim, Lars G, *Franchising- Begrepsavklaring og oversikt over noen rettslige problemstillinger*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 2 1995.
- Skoghøy, Jens Edvin A, *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettanvendelse*, Nybrot og Odling – festskrift til Nils Nygaard s. 323-343, Fagbokforlaget 2002.
- Stugo, Stein, Eilertsen, Roar, *Franchise i varehandelen: Makt uten ansvar- ansvar uten makt*, De Facto kunnskapssenter for fagorganiserte, Oslo 2007 URL: <http://www.mynewsdesk.com/no/handel-og-kontor-i-norge/documents/franchise-i-varehandelen-makt-uten-ansvar-ansvar-uten-makt-30325> sist lest 12. desember 2014.
- Truyen, Filip, *Eneveldet eller aksjonærdemokrati – Medbestemmelsen og maktmisbruk i aksjeselskaper*, Revisjon og regnskap nr. 2 2005 s. 17-20.
- Truyen, Filip, *Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskap*, Jussens venner nr. 5/6 2004 s. 305-328 s. 307.

6.6 Elektroniske kilder

- <http://www.adressa.no/nyheter/okonomi/article846624.ece> sist lest 7. oktober 2014.
- <http://bigbite.no/franchise.aspx> sist lest 12. Desember 2014.
- https://cappa.no/download/presse/rekruttering_ft_04_09.pdf sist lest 12. desember 2014.
- <http://www.cappa.no/innhold/s%C3%B8kertips/finansiering-av-franchise/jobtips-franchisefinancing> sist lest 3. oktober 2014.
- <http://www.dagbladet.no/nyheter/2007/04/24/498694.html> sist lest 7. oktober 2014.
- <http://effectum.no/effectum-as/franchisetaker-2/franchisetaker-rettigheter-lokal-enhet/> sist lest 6. desember 2014.
- <http://effectum.no/forskjellige-former-for-franchise/> sist lest 26. september 2014.
- <http://e24.no/naeringsliv/shellstasjoner-paa-felgen/2402285> sist lest 8. oktober 2014.
- http://www.franchiseforeningen.no/index.php?p=1_7_Europeiske-etiske-regler sist lest 23. september 2014.
- <http://www.ledelse.as/nyheter/neringsliv/franchise-til-lykke-eller-besver-> sist lest 12. desember 2014.
- <http://www.ledelse.as/nyheter/neringsliv/hovedkategorier-av-kjeder-> sist lest 25. september 2014.
- <http://www.narvesen.no/jobb/franchising.aspx> sist lest 16. november 2014.
- <http://www.rema.no/artikler/informasjon/hva-er-franchise/> sist lest 16. november 2014.
- <http://ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/konkurs/kvartal> sist lest 17. september 2014.