



NORGES HØYESTERETT

Den 14. mars 2019 avsa Høyesterett bestående av justitiarius Øie og dommerne Endresen, Møse, Normann og Høgetveit Berg kjennelse i

HR-2019-515-A, (sak nr. 18-153598SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

Sønderberg AS

(advokat Kristian Huser)

mot

Gardermoen Residence

(advokat Anne Marie Sejersted – til prøve)

Gardermoen Residence AS' konkursbo

(advokat Håvard Wiker)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Møse:** Saken gjelder spørsmål om rett til å anke over konkursåpningskjennelse, jf. konkursloven § 72 andre ledd første punktum, og reiser særlig spørsmål om aksjonærs ankerett.
- (2) Gardermoen Residence AS ble stiftet i oktober 2016. Selskapets vedtektsfestede formål var blant annet å investere, utvikle og omsette eiendom, og siktemålet var å utvikle og få omregulert en eiendom ved hovedflyplassen for å kunne bygge hotell der. Sønderberg Eiendom AS – nå Sønderberg AS – kjøpte aksjer i selskapet i desember 2016.
- (3) Etter beslutning i styremøte 16. februar 2018 begjærte styret i Gardermoen Residence AS 2. mars 2018 oppbud ved Oslo byfogdembete.
- (4) Oslo byfogdembete avsa kjennelse 5. mars 2018 der boet til Gardermoen Residence AS ble tatt under behandling som konkursbo.
- (5) Tre aksjonærer – Norwegian Real Estate AS, Noram-Trading AS og Sønderberg AS – anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett. De gjorde gjeldende at vilkårene for å åpne konkurs ikke var oppfylt.

- (6) Borgarting lagmannsrett avsa kjennelse 4. juni 2018 med slik slutning:
- "1. Anken avvises.**
 - 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Norwegian Real Estate AS, Noram-Trading AS og Sønnerberg AS, én for alle og alle for én, 15 000 – femtusen – kroner til Gardermoen Residence AS innen to uker fra forkynnelsen av kjennelsen."**
- (7) Lagmannsretten la til grunn at de tre aksjonærene ikke hadde ankerett, slik Gardermoen Residence AS blant annet hadde gjort gjeldende i sitt anketilsvar.
- (8) Norwegian Real Estate AS, Noram-Trading AS og Sønnerberg AS anket kjennelsen til Høyesterett. Anken gjaldt rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (9) Etter at saken var påanket, overdro Norwegian Real Estate AS og Noram-Trading AS sine aksjer i Gardermoen Residence AS til et annet selskap. Ankeutvalget fant derfor at disse to selskapene ikke lenger hadde rettslig interesse, jf. tvisteloven § 1-3, jf. også konkursloven § 149 første ledd, og hevet saken for så vidt gjaldt dem.
- (10) Ankeutvalget besluttet samtidig at anken fra Sønnerberg AS skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum, og at behandlingen skulle være muntlig og følge de regler i tvisteloven som gjelder for anke over dommer, jf. tvisteloven § 30-9 fjerde ledd. Det har vært enighet om at det ikke er nødvendig at Gardermoen Residence AS' konkursbo møter under ankeforhandlingen eller involverer seg på annen måte.
- (11) Den ankende part – *Sønnerberg AS* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (12) Selskapet har ankerett både som aksjonær og som kreditor. Konkursloven § 72 om ankerett for "enhver" som konkursåpningen "rammer", tilsier at flere grupper tredjemenn kan anke. Det er tilstrekkelig at de berøres; det vil si at vedkommendes reelle interesser svekkes eller kan svekkes ved avgjørelsen. Dette tilsier at aksjonærer har ankerett – på egne vegne og i eget navn – i tillegg til kreditorer og styremedlemmer. Aksjonærene har økonomisk interesse i utfallet av konkursbehandlingen, siden aksjene vil bli verdiløse. Kompetansebestemmelsene i aksjeloven avskjærer eller begrenser ikke ankeretten.
- (13) Sønnerberg AS har et krav på 20 000 kroner mot Gardermoen Residence AS og har dermed ankerett, også i kraft av å være kreditor.
- (14) Sønnerberg AS har nedlagt slik påstand:
- "1. Borgarting lagmannsretts kjennelse av 04.06.18 i sak nr. 18-075772ASK-BORG/04 oppheves og anken fremmes til behandling ved lagmannsretten.**
 - 2. Gardermoen Residence AS dømmes til å erstatte sakens kostnader til Sønnerberg AS."**
- (15) Ankemotparten – *Gardermoen Residence AS* – har i det vesentlige gjort gjeldende:

- (16) Aksjonærer har ikke ankerrett. En avgjørelse om konkursåpning må ha direkte rettslig betydning for den som anker. Det er ikke tilstrekkelig at man berøres. Konkurs har avgjørende følger for selskapet, og en begjæring om oppbud må etter aksjeloven besluttes av styret. Ankerrett for aksjonærer vil følgelig være i strid med aksjelovgivningens system.
- (17) Det bestrides ikke at kreditorer som utgangspunkt har ankerrett, men anføres at Sønderberg AS ikke har noe krav mot selskapet. En eventuell posisjon som kreditor kan uansett ikke være avgjørende fordi aksjonærinteressen er den dominerende.
- (18) Gardermoen Residence AS har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Gardermoen Residence AS, under konkurs, tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett."**
- (19) Spørsmålet om ankerrett som kreditor ble ikke vurdert av lagmannsretten. For øvrig står saken for Sønderberg AS' del i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (20) *Mitt syn på saken*
- (21) Den påankede kjennelsen om avvisning ble avsagt av lagmannsretten som første instans. Høyesterett har derfor full prøvingskompetanse, jf. tvisteloven § 30-3, jf. § 29-3, jf. konkursloven § 149 første ledd.
- (22) Sakens hovedspørsmål er om aksjonærer har ankerrett. Sønderberg AS anfører også at selskapet har ankerrett i egenskap av å være kreditor. Utgangspunktet er i begge tilfeller konkursloven § 72 andre ledd første punktum, som er en særbestemmelse om ankerrett ved konkursåpning. Den lyder slik:
- "Kjennelse om konkursåpning kan ankes av enhver som avgjørelsen rammer."**
- (23) Bestemmelsen fastslår generelt at ankerrett kan utøves av "enhver", men ordet "rammer" innebærer en begrensning. Uttrykket tyder på at det ikke er tilstrekkelig å være berørt av kjennelsen om konkursåpning, men at avgjørelsen må ha mer direkte virkning. Ved den nærmere fastleggelsen av bestemmelsens virkefelt er det av betydning å se hen til lovhistorikken.
- (24) *Utviklingen av rettsmiddelordningen*
- (25) Både etter konkursloven 1863 § 133 og gjeldende konkurslov § 72, slik bestemmelsen var utformet ved vedtakelsen i 1984, kunne kjennelser om konkursåpning *ankes* direkte til Høyesterett. Tvistemålslovens regler fikk anvendelse så langt de passet og ikke annet var bestemt, jf. 1863-loven § 130 og 1984-loven § 149.
- (26) Dermed gjaldt som utgangspunkt tvistemålslovens bestemmelser om anke over dom, ikke reglene om kjæremål over kjennelse. Etter tvistemålsloven var hovedregelen ved anke over dom at bare *partene* hadde ankerrett, jf. Schei, Tvistemålsloven, 2. utgave, 1998, side 944 og Skoghøy, Tvistemål, 1998, side 840.

- (27) I Hagerup, Konkurs og akkordforhandling (4. utgave ved P.I. Paulsen), 1932, side 50 ble det imidlertid lagt til grunn at etter 1863-loven hadde *kreditorer* ankerett over kjennelser om å åpne konkurs, men ikke dersom konkursbegjæringen ikke ble tatt til følge. Det var ikke gitt noen nærmere begrunnelse for dette standpunktet. Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 2, 1988, side 85 ga for sin del uttrykk for at etter 1984-loven hadde kreditorer med rettslig interesse ankerett i begge situasjoner – ikke bare ved konkursåpning, men også der begjæring om konkurs ikke var tatt til følge.
- (28) Ved lov 30. mars 1990 ble rettsmidlene ved konkursåpning endret. Anke skulle ikke lenger fremsettes direkte til Høyesterett, men til lagmannsretten. Formålet var å redusere arbeidsbelastningen i Høyesteretts kjæremålsutvalg og sikre en reell toinstansordning, jf. Ot.prp. nr. 7 (1989–1990) side 3–4. Da proposisjonen om endring av konkursloven § 72 ble behandlet i justiskomiteen, foreslo komiteen at rettsmiddelet for å angripe kjennelser om konkursåpning heretter skulle være *kjæremål* til lagmannsretten. Bakgrunnen var at kjæremål normalt kunne behandles raskere enn anke og dermed lette lagmannsrettens arbeidsbelastning, jf. Innst. O. nr. 14 (1989–1990) side 2–3. En eventuell betydning for kretsen av hvem som hadde hatt ankerett, ble ikke kommentert i innstillingen.
- (29) Etter denne lovendringen gjaldt den alminnelige bestemmelsen i tvistemålsloven § 396 om kjæremål over kjennelser:
- "Kjennelse eller beslutning kan påkjæres av enhver som avgjørelsen rammer, med mindre den kan påankes eller vedkommende kan bruke den som ankegrunn eller den etter sin art eller etter særlig lovregel er uangripelig."**
- (30) Det nærmere innholdet av § 396 kommer jeg tilbake til. Men jeg nevner at i 2003 tolket Borgarting lagmannsrett denne bestemmelsen slik at en kreditor kunne anke over en kjennelse om konkursåpning, jf. RG-2003-851.
- (31) Etter at tvisteloven av 2005 avløste tvistemålsloven med virkning fra 2008, reguleres det tidligere kjæremålet – nå anke over kjennelse – og anke over dom samlet i § 29-8, som har tittelen "Partsstilling" og lyder slik:
- "(1) Partene i søksmålet kan anke rettslige avgjørelser for å oppnå endring i sin favør. Den som vil bli berørt av endringen, skal gjøres til motpart.**
- (2) Avgjørelser som gjelder prosessuelle plikter eller rettigheter for noen som ikke er parter i søksmålet, kan ankes også av disse. De må ved anke fra andre gjøres til ankemotparter."**
- (32) Etter denne bestemmelsen er det altså i utgangspunktet bare partene i søksmålet som har ankerett. I hvilken grad dette var en realitetsendring sammenlignet med tvistemålsloven, kommer jeg tilbake til.
- (33) Ved endringslov 22. april 2016 fikk konkursloven § 72 den ordlyd den har i dag, som jeg allerede har sitert. Dermed er formuleringen den samme som i tvistemålsloven § 396, det vil si "enhver som avgjørelsen rammer".
- (34) *Forarbeidene* til endringsloven er meget knappe. Det skyldes at endringene ble foreslått i en proposisjon som tok sikte på å rette feil og inkurier, og ikke var gjenstand for alminnelig høring, jf. Prop. 36 L (2015–2016) side 4. Om den endringen som har betydning i vår sak, heter det:

"Det foreslås tilføyet et nytt [andre] ledd første punktum om at kjennelse om konkursåpning kan ankes av enhver som avgjørelsen rammer. Endringen har bakgrunn i at tvisteloven § 29-8 annet ledd første punktum synes å stenge for at en fordringshaver som ikke er konkursrekvirent kan anke en kjennelse om konkursåpning. Etter tvistemålsloven § 396, jf. konkursloven §§ 149 og 152, kunne en kjennelse om konkursåpning påkjæres av enhver som avgjørelsen rammet. Borgarting lagmannsrett kom i kjennelsen inntatt i RG-2003-851 til at en som pretenderte å være fordringshaver, kunne påkjære en kjennelse om konkursåpning. Det ble understreket at det grunnleggende kravet om rettslig interesse gjaldt i tillegg. Lagmannsretten uttalte blant annet at fordringshavere kan ha en legitim og rettslig interesse i å påkjære en konkursåpning som ikke er angrepet av skyldneren. Kjæremål over lagmannsrettens kjennelse ble forkastet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i kjennelse 22. mai 2003 (HR-2003-646-1).

Det synes ikke å være en tilsiktet endring ved vedtakelsen av tvisteloven at fordringshavere som ikke er konkursrekvirenter ikke lenger skal ha adgang til å anvende rettsmiddel mot en kjennelse om konkursåpning. En slik adgang foreslås derfor presisert i konkursloven § 72 [andre] ledd nytt første punktum."

- (35) Det fremgår at formålet med å endre konkursloven § 72 andre ledd var å gjeninnføre rettstilstanden som den nevnte avgjørelsen av Borgarting lagmannsrett i 2003 hadde lagt til grunn, slik at kreditorer fortsatt skulle ha ankerett. Den endrede bestemmelsen fikk samme ordlyd som tvistemålsloven § 396, som lagmannsretten hadde bygget på.
- (36) Etter dette må jeg legge til grunn at det ikke foreligger noen holdepunkter for at man i 2016 ønsket å innføre en videre ankerett enn det som fulgte av tidligere rett. Det betyr imidlertid ikke at konkursloven § 72 dermed ble begrenset til bare å omfatte ankerett for kreditorer, som var det uttrykkelige formål med lovendringen, og ikke for andre, eksempelvis aksjonærer.
- (37) *Nærmere om tvistemålsloven § 396*
- (38) Uttrykket "enhver som avgjørelsen rammer" i tvistemålsloven § 396 omfattet som hovedregel partene, men etter omstendighetene også en tredjemann "som avgjørelsen går imot", slik som vitner ved avgjørelse om vitneplikt, spørsmål om bevisfremleggelse og lignende, jf. blant annet Alten, Tvistemålsloven, 1954, side 386 og Schei, Tvistemålsloven, Bind II, 1990, side 342.
- (39) Tvisteloven § 29-8 har videreført hovedregelen om at det er partene i søksmålet som kan anke, med mindre det foreligger særskilt hjemmel for noe annet. Og etter andre ledd kan avgjørelser som gjelder "prosessuelle plikter eller rettigheter for noen som ikke er parter i søksmålet", ankes av disse. I NOU 2001: 32 B Rett på sak side 772–773 nevner Tvistemålsutvalget i denne forbindelse avgjørelser om plikt til å gi tilgang til bevis og plikt til å avgi forsikring mv. og fremhever at ankerett da vil foreligge "ved avgjørelser som går slike tredjepersoner imot". Lignende synspunkter fremkommer i særmerknaden til § 29-8 andre ledd i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 474.
- (40) Etter dette legger jeg til grunn at den nåværende ankeadgangen etter tvisteloven § 29-8 er den samme som fulgte av tvistemålsloven § 396. Tredjepersoner kan anke avgjørelsen så langt den gjelder deres prosessuelle rettigheter og plikter – men heller ikke lenger, jf. Schei m.fl., Tvisteloven, 2. utgave, 2013, side 1029. At en avgjørelse berører eller har negativ virkning for tredjemanns reelle interesser, ga ikke ankerett etter tvistemålsloven, og gjør det heller ikke nå. Jeg finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette, utover å

bemerke at etter alminnelige sivilprosessuelle regler ville dermed en tredjemann som utgangspunkt ikke ha ankerett i egenskap av kreditor eller aksjonær.

- (41) Dette utelukker selvsagt ikke at særlovgivningen – herunder konkursloven – kan inneholde andre regler. Men det er grunn til å merke seg at de alminnelige utgangspunktene i sivilprosessen ikke gir støtte for en vidtgående tolkning av særregler om ankerett.
- (42) *Konkursretten*
- (43) Jeg ser så nærmere på konkursloven § 72. Rettspraksis etter denne bestemmelsen gir ikke noe entydig bilde av hvem som har ankerett. Som jeg kommer tilbake til, er praksis noe mer vidtgående enn de sivilprosessuelle reglene isolert sett skulle tilsi. Jeg viser i denne sammenheng til at konkursloven § 149 fastslår at tvistelovens regler gjelder så langt de passer og ikke annet er bestemt.
- (44) Som nevnt ble det allerede i utgaven av Hagerups Konkurs- og akkordforhandling fra 1932 lagt til grunn at *kreditorer* hadde ankerett, selv om utgangspunktet i sivilprosessen var at bare parter kunne anke. Etter endringen av konkursloven § 72 i 2016 er det klart at kreditorer har ankerett når det er åpnet konkurs.
- (45) Etter mitt syn er dette ingen vidtgående utvidelse sammenlignet med det sivilprosessuelle utgangspunktet. Kreditorerne er en direkte aktør i konkurs og kan på mange måter sammenlignes med en part. De har en rekke rettigheter og plikter under konkursbehandlingen, jf. konkurslovens andre del. Ikke minst vil fristdagen, det vil si dagen da begjæringen om åpning av konkurs kom inn til tingretten, jf. dekningsloven § 1-1, være avgjørende for spørsmål om omstøtelse av debtors disposisjoner. Utvidelsen av ankerett til å omfatte kreditorer kan derfor ses som en tilpasning til de særlige forhold i konkurs.
- (46) Høyesteretts kjæremålsutvalg har i to avgjørelser vurdert ankerett for *styre eller styremedlemmer*. I Rt-1991-1386 ble det godtatt at et tidligere styre kunne påanke en kjennelse om konkursåpning. Det ble lagt vekt på styrets åpenbare interesse i å unngå faktisk defamerende virkninger av konkurs samt risikoen for konkursskarantene. Vurderingen skjedde med utgangspunkt i tvistemålsloven § 54 om rettslig interesse, og styrets egen interesse ble trukket inn. I Rt-2006-1567 avsnitt 16-17 kom kjæremålsutvalget til at et tidligere medlem av styret kunne påkjære en kjennelse om konkursåpning begrunnet i egen interesse, men kjæremålet måtte da fremsettes i eget navn.
- (47) Disse to kjennelsene inneholder ingen nærmere drøftelse av forholdet til utgangspunktet i sivilprosessen. Den rettslige forankring synes begrenset til spørsmålet om det forelå rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54, og avgjørelsene er basert på en helhetsvurdering av alle virkninger, både faktiske og rettslige, herunder mulige vidtrekkende konsekvenser som konkursskarantene og straffansvar utløst av en konkursåpning. Avgjørelsene om styremedlemmer viser at også andre enn kreditorer kan ha ankerett, men gir under enhver omstendighet ikke synderlig veiledning for spørsmålet om hvor vidt kretsen av ankeberettigede skal trekkes.
- (48) *Ankerett for aksjonær?*
- (49) Dette fører over til sakens hovedspørsmål – om en *aksjonær* har ankerett.

- (50) Sønnerberg AS har anført at formuleringen "enhver" i konkursloven § 72 taler for at flere grupper enn kreditorene, herunder aksjonærer, må ha ankerett. Uttrykket ville ellers være overflødig. Det er jeg ikke enig i. Som nevnt foran ble § 72 endret i 2016 ved simpelthen å gjeninnføre ordlyden i tvistemålsloven § 396. Den bestemmelsen rakk videre enn konkurssakene og omfattet blant andre vitner og sakkyndige. Det ble ikke foretatt noen nærmere drøftelse av hvem som skulle ha ankerett ved konkursåpning. Valget av formulering den gang gir derfor ikke veiledning her.
- (51) Borgarting lagmannsrett har i en kjennelse av 26. april 2018 (LB-2018-57264) lagt til grunn at "aksjonærer må anses å rammes av en avgjørelse om konkursåpning i selskapet", jf. konkursloven § 72 andre ledd første punktum. Men det fremgår at ingen av partene bestred denne tolkningen, og avgjørelsen inneholder derfor ingen nærmere drøftelse av spørsmålet.
- (52) For øvrig er det ikke fremlagt noen rettsavgjørelser som bygger på ankerett for aksjonærer. Derimot har lagmannsrettene i noen tilfeller kommet til at en aksjonær ikke har ankerett. Disse avgjørelsene er imidlertid ikke forankret i konkursloven § 72. I to av dem vises det til avgjørelser av Høyesterett hvor søksmål fra aksjonærer i konkursbo ble avvist fordi de ikke hadde rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54 i å reise sak om selskapets forpliktelser, jf. Rt-1975-1166 og Rt-1987-590. Dette er en annen situasjon og illustrerer igjen at rettskildebildet er sammensatt.
- (53) Sønnerberg AS anfører at aksjonærene har økonomisk interesse i utfallet av konkursbehandlingen, siden aksjene vil bli verdiløse. Den eneste muligheten til å bevare verdier, er å unngå konkurs i håp om at situasjonen bedrer seg. Anken bygger på en forutsetning om at konkursboet til Gardermoen Residence AS er solvent fordi det angivelig skal foreligge aktiva som vil tilfalle boet. Sønnerberg AS gjør videre gjeldende at i selskaper med én stor aksjonær eller få aksjonærer, vil disse bli assosiert med selskapet, noe som etter omstendighetene kan ha en faktisk defamerende virkning, jf. konkursloven § 144 om at aksjonærer med mer enn 20 prosent av aksjene de siste fem år før konkurs skal registreres i Konkursregisteret.
- (54) Til det siste bemerker jeg først at Sønnerberg AS hadde 18 prosent av aksjene i Gardermoen Residence AS, slik at det ikke er grunnlag for slik registrering i denne saken. Mer generelt har jeg vanskelig for å se at registrering i Konkursregisteret i seg selv vil ha defamerende virkning, når bakgrunnen for registreringen kun er aksjepostens størrelse. Situasjonen er en helt annen enn ved konkursskarantene for blant annet styremedlemmer på grunnlag av straffbare handlinger eller uforsvarlig forretningsførsel, jf. konkursloven kapittel XVIII.
- (55) For øvrig gjelder anførselene til Sønnerberg AS i det store og hele faktiske virkninger for aksjonærene. Jeg bemerker at også andre kan bli berørt rent faktisk av en konkursåpning, for eksempel ansatte og forretningsforbindelser. Virkningen for aksjonærene er dessuten avledet av den eierinteresse de har i selskapet. Etter mitt syn er det ikke naturlig at slike indirekte konsekvenser faller inn under uttrykket "rammer" i konkursloven § 72. Jeg viser til det jeg foran har sagt om dette.
- (56) Lagmannsretten la også vekt på hensynet til sammenhengen i rettssystemet og fremhevet at aksjelovens kompetansefordeling mellom selskapsorganene og aksjonærene taler mot en

ankerett for aksjonærene. Jeg er i og for seg enig i at særlig den uttrykkelige bestemmelsen i aksjeloven § 6-18 om at det er styret som har kompetanse til å fremsette begjæring om konkursbehandling for selskapet, kan sies å tale mot utvidet ankerett. På den annen side er det – som påpekt av Sønnerberg AS – strengt tatt ikke noen nødvendig sammenheng mellom på den ene side lovens regulering av adgangen til å anke på vegne av boet, og på den annen side en eventuell adgang for aksjonærene til å anke i egen interesse og i eget navn. Også Gardermoen Residence AS' anførsler om at en utvidelse av ankeretten til aksjonærer vil medføre et stort antall anker fra denne gruppen, er beheftet med usikkerhet. Jeg legger derfor ikke avgjørende vekt på dette prosessøkonomiske hensynet.

- (57) Det er også gjort gjeldende at en ankerett for aksjonærer bør tillates av rettssikkerhetsgrunner, siden et styre kan begjære oppbud på mangelfullt grunnlag. Skyldnerens egen erkjennelse etablerer en presumsjon for insolvens, jf. konkursloven § 62, og begjæringen om oppbud vil dermed stort sett bli tatt til følge. Men som nevnt innebærer ordlyden "rammer" i konkursloven § 72 visse begrensninger, slik som i tvistemålsloven. Jeg viker derfor tilbake for å tillegge slike reelle hensyn avgjørende vekt. Misbruk må eventuelt motvirkes ved andre rettslige skritt, for eksempel ved erstatnings søksmål.
- (58) Etter dette blir min konklusjon at en aksjonærs andel i et selskaps interesser og den betydningen selskapets økonomiske situasjon har for aksjonæren etter en konkursåpning, ikke i seg selv er tilstrekkelig til å gi ankerett etter konkursloven § 72.
- (59) Slik denne sak ligger an, er det ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om betydningen av tvisteloven § 1-3 om rettslig interesse ved anke over konkursåpning.
- (60) *Ankerett som kreditor?*
- (61) På bakgrunn av forhistorien til konkursloven § 72 anser jeg det klart at kreditorer kan anke over en kjennelse om konkursåpning. Det fremgikk uttrykkelig av forarbeidene til endringen i 2016 at formålet var å fastslå at en slik avgjørelse "rammer" kreditorene. Som nevnt var det ikke tema for lagmannsretten.
- (62) Sønnerberg AS anfører at selskapet har et udekket krav på 20 000 kroner mot Gardermoen Residence AS, som bestrider at det foreligger en slik fordring.
- (63) Borgarting lagmannsretts kjennelse i 2003 fant det som tidligere gjengitt avgjørende hvorvidt den som anket en kjennelse om konkursåpning, "pretenderte" å være fordringshaver. Også proposisjonen til endringen av konkursloven § 72 i 2016 bygget på dette synspunktet. Jeg bemerker derfor at pretensjonen som hovedregel bare skal legges til grunn ved avgjørelsen av om prosessforutsetninger er oppfylt for så vidt gjelder det krav saken gjelder, mens retten for øvrig ved avgjørelsen av om saken skal fremmes, må bygge på det faktum som den finner mest sannsynlig, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, 2017, side 254. En alminnelig bevisvurdering blir dermed avgjørende her.
- (64) Gardermoen Residence AS har anført at det må oppstilles et skjerpet krav til bevis når en kreditor anker, siden det ellers blir for lett å skaffe seg ankeposisjon. Slik vår sak ligger an, kommer spørsmålet ikke på spissen.
- (65) Det fremgår av en e-postutveksling 20. februar 2017 mellom de tre daværende aksjonærer at det ble foreslått at Sønnerberg AS skulle "låne inn" 20 000 kroner til delvis dekning av

en faktura. Et betalingsbilag med tittelen "Aksjonærlån" viste at selskapet betalte beløpet 23. februar 2017, og det ble registrert som mottatt neste dag på Gardermoen Residence AS' kontoutskrift. Av hovedbokutskrift for Sønnerberg AS for 2017 fremgår at betalingen ble bokført som "Lån til Gardermoen Residence AS". Det ble ikke ført regnskap hos Gardermoen Residence AS. I denne situasjonen må Gardermoen Residence AS ha bevisbyrden for at det likevel ikke foreligger et lån. Det er også grunn til å merke seg at to andre aksjonærer etter det opplyste har fått tilsvarende innlån tilbakebetalt. Etter dette vinner Sønnerberg AS frem med at selskapet har et krav på 20 000 kroner.

- (66) Gardermoen Residence AS gjør subsidiært gjeldende at selv om Sønnerberg AS anses som kreditor, foreligger likevel ikke ankerett, siden selskapet også er aksjonær. Det anføres at selskapet i en slik situasjon ikke har et "reelt behov" for ankerett. Dette har ingen klar rettslig forankring, og jeg har vanskelig for å følge et slikt resonnementet om at det forhold at selskapet har to posisjoner, gjør at den ene interessen må fortrenge den andre.
- (67) Min konklusjon blir etter dette at Sønnerberg AS har ankerett over kjennelsen om åpning av konkurs i Gardermoen Residence AS, jf. konkursloven § 72 andre ledd første punktum, slik at lagmannsrettens avvisningskjennelse må oppheves og anken fremmes for lagmannsretten.
- (68) Sønnerberg AS har vunnet saken og tilkjennes sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2. Det er fremlagt sakskostnadsoppgave, jf. § 20-5. Kravet er på 424 216 kroner, hvorav 300 000 kroner er salær til prosessfullmektigen, med tillegg av 75 000 kroner i merverdiavgift. Salæroppgaven legges til grunn. I tillegg kommer rettsgebyr for anke over kjennelse på 6 900 kroner.
- (69) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves, og anken fremmes for lagmannsretten.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Gardermoen Residence AS til Sønnerberg AS 403 516 – firehundreogtretusenfemhundreogseksten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

- (70) Dommar **Høgetveit Berg:** Eg er i hovudsak og i resultatet samd med fyrstvoterande.
- (71) Dommer **Normann:** Likeså.
- (72) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (73) Justitiarius **Øie:** Likeså

(74) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves, og anken fremmes for lagmannsretten.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Gardermoen Residence AS til Sønderberg AS 403 516 – firehundreogtretusenfemhundreogseksten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.