

**Forholdet mellom berikelse og tap
i dekningslova § 5-11 og § 5-12 –
særlig om omstøtelsekravet sitt omfang**

**Kandidatnummer: 182883
Veileiar: Henrik Nygaard**

Til saman 14416 ord

Innholdsfortegnelse

1	INNLEIING	4
1.1	TEMA.....	4
1.2	AVGRENSING.....	4
1.3	FRAMSTILLINGA VIDARE.....	4
2	HISTORIKK	4
3	NÆRARE OM PROBLEMSTILLINGA	6
4	RETTSLEG UTGANGSPUNKT VED OMSTØTELSE ETTER DEKNINGSLOVA	
KAPITTEL 5	7
4.1	DEI ULIKE TYPETILFELLA AV OMSTØTELSE.....	7
4.2	SAMANHENGEN MELLOM DEI OBJEKTIVE OMSTØTELSESEGLANE OG DEKNINGSLOVA § 5-9.8	
4.3	FRISTAR	8
4.4	VERKNADEN AV OMSTØTELSE	9
5	NÆRARE OM "BERIKELSE" I DEKNINGSLOVA § 5-11	9
5.1	HOVEDREGELEN I § 5-11(1)	9
6	INNEHOLD "BERIKELSE" I § 5-11 EIN TAPSAVGRENSING	11
6.1	RETTSPRAKSIS.....	12
6.2	SYSTEMET I REGELVERKET – FORHOLDET TIL KONKURSBOETS ØKONOMISKE TAP.....	12
6.3	FORHOLDET TIL DEN ALMINNELEGE BERIKELSESLÆRA	14
6.4	REELLE OMSYN	14
6.5	JURIDISK TEORI.....	15
6.5.1	Huser	15
6.5.2	Andenæs.....	15
6.6	KONKLUSJON.....	15
6.7	NÆRARE OM UNNTAKET I DEKNINGSLOVA § 5-11(1) 2.PKT.	16
6.8	MEDFØRAR REGELEN I DEKNINGSLOVA § 5-11(1)2. PKT AT BERIKELSEN ALDRI KAN BLI STØRRE ENN BUETS TAP.	17
7	NÆRARE OM "TAP" I DEKNINGSLOVA § 5-12	18
7.1	HOVEDREGELEN I DEKNINGSLOVA § 5-12(1).....	18
8	INNEHOLD §5-12 EIT BERIKELSESELEMENT?	19
8.1	LOVTEKST.....	19
8.2	FORARBEID.....	19
8.3	RETTSPRAKSIS.....	20
8.4	JURIDISK TEORI.....	21
8.4.1	Andenæs.....	21
8.4.2	Tore Sandvik	21
8.4.3	Tendensen i juridisk teori	21
8.5	REELLE OMSYN	21
8.6	REGLANE I SVERIGE OG DANMARK.....	22
8.7	KONKLUSJON.....	23
9	REFLEKSJONAR OVER GJELDANDE RETT	23
10	FORHOLDET MELLOM SUBJEKTIV OMSTØTELSE OG REGLANE I STRAFFELOVA OM KREDITORBEGUNSIGELSE	24
10.1	UTILBØRLEG MEDVERKNAD STRAFFBART	25
11	FORHOLDET MELLOM SUBJEKTIV OMSTØTELSE OG AKSJELOVGJEVNINGA ..	26
11.1	AKSJESELSKAPSLOVA.....	26
12	FINNAST DET EIN GENERELL HEIMEL FOR VINNINGSAVSTÅINGSKRAV I DAGENS GJELDANDE RETT ELLER EIN ULOVFESTA REGEL OM BERIKELSE?	28

12.1	LOV OM HENDELEGE EIGEDOMSHØVE	28
12.2	RETTSPRAKSIS	28
12.2.1	Rt-1966-305.....	28
12.2.2	Trollheimsdommen	29
12.2.3	Birgoddommen	30
12.2.4	KLM dommen	31
12.2.5	Rt.2011.228.....	32
12.2.6	Slutningar av rettspraksis.....	33
12.3	JURIDISK TEORI	33
12.3.1	Erik Monsen	33
12.3.2	Lasse Simonsen	34
12.4	OMLIGGANDE RETTSOMRÅDER.....	35
12.4.1	Verdipapirhandellova.....	35
12.4.2	Konkurranselova	36
12.4.3	Høringsuttalelse om styrking av industrielle rettigheitar	36
12.5	REELLE OMSYN	37
12.6	RETTSKJELDEBILETE	37
13	ER DET TID FOR REVISJON AV DEKNINGSLOVA.....	38
14	LITTERATUR	40
14.1	LITTERATUR.....	40
14.2	LOVER.....	40
14.3	FORARBEID.....	41

1 Innleiing

1.1 Tema

Eg vil i denne masteravhandlinga ta føre meg forholdet mellom rettsverknadane av omstøtelse i dekningslova §§ 5-11 og § 5-12. Eg vil ha fokus på skilnaden mellom dei to bestemmelsane og korleis disse to bestemmelsane medfører konsekvensar for omstøtelsekravet sitt omfang. Eg vil søkje å belyse om ordlyden i dekningslova § 5-11 og § 5-12 førar til urimeleg utslag i dei tilfella der berikelsen er større enn boet sitt tap. Dersom dette faktisk er tilfelle vil eg spørje om det finnast andre krav ein kan oppstille enn eit reint omstøtelsekrav. Til slutt vil eg sjå på om ein har ein hensiktsmessig rettstilstand på dette området.

Årsaken til at eg valgt dette temaet er fordi dette er eit spørsmål som ikkje er teke eintydig stilling til i rettspraksis.

1.2 Avgrensing

Eg avgrensar oppgåva til å omhandle omstøtelseskravet sitt omfang etter dekningslova § 5-11 og § 5-12. I dette ligg det at eg ikkje vil ta føre meg lempingsreglane, gjennomføringen av omstøtelseoppgjøret, tilbakeføring og omstøtelse i forhold til tredjemenn som er nedfelt i tilsvarande bestemmelsar. Eg vil heller ikkje sjå på omstøtelsekravets omfang etter andre lover.

1.3 Framstillinga vidare

I denne oppgåva vil det bli stilt ulike delspørsmål for å belyse problemstillinga mi. Eg vil først sjå på om det er åtgang til å innfortolke ei tapsavgrensing i dekningslova § 5-11, for så å snu på det å sjå om det finnast eit berikelseelement i dekningslova § 5-12. Deretter vil eg sjå på om det er åtgang til å oppstille eit vinningsavståelsekrav på ulovfesta grunnlag, for til slutt å forsøkje å konkludere med kva den mest hensiktsmessige rettslege løysinga vil vere.

2 Historikk

Reglane om omstøtelse har sitt opphav langt tilbake i tid. For å få den rette forståinga av reglen synast det hensiktsmessig å ha ein kort gjennomgang av den historiske utviklinga av dei objektive og subjektive reglane om omstøtelse.

Det første sporet vi har av reglar om omstøtelse hadde vi i NL-5-13-44. Føresegna sitt første ledd fastslo at ein ønskte at partane skulle avlegge ein partsed. Ein måtte ved inngåelse av avtalar bekrefte ovanfor kvarandre at ein ikkje prøvde å bedra den andre part, og ein måtte erklære at ein ikkje var insolvent. Om ein braut med denne partseden, kunne den andre part hevde seg ubunden av avtalen.

Bestemmelsen sitt andre ledd gav uttrykk for objektive omstøtelsesreglar når det gjeld ”Gåve, Kiøb” eller andre disposisjonar til nærstande personar.¹

Når Concursloven av 1863² blei vedteken blei det innteke reglar om objektiv omstøtelse, men ingen lovfesta regel om subjektiv omstøtelse. I rettspraksis oppsto det eit spørsmål om subjektiv omstøtelse no var utelukka då lovgjevar kunn hadde lovfesta åtgangen til omstøtelse på objektivt grunnlag.

Dette blei ikkje akseptert av b.a. juristen Bernhard Getz som uttala i ein artikkel at subjektiv omstøtelse var ”en Hovedregel om Omstøtelse af svigagtige Retshandler” som hadde sitt grunnlag i den romerske regelen *actio pauliana*. Han arbeidde med å endre rettstilstanden noko som førte til at domstolane etterkvart såg på NL 5-13-44 som ein regel om omstøtelse av ”bedragelige transaksjoner overfor kreditorene” og såleis ein heimel for å omstøte disposisjonar på subjektivt grunnlag. I seinare tid, før dekningslova blei vedteken, var den rådande oppfatning at subjektiv omstøtelse på grunnlag av *actio pauliana* var alminneleg sedvanerett.

Når det gjaldt omfanget av omstøtelsekravet fastslo Concurslova av 1863 § 42 at ved omstøtelse av gave ”skal det mottatte gis tilbake eller dets verdi erstattes.” Vidare slo § 44 fast at dersom nokon fordringshavarar har fått oppgjær skal ”fordringshaveren tilbakegi til boet det mottatte eller dets verdi”, og ved pant for eldre gjeld slo § 45 fast at da ”skal fordringshaveren erstatte boet den derved forvoldte skade”.

Det var likevel ikkje dette lovgjevar ønskte å formidle i føresegnene, ein ønskte at ved objektiv omstøtelse skulle medkontrahenten tilbakeføre berikelsen. Dette kom til uttrykk gjennom at i dei overnemnte paragrafar tok inn at buet måtte erstatte utgifter som var påført medkontrahenten i samband med disposisjonen.

Dette blei også fylgt opp av i juridisk teori. Brækhus uttala følgjande om omfanget av omstøtelsekravet

”Som ved objektiv omstøtelse må kravet gå ut på tilbakeføring *in natura*, subsidiært pengeerstatning. I begge tilfeller må kreditorene(boet) holdes helt skadesløse; medkontrahenten har utvist erstatningsbetingende skyld og *beskyttes ikke av noen berikelsesgrense.* ”³ (min kursivering)

Dette blei også slått fast i Rt. 1883.7 der Høgsterett føresetnadsvis uttala at ved objektiv omstøtelse kunne buet krevje berikelsen tilbake. Og likeleis skulle ein ved omstøtelse på subjektiv grunnlag halde buet heilt ”skadesløse”⁴. Om dette uttala Høgsterett i Rt.1883.7 at buet ville kunne krevje full erstatning , *ikkje berre fraleggelse av berikelsen*, hvis det hadde foreligget bedrageriske forhold slik at NL - 5-13-44 hadde kome i bruk.⁵

Ein ser såleis at føresegnene i dekningslova om rettsverknadane av omstøtelse har solid forankring og er reglar som har eksistert lenge på område. Vidare ser ein at

¹ Sjå heile bestemmelsen sitert i Huser s. 457

² Lov til 6 juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling

³ Brækhus s.156

⁴ Brækhus s. 156

⁵ Sjå Brækhus. 130-131

fokus ved actio pauliana var at kravet ikkje var avgrensa til eit berikelsekrav, men gjekk utover dette.

3 Nærare om problemstillinga

Eg vil ta opp tre hovudproblemstillingar;

Den første problemstillinga som vil bli behandla i denne oppgåva er nær knytt opp til problemstillinga som blir teken opp i Bruvikdommen⁶.

Det høgsterett gjer i Bruvikdommen er å peike på nettopp den situasjonen der berikelsen er større enn buets tap. Høgsterett uttalar følgjande;

”er situasjonen unntaksvis slik at at mottakerens berikelse er større en boets tap, kan det hevdes å være urimelig dersom mottakeren får en videre tilbakebetalingsplikt når omstøtelsesesen skjer på objektivt grunnlag enn når den skjer på subjektivt grunnlag.”⁷

Høgsterett tok derimot ikkje standpunkt til dette spørsmålet, ettersom berikelsen ikkje var større enn buets tap i det konkrete tilfellet. Førstevoterande uttalar at ” Ut i fra beregningen av berikelsen som jeg er kommet frem til i vår sak, kan jeg imidlertid ikke her se at det er tilstrekkelig grunnlag for å beregne boets tap til noe mindre beløp, og jeg ser da ikke grunn til å ta stilling til det generelle spørsmål. ” Eg kan ikkje sjå at Høgsterett seinare har behandla dette generelle spørsmålet.

Når eg behandlar dette spørsmålet i oppgåva mi vil eg også vurdere unntaksbestemmelsen om utbytte i dekningslova § 5-11(2) pkt.

Rundt dette spørsmålet er det omfanget av omstøtelsekravet som vekkar interesse. Det at rettsverknadane er todelt i dekningslova førar til store skilnader på omstøtelsekravet sitt omfang. Det er denne todelinga som skapar ulike konsekvensar ved omstøtelse og som reiser mange spørsmål som er relevante i denne avhandlinga.

Den andre hovedproblemstillingen gjelder typetilfellet der medkontrahenten som har opptrådt utilbørlig sitter att med ein gevistsom er større enn buets tap.

Kva med den godtruande part som ikkje har utvist skyld? Må han tilbakeføre meir enn den ondtruande, dersom disposisjonen blir råka av dei objektive omstøtelsesreglane?

Dersom dette er tilfellet, kan skyldnaren og medkontrahenten tjene på å spekulere i omstøtelsesfristane?

Konsekvensen av ein slik systematikk vil lett kunne bli at skyldnaren og medkontrahenten føretek disposisjonar som i tid ikkje kan råkast av dei objektive

⁶ Rt.1996.1647

⁷ Rt.1996.1647 s. 1665

omstøtelsesreglane, for så og føreta investeringar som førar til avkastning for mottaker som overstiger boets økonomiske tap, jf dekningslova §5-12

Er det slike konsekvensar omstøtelsesreglane i dagens dekningslov kan gje? Sandvik⁸ la til grunn at i slike tilfeller skulle også berikelsen tilbakeføres til boet, og eg vil se om det er grunnlag for å krevje dekning der berikelsen til mottaker overstiger det som normalt betegnes som boets økonomiske tap.

Den tredje problemstillingen er om det foreligger andre regelsett som som gir grunnlag for en tilbakeføring eller inndraging av mottakers berikelse, der det foreligger utilbørlige forhold. Eg vil her sjå blant annet forholdet til strafferetten og som det er grunnlag for bygge eit krav på en ulovfestet regel om berikelse.

4 Rettsleg utgangspunkt ved omstøtelse etter dekningslova kapittel 5

4.1 Dei ulike typetilfella av omstøtelse

Dekningslova regulerar omstøtelesetilfella i lova sitt kapittel 5. Her er reglane organisert slik at dei objektive omstøtelsetilfella er regulert i §§ 5-2 til 5-8⁹, medan subjektiv omstøtelse er regulert i dekningslova § 5-9. Dei objektive omstøtelsesreglane rammar gaver, ekstraordinær betaling, motrekning og sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Dette er typetilfeller som lovgjevar har meint er dei mest praktiske og har såleis valgt å lovregulere disse.

Ein ser lovgjevar har særleg regulert disposisjonar som konkursdebitor har utført til sine nærstående som omstøtelege innanfor eit vist tidsrom. Dette er motivert av at konkursdebitor som oftast ønskjer at sine nærmaste skal bli tilgodesett dei midlane han faktisk har att, ikkje kreditorar som han ikkje har noko særleg forhold til.

Slike disposisjonar rammar kreditorfellesskapet hardt, ettersom midlane til fordeling blir redusert. Lovgjevar har såleis valgt at slike disposisjonar skal omstøtast på objektivt grunnlag uavhengig av skyld. Mottakar kan vere i fullstendig god tru og ikkje utvist noko klanderverdig opptreden, men likevel vil han kunne måtte tilbakeføre det mottekne som er i behald til konkursbuet etter reglane i dekningslova § 5-11.

På den andre sida har ein dekningslova § 5-9 som regulerar omstøtelse på subjektivt grunnlag. Føresegna regulerar tilfella der mottakar av disposisjonen har gått fram på ein utilbørlig måte og utvist skyld rundt skyldnarens insolvens. Regelen er utforma som ein sikkerheitsventil i tilfelle disposisjonen ikkje lar seg ramme av dei objektive omstøtelsesreglane. Men føresegna kan også benyttast der forholda er av ein slik karakter at den fell innunder dekningslova § 5-9 uavhengig av om forholdet kunne ha vore ramma av dei objektive omstøtelsesreglane.

⁸ Sandvik s. 72

⁹ Eg vil ikkje ta føre meg problemstillinga om dekningslova § 5-6 inneheld subjektive element.

4.2 Samanhengen mellom dei objektive omstøtelsesreglane og dekningslova § 5-9.

Dekningslova § 5-9 slår fast at

”Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.”

Det er hensiktsmessig å gå inn på vilkåret ”utilbørlig” for å illustrere den nære sammenhengen mellom dei objektive reglane om omstøtelse og den subjektive regel i dekningslova § 5-9.

Andenæs uttalar at ved vurderingen om kva som er ein utilbørlig kreditorbegunstigelse vil ”dei objektive omstøtelsesreglane til ein viss grad gi veiledning. De objektive omstøtelsesregler rammer disposisjoner som etter sin art formodes å innebære en utilbørlig kreditorbegunstigelse. Denne formodning har også betydning i forhold til dekningslova § 5-9. Hvis disposisjonen etter sin art omfattes av de objektive omstøtelsesregler, er det en alminnelig formodning for at den også er en utilbørlig kreditorbegunstigelse i forhold til dekningslova § 5-9.”¹⁰

Andenæs uttalar vidare at det likevel må fasthaldast ”at det i forhold til dekningslova § 5-9 må vurderast om disposisjonen er utilbørlig i det enkelte tilfelle, og at utilbørlig er et belastende begrep. Det er ingen automatikk i at en objektivt omstøtelig disposisjon også er utilbørlig i forhold til dekningslova § 5-9.”¹¹

Ein ser her at det er svært nær samanheng mellom dei objektive og subjektive reglane om omstøtelse. Det kan vere små marginer som gjer at disposisjonen fell innanfor dei objektive reglane i staden for den subjektive regelen.

4.3 Fristar

For at disposisjonane skal kunne rammast av dei objektive omstøtelsesreglane er det satt opp fristar for kva tidsrom disposisjonen må ha vore føreteken innan for at den skal kunne bli råka av reglane. Etter dekningslova § 5-2 kan gåver gitt seinare enn ett år før fristdagen omstøtast. Dersom gåva er gitt til skyldnaren sine nærstående utvidast fristen til to år før fristdagen. Og dersom gåva er over ti gonger folketrygdens grunnbeløp utvidast fristen ytterlegare til fem år før fristdagen.

I reglane om omstøtelse av ekstraordinær betaling (dekningslova § 5-5) og sikkerhetsstillelse (dekningslova § 5-7) for utlegg(dekningslova § 5-8) samt motrekning(dekningslova § 5-6) er hovudregelen at disposisjonen må ha skjedd tre månadar før fristdagen. Men også disse reglane utvidar fristen når disposisjonen har

¹⁰ Mads Henry Andenæs s. 357

¹¹ Mads Henry Andenæs s. 357- 358

skjedd til nærstående som medkontrahent. Fristen blir då som regel utvida til to år før frisdagen.

Etter dekningslova § 5-9 (2) er det slått fast at omstøtelsesfristen ved subjektiv omstøtelse er ti år. Dette er ein vesentleg lenger frist enn fristane etter dei objektive omstøtelsesreglane.

4.4 Verknaden av omstøtelse

Verknaden av objektiv og subjektiv omstøtelse er regulert i to ulike paragrafar. Rettsverknaden av objektiv omstøtelse er regulert i dekningslova § 5-11, og fastslår at den andre part skal tilbakeføre den ”berikelse” som vedkommande har motteke.

Rettsverknaden av subjektiv omstøtelse er regulert i dekningslova § 5-12, og fastslår at den andre part skal tilbakeføre det ”tap” buet har hatt.

Eg vil i forsettinga gjere greie for innhaldet i disse to bestemmelsane og peike på konsekvensar som todelinga i dekningslova førar til.

5 Nærare om ”berikelse” i dekningslova § 5-11

5.1 Hovedregelen i § 5-11(1)

Det synas no hensiktmessig å gjennomgå utgangspunktet for utmålinga av ”berikelsen” i dekningslova § 5-11.

Buet sitt krav ved subjektiv omstøtelse er regulert i dekningslova § 5-11 og slår fast at ”dersom vilkårene for omstøtelse etter §§5-2 til 5-8 foreligger, kan boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon”.

Ordlyden ”berikelse” dreg i retning av at den andre part må ha blitt tilført noko som aukar vedkommande sine aktiva, og at det er dette mottakaren er pliktig til å tilbakeføre til buet dersom dei øvrige omstøtelsevilkåra er til stades.

Forarbeida uttalar at ved objektiv omstøtelse kan ”boet kreve tilbakeført medkontrahentens berikelse, se Hagerup s. 257 og Brækhus I s. 125. Det foreligger i slike tilfelle ikke bevis for skyld hos medkontrahenten. En plikt til å erstatte boet dets fulle tap ville da være en regel om objektivt ansvar som ville virke lite rimelig. [...]Fra norsk side har man sett det slik at berikelsen i gjeldende rett er et forholdsvis festnet begrep slik at det ikke er grunn til å utdype det nærmere med supplerende regler i lovteksten. For de praktisk viktigste tilfelle har det i praksis og teori utviklet seg en forholdsvis fast oppfatning av hva som omfattes av berikelsesbegrepet”.¹²

¹² NOU. 1972:20 s. 300

Forarbeida uttalar her at berikelse er eit så festa begrep i norsk rett, og går så vidare med å omtale kva som inngår normalt i ein berikelse.

Ved berekning av berikelsen uttalar forarbeida at ”dersom det er betalt vederlag for ytelsen, skal dette betalast tilbake som massekrav[...]Utgifter mottakaren har hatt skal refunderast. [...]Dersom det mottekne er gått tapt er mottakren i utgangspunktet utan ansvar, men dersom det føreligg uaktsomheit kan spørsmålet vere meir tvilsamt. [...]Er ytelsen solgt vidare til tredjemann, er berikelsen det nettobeløp mottakaren har tjent på salget. [...]Dersom ytelsen er forbrukt, oppstår buets omstøtelsekrav i surrugatet til ytelsen[...]”¹³

Bestemmelsen byggjer altså på den tradisjonelle obligasjonsrettslege lære om restutisjon av ubegrunna berikelse¹⁴.

Dette medfører vidare at ein ved utrekninga av ”berikelsen” ved omstøtelse, skal sjå på kva økonomisk situasjon den annen part hadde vore i om den omstøtelege disposisjon ikkje hadde funne stad.

Hagstrøm uttalar at omgrepet ”berikelse brukes både om grunnlag for en forpliktelse og om gjenstand og omfang av en forpliktelse. At en person har oppnådd en økonomisk berikelse, gir naturligvis ikke i seg selv en annen person et krav på å få denne berikelsen overført til seg. For at et krav på å få overført en annens berikelse skal oppstå, må det foreligge en særlig grunn for dette”.¹⁵

Hagstrøm¹⁶ uttalar også at årsaken til at ein i enkelte tilfeller har sett fokus på kva mottakaren er blitt berika med i staden for å sjå på kva det økonomiske tapet utgjer er fordi det i mange situasjonar er lettare å dokumentere kva mottakaren er berika med enn kva som utgjer hans økonomiske tap.

Når det gjeld avståelse av berikelsen i omstøtsetilfella er det ofte berikelsesavgrensingen ein har fokus på. I berikelsesavgrensingen ligg det at den andre part ikkje skal stillast noko dårlegare ved å ha mottatt den omstøtelege disposisjon. Dette vil seie at dersom delar av det mottekne er borte, skal ikkje den andre part måtte stå ansvarleg for mellomlegget.

Huser presiserar at dette fokuset er naturleg då ”fokus er på den annen parts stilling. Men sett fra boets side er det vel så viktig at § 5-11 hjemler et restitusjonskrav, og at dette kravet er lik berikelsen ”verken mer eller mindre”. Den annen part skal følgelig verken tape eller vinne på omstøtelsen”.¹⁷

Dette kjem også fram i Bruvikdommen¹⁸ som er illustrerande når det gjeld berikelseomgrepet i dekningslova § 5-11.

¹³ NOU:1972:20 s. 300

¹⁴ Huser s. 566

¹⁵ Hagstrøm s. 661

¹⁶ Hagstrøm s. 662

¹⁷ Huser s. 372

¹⁸ Rt.1996.1647

Dommen omhandla eit driftselskap, Aksel Bruvik AS, som gjekk konkurs. Aksel Bruvik AS hadde leigd eigedom av eigedomsselskapet Bruvik Eiendommer AS og hadde framleigd disse eigedommane til ein langt høgare pris. Disposisjonen som blei utført, når Aksel Bruvik AS var inni ein vanskeleg økonomisk situasjon, var at eigedomsselskapet reduserte leigesummen og ettergav store delar av sitt krav mot Aksel Bruvik AS. Denne disposisjonen blei sett på som ei gåve frå Bruvik Eiendommer AS til Aksel Bruvik AS og disposisjonen blei omstøtt etter dekningslova § 5-2.

Om berikelseomgrepet uttalar Bruvikdommen følgande:

”Ved beregningen av berikelsen etter § 5-11 må det i utgangspunktet være riktig å se på hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt - mottakeren skal fralegge seg den nettogevinst som disposisjonen har gitt.”¹⁹

Det som Høgsterett her slår fast medfører at i ein situasjon der eksempelvis den andre part mottek ein bil som dekning for sitt krav, og vidareselg denne, vil den andre part sin nettogevinst vere vederlaget han får frå salget av bilen. Dette vil då vil vere den andre part sin berikelse.

6 Inneheld ”berikelse” i § 5-11 ein tapsavgrensing

Det spørsmål som oppstår når ein ser berikelsekrava si grunngjeving i bl.a Hagstrøm og Huser, er kvifor ein har valgt å utforme utmålinga av omstøtelseskravet til ”berikelse” ved objektiv omstøtelse. Er det lettare å påvise berikelsen til mottakaren enn konkursbuets tap? Eller er det andre omsyn som gjer at ein har valgt denne løysinga?

Ordlyden i dekningslova § 5-11 gir ingen peikepinn på om ”berikelsen” skal maksimerast til buets tap.

Forarbeida uttalar at ved objektiv omstøtelse har man ”ikke kommet frem til helt overensstemmende regler i de nordiske utkast på dette område.[...]I dansk utkast er berikelsen maksimert til boets tap. Utvalget antar at det ikke er noen reell begrunnelse for en slik grense, og man har ikke tatt inn en tilsvarende begrensning i norsk utkast.”²⁰

Lovgjevar tek her tydeleg avstand frå at dansk rett gjeld tilsvarende i norsk rett.

Utsegnene i forarbeida dreg i retning av at det ikkje føreligg ein maksavgrensing tilsvarende buets økonomiske tap når ein skal utmåle kva som utgjer medkontrahenten sin ”berikelse”.

¹⁹ Rt. 1996.1647 s. 1653

²⁰ NOU. 1972:20 s. 300

6.1 Rettspraksis

I rettspraksis er det vanskeleg å finne eksempel på der spørsmålet om omfanget av omstøtelseskravet er omstridt. Difor blir Bruvikdommen²¹ spesielt illustrerande for problematikken. Høgsterett spør om berikelsen skal avgrensast til buets tap. Til dette visar Høgsterett til forarbeida sin uttaling om at ein ikkje har avgrensa berikelsen til buets tap som i dansk rett.²²

Men høgsterett stoppar ikkje med problematikken der, Høgsterett vurderar og om reelle omsyn kan tale for at ein begrensing til boets tap skal innfortolkes i § 5-11, og uttalar følgjande.

” Ved omstøtelse etter § 5-9 – subjektiv omstøtelse – er det ifølge § 5-12 tapet som skal erstattes. Vanligvis vil boets tap være større enn mottakerens berikelse, og forskjellen mellom reglene i § 5-11 og § 5-12 kan begrunnes med at det ikke er urimelig at en ondtroende mottaker får en videre tilbakebetalingsplikt enn en godtroende mottaker. Men er situasjonen unntaksvis slik at at mottakerens berikelse er større en boets tap, kan det hevdes å være urimelig dersom mottakeren får en videre tilbakebetalingsplikt når omstøtelsesesen skjer på objektivt grunnlag enn når den skjer på subjektivt grunnlag. På den annen side er altså lovens ordlyd klar, og det er også forarbeidene. Ut i fra begregningen av berikelsen som jeg er kommet frem til i vår sak, kan jeg imidlertid ikke her se at det er tilstrekkelig grunnlag for å beregne boets tap til noe mindre beløp, og jeg ser da ikke grunn til å ta stilling til det generelle spørsmål.”²³

Ein ser her at høgsterett ser at reglane sin ordlyd har mogelegheit for å gje urimelege utslag, men dei fastslår likevel at ”berikelse” i dekningslova § 5-11 ikkje inneheld eit maksbeløp tilsvarande buets tap. Høgsterett tek ikkje standpunkt til det generelle spørsmål då berikelsen ikkje var større enn buets tap i Bruvikdommen.

6.2 Systemet i regelverket – forholdet til konkursboets økonomiske tap

Høgstrett peikar også på at problemstillinga i Bruvikdommen har ei praktisk side til om det er krav om økonomisk tap ved objektiv omstøtelse. Dette spørsmålet har no fått si avklaring av høgsterett, og eg vil sjå korleis systemet i regelen slår ut i forhold til den generelle problemstillinga om eit berikelsekrav skal avgrensast til buets økonomiske tap.

Føremålet med omstøtelsesreglane er ”å beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner fra debtors side.”²⁴ Ut i frå dette utgangspunkt er det naturleg å seie at omstøtelse ikkje kan skje dersom disposisjonen som er føretatt ikkje har ført til noko tap/skade for konkursbuet.

²¹ Rt.1996.1647

²² Rt.1996.1647 s. 1654

²³ Rt. 1996.1647 s. 1654

²⁴ NOU:1972: 20 s. 281

Når det gjeld subjektiv omstøtelse kjem dette utgangspunktet fram gjennom dekningslova § 5-9 som slår fast at disposisjon som begunstiger en fordringshaver på ”*de øvriges bekostning*” eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til ”*skade for dem*” kan omstøtes. Med unntak av dekningslova § 5-5 eksisterar det ikkje noko tilsvarande tapsvilkår i ordlyden til dei objektive omstøtelsereglane.

Spørsmålet blei teken opp i NOU:1993.16 der det blei uttala følgjande;

”Spørsmålet om et tapsrekvisitt ved omstøtelse har vært lite omtalt i norsk rett. Som nevnt opptrer vilkåret kasuistisk i enkelte lovbestemmelser. Spørsmålet om et generelt vilkår er derimot ikke avklart i dekningsloven. I lovens forarbeider påpekes det at omstøtelse har til formål å ”beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner” (NOU side 281) og å ”skjære gjennom kreditorskadelige disposisjoner” (Prp nr 50 side 157). [...]Omstøtelse hvor boet ikke har lidt tap, går derfor lengre enn reglens formål skulle tilsi. Den fordel boet oppnår kan således til tider fremstå som en tilfeldig gevinst på en enkelt kreditors bekostning.[...]”²⁵

Ein ser her at utvalget klart har ønska å innføre eit generelt tapsrekvisitt ved objektiv omstøtelse, dette blei likevel ikkje fulgt opp av Odelstinget som i Ot.prp nr. 26(1998-1999) uttalar følgjande om spørsmålet;

”Departementet er kommet til at forslaget ikke bør følges opp. [...]Innføringen av et generelt tapsvilkår innebærer en innsnevring av omstøtelsesreglens rekkevidde.”²⁶

Huser sluttar seg til departementet sin oppfatning av saka og uttalar at ”ved objektiv omstøtelse oppstilles intet slikt krav(tap), noe som følger av lova sine ulike bestemmelser og formuleringer.”²⁷

Spørsmålet kom likevel opp att i Rema 1000 dommen²⁸. Saka omhandla Rema 1000 som heva franchisekontrakten med et selskap som drev kolonialforretning. Hevinga av kontrakten førte til at Rema 1000 overtok heile varelageret til innkjøpspris og ein del av driftsutstyret som motregning av Rema 1000 sitt krav mot selskapet. Tre veker seinare gjekk driftselskapet konkurs. Høyesterett ga konkursboet medhold i at salget måtte omstøtes etter dekningsloven § 5-5.

Om spørsmålet om det er eit vilkår for objektiv omstøtelse at konkursboet må ha lidt eit tap uttalar Høgsterett

”[...]Under enhver omstendighet kan den neppe tillegges særlig vekt, da det ved lovens tilblivelse klart ble presisert at det ikke skal oppstilles noe vilkår for omstøtelse at konkursboet har lidt et tap gjennom disposisjonen som ønskes omstøtt, jf. pkt. 6.1 i Ot.prp.nr.26 (1998-1999).”²⁹

²⁵ NOU.1993.16 s. 112-113

²⁶ Ot.prp.26(1998-1999) s. 153

²⁷ Huser s. 124

²⁸ Rt.2008.1170

²⁹ Rt. 2008. 1170 avsnitt 50

Med denne uttalinga slår Høgsterett for første gang fast at det ikkje er eit vilkår at buet må ha lidt eit tap for at objektiv omstøtelse skal kunne skje. Dette blir også støtta opp av Nazarian³⁰, som er einig i resultatet til Høgsterett men kritiserar rettskjeldebruken.

Ein kan såleis seie at Rema 1000 dommen sett ein sluttstrek for diskusjonen om objektiv omstøtelse er betinga av at konkursbuet har lidt eit økonomisk tap.

Systemet i reglane om objektiv omstøtelse tilseier at så lenge tap ikkje er eit vilkår for objektiv omstøtelse taler det for at det ikkje gjeld nokon tapsbegrening, der berikelseskravet overstiger boets økonomiske tap.

6.3 Forholdet til den alminnelege berikelseslæra

Som det framgår av forarbeida si behandling av kva ”berikelsen” i dekningslova § 5-11 er uttalar dei at ”berikelsen i gjeldende rett er et forholdvis festnet begrep”.³¹ Regelen byggjer såleis på den alminnelege berikelseslæra, som går ut på at når nokon har motteke ein tilfeldig fordel, har mottakaren ikkje noko rimeleg krav på å få behalde denne fordelen.³² Men ettersom det i omstøtelsestilfella ikkje er noko tilfeldig med disposisjonen, då den andre part har rett på ytinga og såleis ikkje blitt berika gjer ikkje den alminnelege berikelseslæra seg like gjeldande. Omstøtelsessituasjonane er slik at det skal skje ein ”redisturbuering til debtors kreditorer av den fordel den annen part har oppnådd ved å motta sin i og for seg berettigede ytelse, når andre med like berettigede krav på ytelser ikke har mottatt nokon tilsvarende dekning”.³³

Ein ser altså at grunnlaget for berikelseskravet er heilt anleis i omstøtelsestilfella enn i dei tradisjonelle berikelsesituasjonane som eksempelvis *condictio indebiti*. Berikelsen i eksempelvis *condictio indebiti* tilfella må restitueres etter ei rimelegheitsvurdering, som i avgrensar berikelsen sin størrelse til disponentens tap³⁴.

Når forarbeida til dekningslova § 5-11 visar til den alminnelege berikelseslære, men samstundes presiserar at at ein ikkje ønskjer å avgrense berikelsen til buets tap³⁵, synast det såleis at ein har ein regel som ikkje samsvarar med den generelle berikelseslæra som ein har bygd regelen på. Er dette eit feilslag fra lovgjevar si side?

6.4 Reelle omsyn

I likskap med Høgsterett i Bruvik dommen kan det i dette høve stillast spørsmål om reelle omsyn kan tale for at ein skal innfortolke ei tapsavgrensing i berikelsen i dekningslova §5-11.

Høgsterett peikar ut omsynet til rimelegheit i Bruvikdommen. Det er lite rimeleg at ein godtruande medkontrahent skal koma dårlegare ut enn ein ondtruande

³⁰ Nazarian s. 150

³¹ NOU. 1972:20 s. 300

³² Huser s. 566

³³ Huser s. 566.

³⁴ Huser s. 581

³⁵ NOU. 1972:20 s. 300

medkontrahent. Det er nettopp den ondtruande medkontrahenten som har utvist skyld og bør såleis ikkje kunne tjene på si framferd i saka. Dette vil kunne føre til at ondtruande medkontrahentar kan spekulere i risikoen for å bli møtt med eit omstøtelseskrav opp mot den vinninga ein kan oppnå med å krevje inn pengar på ein utilbørlig måte etter dekningslova § 5-9.

Dette førar over til omsynet til at reglane skal kunne ha preventiv effekt. Dersom ein ikkje sørger for at den godtruande parten kjem betre ut av det enn den ondtruande, vil dei ondtruande klare å gjennomføre eit effektivt rettsbrott ved sine handlingar. Dette har lite preventiv effekt når ein ved reglane om omstøtelse i dekningslova kapittel 5 ønskjer å ramme kreditorskadelege disposisjonar.

Dette dreg i retning av reelle omsyn kan heimle at ein kan innfortolke ein tapsavgrensning i dekningslova § 5-11-.

6.5 Juridisk teori

6.5.1 Huser

Vedrørende berikelsen sin størrelse samanlikna med verdien av det mottekne og buets tap uttalar Huser at ”størrelsen av boets krav beregnet etter [berikelse] målestokken kan avvike i begge retninger fra det den annen part ar mottatt og fra boets økonomiske tap. [...] Av lovens todeleing føler det vidare at berikelsekravet kan avvike fra et erstatningskrav utmålt etter § 5-12. Normalt vil nok i praksis erstatningskravet i så fall være større enn berikelseskravet. Det motsatte kan imidlertid være tilfellet. Boets tap ved disposisjon er derfor ingen grense for berikelseskravet, slik tilfellet er i dansk rett og slik det postuleres i den almennelige berikelseslæren.”³⁶

Dette støttar også opp om at det ikkje eksisterar ein tapsavgrensing i ”berikelsen” etter dekningslova § 5-11.

6.5.2 Andenæs

Andenæs er også av den oppfatning at det ikkje eksisterar ein tapsbegrensing i ”berikelsen”. Andenæs uttalar i denne forbindelse ”Den annen parts berikelse vil som oftest korrespondere med et tilsvarende tap for boet, men ikke alltid. Loven inneholder bevisst ingen regel som maksimerer berikelsekravet til boets tap”.³⁷

6.6 Konklusjon

Etter disse rettskjeldene er det slik gjeldande norsk rett at det ikkje eksisterar ein tapavgrensing i dekningslova § 5-11(1) 1. pkt. Gjeldende rett synast å vere at eit objektivt omstøtelseskrav ikkje maksimerar berikelsekravet til buets tap.

³⁶ Huser s. 580-581

³⁷ Mads Henry Andenæs s. 377

6.7 Nærare om unntaket i dekningslova § 5-11(1) 2.pkt.

I dekningslova § 5-11(1) 2.punktum er det derimot slått fast eit unntak for avkastningen som den godtruande mottakar har fått av den omstøtelege disposisjon. Det er slått fast at;

”Boet kan likevel ikke kreve tilbakeført det utbytte som den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelse før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål.”

Spørsmålet i forhold til mi problemstilling er om dekningslova § 5-11(1) 2. pkt førar til at mottakaren av den objektiv omstøtelege disposisjonen ikkje er plikta til å tilbakeføre vinninga han har hatt av disposisjonen. Noko som i realiteten medførar at beløpet som må tilbakeførast til buet etter dekningslova § 5-11 aldri blir større enn beløpet som må tilbake etter dekningslova § 5-12.

Ordlyden ”utbytte” dreg i retning av at ein må ha fått ei vinning.

Forarbeida uttalar ingenting om omgrepet utbytte, men uttalar at regelen i §5-11(1) andre punktum inneheld at da den ”annen part ikke plikter å tilbakeføre avkastning som er vunnet før saksanlegg, har man likevel begrenset den til å gjelde avkastning som er vunnet « i god tro ».”³⁸

Huser³⁹ derimot slår fast at uttrykket ”utbytte” svarar til ”avkastning” i lov om hendelege eigedomshøve § 15. Lov om hendelege eigedomshøve § 15(1) lyder som følgjer

”Den som sit med annan manns ting, får retten til avling, avdrått og anna som tingen kastar av seg. Dette gjeld ikkje om han veit om at han er utan rett til avkastinga eller burde ha visst det om han hadde vore så akksam som det er rimeleg å krevja etter tilhøva.”

Ein ser her at ”avkastning” er definert som ”avling, avdrått og anna som tingen kastar av seg”.

Huser⁴⁰ uttalar at det må sondrast mellom naturlege og borgarlege frukter. Dei naturlege fruktene er fysiske ting som tingen sjølv produserar, medan dei borgerlege fruktene er inntekter ved juridiske disposisjoner over det mottekne.

Dette får den konsekvens at ”utbytte” i dekningslova § 5-11(1) 2.pkt omfattar avkastning av den mottekne ytelsen og eventuelle juridiske disposisjonar ein kan utføre ved hjelp av det mottekne, for eksempel leigeinntekter av ein utleigd bustad.

Spørsmålet blir vidare om mottakaren av ytelsen også har krav på avkastningen i dei tilfella der det mottekne ikkje lenger er i behald, men er omdanna til noko anna. Ta

³⁸ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s 173-174

³⁹ Huser s. 606

⁴⁰ Huser s.606

for eksempel at det mottekne er ein bustad, mottakaren har solgt denne og investert pengane i aksjer. Er ein då verna av unntaket i dekningslova § 5-11(1) 2.pkt?

Dekningslova § 5-11(1) 2.pkt uttalar at buet ikkje kan krevje tilbake ”utbytte [...] av den mottatte ytelsen”.

Ordlyden dreg i retning av at det er avkastning av den opphavlege ytelsen mottakaren har rett til å behalde.

Også her må ein gå til rettskjeldene til lov om hendelege eigedomshøve for å sjå om dei løyser spørsmålet.

Ordlyden i hendl § 15 ”tingen kastar av seg” dreg også i retning av det er avkastning frå det opphavlege formuesgode som er omfatta av regelen.

Forarbeida til hendl § 15 kan også tolkast i same retning då dei uttalar at ”Regelen gjeld alt det tingen kastar av seg, både beinveges avkastning og avgifter frå andre.”⁴¹

Vidare set forarbeid opp eksempel som kunn omfattar der avkastningen er eit direkte gode frå eigedomen ein sitt med.

” er det tale om en mann som i god tro har ryddet, dyrket opp, gjødslet, tilsådd, luket og vannet et jordstykke [...] taler sterke grunner for at han skal få høste fruktene av sitt arbeide”⁴²

Denne uttalinga kan tolkast slik at avkastningen er den direkte nytten eller bruksnyttan ein får av tingen ein sit med.

Brækhus/hærem sine uttalingar om NL 5-5-6 om kva som meinast med avkastningen, støttar også opp om dette forståinga av regelen. Dei uttalar at det først og fremst er dei naturlege fruktene frå tingen som går inn under regelen.⁴³

Ein ser her at forarbeida og juridisk teori rundt regelen dreg i retning av at avkastninga i lov om hendelege eigedomshøve § 15 kunn gjeld avkastninga av det opphavlege formuesgode som er motteke.

Etter dette ser ein at i dei tilfella der ein har omsett det mottekne og fått ei vinning av det, vil ein ikkje vere verna av regelen i dekningslova § 5-11(1) 2. pkt.

6.8 Medfører regelen i dekningslova § 5-11(1)2. pkt at berikelsen aldri kan bli større enn buets tap.

Dekningslova §5-11(1) 2. pkt slår fast at unntaket for avkastning gjeld det utbytte som er vunne i god tro” før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål.”

⁴¹ NUT-1969-4 Rådsegn 7

⁴² Ot. prp.nr. 30(1967-1968) s 21.

⁴³ Brækhus/ hærem s. 561

Formuleringa er noko uheldig, og Huser uttalar at ordlyden ”inviterer til en antitese, nemlig den at en godtroende besitter ikke kan beholde utbytte falt etter dette tidspunkt. Dette antas også å vere gjeldende rett, noe som samsvarer med Hendelege eigedomshøvelova § 15(2) 1.pkt.”⁴⁴

Dette får den konsekvens at avkastning vunnet etter søksmålsanlegg, kan ikkje godtruande mottakar behalde. Det er ingenting til hinder for at avkastninga som oppstår frå saksanlegg til omstøtelsestidspunktet vil kunne overstige konkursbuets økonomiske tap.

Etter dette hindrar ikkje § 5-11(1) 2. pkt at berikelsen som skal tilbakeførast kan bli større enn buets tap.

7 Nærare om ”tap” i dekningslova § 5-12

7.1 Hovudregelen i dekningslova § 5-12(1)

Som nemnt ovanfor er buet sitt krav ved subjektiv omstøtelse regulert i dekningslova § 5-12 1.pkt som slår fast at ” foreligger vilkårene for omstøtelse etter § 5-9, kan boet kreve at den annen part erstatter boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon”.

Etter forarbeida henvisar ordlyden ”tap” til alminneleg erstatningsrett. Dette medfører at buet må kunne vise til at disposisjonen har ført til skade for dei øvrige fordringshavarane.⁴⁵ At rettvirkningane av subjektiv omstøtelse er formulert som ein erstatningsrettsleg regel får den konsekvens at det kunn er det økonomiske ”tap” buet kan krevje erstatta.

Når ein i neste omgang skal fastslå kva som utgjer buet sitt økonomiske ”tap” skal ein sjå på kva økonomisk situasjon buet hadde vore i dersom den omstøtelege disposisjon ikkje hadde funne stad. Ein ser altså på skilnaden mellom den faktiske situasjon på omstøtelesestidspunktet og den hypotetiske situasjon som ville ha vore tilstades om den omstøtelege disposisjon tenkjast vekk.

Utgangspunktet for erstatningsutmålinga er kva den andre part har motteke frå konkursdebitor. Det er dette som har minka konkursdebitor sine aktiva, og som følgeleg utgjer eit tap for konkursbuet då det blir mindre til fordeling der.

Eit særleg spørsmål som oppstår i denne forbindelse er kva som skal gjerast med avkastning som den andre part har oppnådd.

⁴⁴ Huser s. 605

⁴⁵ Huser s. 627

Huser uttalar at ”skal boet komme i samme stilling som det ville ha vært om disposisjonen ikke hadde skjedd, må det kompenseres for tapt avkastning. I samsvar med erstatningsprinsippet kan dette ikke være den avkastning den annen part faktisk har oppnådd, men den avkastning det må antas ville ha tilflytt debitor/boet om disposisjonen ikke hadde skjedd. I mangel av andre holdepunkter vil det imidlertid antas at debitor ville ha oppnådd samme avkastning som den annen part faktisk har oppnådd”.⁴⁶

Huser sin framstilling førar såleis til at buet vil kunne få erstatta hovudstolen som utgjør buets økonomiske tap og i tillegg avkastningen som den andre part har opptjent i den tida han har sitte med det motekne.

8 Inneheld §5-12 eit berikelseselement?

8.1 Lovtekst

Som nemnt ovanfor skal den andre part erstatte konkursboet sitt ”tap” etter dekningslova § 5-12

Ordlyden ”tap” må forståast som økonomisk tap, og ordlyden inneheld ikkje noko om at det ligg eit berikelseelement i utmålinga av det økonomiske tapet.

8.2 Forarbeid

Om innhaldet i kva medkontrahenten pliktar å tilbakeføre til buet uttalar forarbeida følgjande :

”Om begrunnelsen for at Utvalget foreslår separate paragrafer om virkningen av omstøtelse på objektivt og på subjektivt grunnlag viser man til bemerkningene til DU § 5-13. Ved omstøtelse på subjektivt grunnlag har boet etter gjeldende rett et erstatningskrav, og dette opprettholdes i utkastet, se første ledd første punktum.”⁴⁷

Forarbeida uttalar altså at buet har eit erstatningskrav mot medkontrahenten i dei tilfella omstøtelse skjer på subjektivt grunnlag.

Når forarbeida uttalar at buet har eit erstatningskrav mot medkontrahenten stiller dette opp spørsmålet om dekningslova har tatt med dei to andre vilkåra for å tilkjenne erstatning, nemleg krav til årsakssamanheng og ansvarsgrunnlag.

Dette går ikkje direkte fram av ordlyden eller forarbeida til dekningslova § 5-12. Men dekningslova § 5-9 slår fast at ”Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens

⁴⁶ Huser s. 634

⁴⁷ NOU:1972:20 s. 302

eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom *skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen*, og den annen part *kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling* og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”.

Ordlyden ”skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen” er i realiteten eit krav om adekvans. Hvis debtors økonomiske stilling ikke var svak då disposisjonen ble foretatt, er ikke skaden for kreditorene en tilstrekkelig nærliggende følge av disposisjonen⁴⁸

Vidare er kravet til ansvarsgrunnlag i dekningslova § 5-9 formulert slik at ”den andre part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”. I dette ligg det ein minstekrav om uaktsomheit rundt disse to forholda.

Etter det ser ein at kravet til årsakssamanheng, ansvarsgrunnlag og økonomisk tap er vidareført til dekningslova.

Etter forarbeida kan ein heller ikkje finne haldepunkt for at § 5-12(1) inneheld noko meir enn det erstatningsretten tilseier.

8.3 Rettspraksis

Det første klare eksempelet ein har i norsk rettspraksis når det gjeld subjektiv omstøtelse er Ringendommen⁴⁹. Dommen er fortsatt relevant då lovgjevar har ønska å videreføre prinsippa i Actio pauliana. Saken omhandlar skipsreder Ringen som gjekk konkurs. Ringen hadde forut for konkursen solgt ein eigedom til kona si for 15.000 kr, etter sterkt press fra Haugesund Kreditbank. Beløpet blei brukt til avdrag av gjeld i banken. Ringen solgte også båten sin for 15.000 kr også under press fra banken og beløpet blei tilført banken. Transaksjonane blei omstøtt då banken måtte kjenne til at Ringen var insolvent.

Omstøtelseskravets størrelse var ikkje problematisert i dommen. Men utfallet synar at det som blei tilbakeført til buet tilsvarte buets tap.

I Kjells Markiser dommen⁵⁰ hadde firmaet sin bankforbindelse pant i varelager, factoringpant i kundefordringer og pant i firmaets aksjer. I tremånedersperioden før det blei åpna konkurs i firmaet, hadde banken fått nedbetalt gjeld på ca 5 millioner kroner. Høgsterett kom til, med unntak for tre nedbetalinger, at omstøtelse ikkje kunne skje.

Enkelte betalinger stod likevel i en særstilling og ble omstøtt. Det tilbakeførte beløp utgjorde 1.010.486 kr som tilsvarte buets tap ved dei subjektivt omstøtte disposisjonar.

⁴⁸ Sandvik s. 52.

⁴⁹ Rt. 1933.1265

⁵⁰ Rt. 2001.1136

Rettspraksis synar såleis ingen tendensar til å tilkjenne konkursbuet noko meir enn buets tap ved subjektiv omstøtelse.

Dette blir også stadfesta i Bruvik dommen, der ein klart sett opp utgangspunktet om at ved subjektiv omstøtelse skal kunn buets tap tilbakeførast.

8.4 Juridisk teori

8.4.1 Andenæs⁵¹

I si behandling av omstøtelsekravet sitt omfang ved subjektiv omstøtelse uttalar Andenæs, i noko som kan kallas ein rein bisetning, følgjande ”[...] Likeledes må den annen part erstatte utbytte vunnet av det mottatte”.⁵²

Andenæs gir derimot ikkje noko grunngeving for det over siterte. Det synast vanskeleg at dette kan tolkast ut av ”tap” vilkåret i § 5-12(1) åleine, då ordlyd og forarbeid klart gir uttrykk for ein erstatningsrettsleg regel.

8.4.2 Tore Sandvik

Tore Sandvik omtalar kort problemstillinga utan å drøfte dette noko inngåane. Men han uttalar at

”Til tross for den utformingen reglene har fått, bør vel boet også ved omstøtelse etter § 5-9 kunne kreve mottakerens berikelse selv om denne er større enn debtors og boets tap.”⁵³

Sandvik anerkjenner vidare at ordlyden i dekningslova § 5-12 ikkje tillet at berikelsen også skal tilbakeførast til buet, men han gir ingen forslag til korleis ein skal heimle dette kravet i praksis.

8.4.3 Tendensen i juridisk teori

Ein ser her at Andenæs og Sandvik gir uttrykk for at den ondtruande part ikkje bør kunne få tjene på sitt lovbrøtt. Men begge slår dette kunn fast i ei bisetning utan å vise til rettskjelder som støttar opp rundt deira standpunkt. Dei klarar ikkje å heimle dette i dekningslova § 5-12, då det er kunn buets ”tap” som skal erstattast etter føresegna. Men ein ser her ein klar tendens i det juridiske miljøet om at ein ønskjer ikkje å tilkjenne den andre part ved subjektiv omstøtelse ein avkastning av sitt lovbrøtt.

8.5 Reelle omsyn

⁵¹ Mads Henry Andenæs

⁵² Mads Henry Andenæs s. 380

⁵³ Sandvik s. 72

Som tilsvarande uttala i punkt 6.1.3 ovanfor er det tyngste reelle omsynet at det verkar lite gjennomtenkt av lovgjevar å utforme reglane slik at den ondtruande part som må omstøte etter dekningslova § 5-9 kjem billigare ut av det enn det dei godtruande medkontrahentane gjer ved objektiv omstøtelse. Dette dreg i retning av at ein burde kunne tolke inn ei plikt til også å avstå berikelsen som overstig buets tap etter dekningslova § 5-12.

8.6 Reglane i Sverige og Danmark

Utforminga av norsk konkursrett og dekningsrett er eit resultat av eit nordisk samarbeid. Det er såleis hensiktmessig å samanlikne norske reglar med svensk og dansk rett.

Svenske Konkurslag (1987:672) kapittel 4 § 14(1), som regulerar verknaden av omstøtelse(återvinning), slår fast at

” Vid återvinning skall den egendom som gäldenären har utgett återbäras till konkursboet.”

Ein ser her at svensk rett har det samme utgangspunktet for kva som skal tilbakeførarast til buet, uavhengig av om omstøtelse skjer på subjektivt eller objektivt grunnlag. Etter svensk rett skal det skje ein tilbakelevering av det mottekne. Det er først når det mottekne ikkje er i behald at den begunstigede kreditor må svare erstatning for verdien på det mottekne jf Konkurslag (1987:672) kapittel 4 § 14(3):

”Finns den egendom som skall återbäras enligt första eller andra stycket inte i behåll, skall ersättning för dess värde utges. Är återbäring av viss egendom förenad med särskild olägenhet för den förpliktade, kan det medges honom att utge ersättning i egendomens ställe.”

Ein ser her at svensk rett avviker i stor grad frå norsk dekningslov. Ein ser ikkje ei rimelegare løysing for konkursbuet etter svensk rett, enn etter norsk rett.

Dansk rett gir derimot større veileiing. I den danske Konkursloven av 23.10.2007 nr. 1259 § 75 har rettsverknadane for objektiv omstøtelse følgande ordlyd:

”Omstødes en disposition eller en retsforfølgning efter §§ 64-71, skal den begunstigede fralægge sig den berigelse, han har vundet, dog ikke ud over boets tab. ”

Dansk teori uttalar at grunngevinga for denne regelen er at

” Boet skal ikke stilles bedre ved berigelseskrav etter § 75 end ved et egentligt erstatningskrav efter § 76”.⁵⁴

Den danske konkursloven slår fast følgande i sin regulering av rettsverknadane av subjektiv omstøtelse;

⁵⁴ Petersen s. 521

”Sker omstødelse etter § 72 eller § 74, skal den begunstigede svare erstatning etter almindelige regler.”

Ein ser her at dette tilsvarar dekningslova § 5-12. Den danske lova har avgrensa omfanget av berikelsen ved objektiv omstøtelse oppad til konkursbuets tap. Konsekvensen av dette er at beløpet etter den danske konkurslova § 75 aldri kan bli større enn beløpet i konkurslova § 76.

Ettersom reglane i dekningslova er eit resultat av eit nordisk samarbeid, skulle ein normalt brukt den danske regelen som ei rettskjelde for å gjere regelen meir rimeleg. Men i forarbeida til dekningslova blir det eksplisitt uttala at når det gjeld rettsverknadane av omstøtelse

”har [man] ikke kommet frem til helt overensstemmende regler i de nordiske utkast på dette område.”⁵⁵

Lovgjevar har såleis teke eit bevist val ved utformlinga av rettsverknadane av omstøtelse i dekningslova §§ 5-11 og 5-12, og tatt bevist avstand frå svensk og dansk rett.

8.7 Konklusjon

Då kjeldene er så usikre kan ein ikkje innfortolke eit krav om at medkontrahenten skal avstå sin berikelse i tillegg til boets tap etter dekningslova § 5-12.

9 Refleksjonar over gjeldande rett

Gjennomgangen ovanfor synar at lovgjevar har teke eit medvite val når han har valgt å setje opp rettsverknadane av objektiv og subjektiv omstøtelse i to ulike føresegner. Vilkåra for objektiv og subjektiv omstøtelse er innhaldsmessig ulike og det synast då naturleg at lovgjevar har valgt å gjere rettsverknadane av omstøtelse også ulike.

Likevel synast det for meg som paradoksalt at ein konsekvens av utforminga av reglane i utgangspunktet medfører at i nokre situasjonar kan berikelsen vere større enn buets tap, og det kan vere urimeleg der buet då berre kan fremje omstøtelsekrav etter den subjektive regel. Eg vil derfor sjå om det er grunnlag for å krevje eit berikelselement i omstøtelsetilfella i medhald av andre reglar.

Ein har no sett på kva som er gjeldande rett etter dekningslova § 5-11 og § 5-12, og om det er andre rettsreglar som avbøter urimelegheita eller andre rettsområde som har betre løysingar enn dekningslova. Det eg no ønskjer å sjå på er om det i gjeldande rett finnast ein heimel som for at kan oppstille eit vinningsavståelsekrav og såleis ha heimel for å påstå at ondtruande medkontrahentar pliktar å avstå vinninga ein har hatt som følgje av den omstøtelege disposisjonen.

⁵⁵ NOU:1972:20 s. 300

Ettersom dette er eit generelt spørsmål må ein gå til andre rettsområde enn konkursretten for å sjå om det finnast nokon tendensa i rettskjeldene til å anerkjenne eit vinningsavståelseskrav når nokon har oppnådd ei uberettiget vinning. Og om eit slikt krav er lovfesta eller ulovfesta.

10 Forholdet mellom subjektiv omstøtelse og reglane i straffelova om kreditorbegunsigelse

Straffelova regulerar inndraging av utbytte etter ei straffbar handling i straffelova §34. Straffelova § 34(1) 1.pkt slår fast at ”utbytte av straffbar handling skal inndras”.

Straffelova § 34(2) 1.pkt slår vidare fast at ”Som utbytte regnes også formuesgode som trer istedenfor utbytte, avkastning og andre fordelar av utbytte”.

Forarbeida⁵⁶ uttalar at ”enhver fordel” som er oppnådd ved den straffbare handling skal reknast som vinning. Men inndraging er betinga av at vinninga er oppnådd. Det er den reelle berikelse som skal inndragast. Dette er normalt ikkje noko problem i omstøtelsestilfella, då det må ha skjedd ein kreditorbegunstigelse i form av formueoverføring for at ei straffbar handling er fullbyrda.

Det er såleis på det reine at dersom den kreditor kan straffast for kreditorbegunsitelsen, må kreditor også avlegge avkastningen på det han har motekne.

Likevel er det slik at dersom det er mogeleg å straffe kreditor for kreditorbegunsigelse, er det ikkje konkursbuet som dreg nytte av inndraginga av vinninga. Inndraginga av vinninga vil gå til det offentlege. Men til tross for dette, vil straffelova § 34 føre til at kreditor ikkje vil kunne tjene på si urettmessigheit, dersom han kan straffast for det. Straffelova vil då kunne bøte på urimelegheita som gjer seg utslag i dekningslova §§ 5-11 og 5-12

Det er såleis hensiktsmessig å sjå på om kreditor kan straffast for kreditorbegunstigelse.

Etter straffelova § 282 er kreditorbegunsigelse straffbart. Skyldner kan straffast med bøter eller fengsel inntil 2 år for kreditorbegunstigelse.

Forarbeida⁵⁷ uttalar at straffeansvaret er avgrensa til dei tilfella der disposisjonen skyldnaren utførar førar til at fordringshavarane si dekningsutsikt blir forringa i betydeleg grad. Dette kjem av at ein ønskjer å gje skyldnaren ein viss handlingsfridom slik at han kan komme seg ut av ein vanskeleg økonomisk situasjon. At skyldnaren då vel å redusere sine passiva er ein god framgangsmåte for å betre situasjonen. Dette vil jo også, om framgangsmåten lykkast, vere til dei øvrige

⁵⁶ NOU:1996 nr. 21 punkt 16.1

⁵⁷ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 73

kreditorane sin fordel, så ein har betre framtidsutsikte til å få full dekning for sitt krav om skyldnaren snur trenden. Det avgjerande for å fastslå om disposisjonen til skyldnaren er straffbar vil såleis vere om skyldnaren kan forvente ein tilstrekkeleg betring i økonomien på det tidspunktet kreditorbegunstigelsen blei teken.

Med dette ønskjer forarbeida å presisere at ikkje alle kreditorbegunstigelsar er straffbare og på så måte gjer eit signal om at bruksområde til straffelova § 282 ikkje er særleg vidt.

Dette gir derimot lite til mi problemstilling, då skyldnar ikkje er den som har fått vinninga av sin disposisjon.

10.1 Utilbørleg medverknad straffbart

I straffelova § 287 er det imidlertid slått fast at

” Medvirkning til at skyldneren eller noen som nevnt i første ledd, overtrer §§281 til 286, straffes på samme måte. En fordringshaver kan likevel ikke straffes for å ha mottatt eller krevd oppfyllelse eller sikkerhet, med mindre fordringshaveren har brukt utilbørlige trusler eller andre utilbørlige midler for å få skyldneren til å oppfylle eller stille sikkerhet.”

Ordlyden i straffelova § 287(2) tilseier at fordringshavaraen må ha brukt ” *utilbørlige* trusler eller andre utilbørlige midler” for å få skyldnaren til å oppfylle eller stille sikkerhet.”

Ein ser her at dekningslova § 5-9 også nyttar ordlyden ” Disposisjoner som på en *utilbørlig måte* begunstiger en fordringshaver [...] kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. ”

Dette set opp spørsmålet om dersom ein kreditor må omstøte etter dekningslova § 5-9, har han då også automatisk gjort seg skyldig i straffbar medvirkning til kreditorbegunsigelse.

Ein kan i medhald av å sikre systematikk i lovverket tolke ordlyden slik at det som er utilbørlig etter dekningslova § 5-9 også er utilbørleg etter straffelova § 287(2).

Likevel uttalar forarbeida til straffelova at;

”Den naturlige sammenheng mellom sivilrettslige og strafferettslige regler tilsier [...] at terskelen for å straffe kreditor settes høyere enn terskelen for subjektiv omstøtelse.”⁵⁸

Det er såleis ikkje nokon automatikk i at ein kan bli straffedømt som begustiga kreditor ved omstøtelse etter dekningslova § 5-9.

⁵⁸ NOU 1999:23 kapittel 5 punkt d

Dette blei også teke opp i forarbeida til straffeprosessloven som uttalar følgjande

"Om siktede må frifinnes fordi det ikke finnes bevis for den hensikt, det forsett eller den grove uaktsomhet som straffeloven krever, kan det dog være godtgjort at siktede har utvist erstatningsbetingende uaktsomhet."⁵⁹

Disse uttalingane i forarbeida til straffeloven og straffeprosessloven tilseier at ein ikkje automatisk kan fastslå at det som er utilbørlig etter dekningslova § 5-9 er utilbørlig etter straffelova § 287(2) då tersklane for å bli idømt ansvar er ulike.

Reelle omsyn talar også imot ein slik tolking, då det er langt meir alvorleg å bli straffa enn å bli erstatningsansvarleg.

Etter dette ser ein at det er relativt stor skilnad mellom å bli ramma av dekningslova § 5-9 og straffelova § 287(2). Dette medfører også ein stor skilnad på situasjonane der ein er pliktig til å tilbakeføre tapet(dekningslova § 5-12) og dei tilfella der ein også må avstå avkastningen(straffelova § 287(2)). Dette synar såleis at det skal mykje til for at systematikken i lovgjevinga avbøter for det urimlege utslaget dekningslova § 5-11 og § 5-12 kan medføre i dei tilfella berikelsen er større en buets økonomiske tap.

11 Forholdet mellom subjektiv omstøtelse og aksjelovgjevinga

11.1 Aksjeselskapslova

Problemstillinga har også ei side mot aksjelovgjevinga, då aksjelova inneheld bestemmelsar der utbetalingar har skjedd i strid med lova.

Aksjeloven § 3-6 bestemmer b.a i annet ledd at « [s]om utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode », og i første ledd at utdeling fra selskapet bare kan skje etter reglene om utbytte.

Aksjeloven § 8-1 bestemmer videre at som utbytte « kan bare deles ut årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital etter fradrag for » ulike poster.

Dersom det er skjedd utbetalingar av utbytte på urettmessige måte slår aksjelova § 3-7(1) 1.pkt fast at

- (1) Er det skjedd utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven, skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt
- (2) Den som på selskapets vegne medvirker til en beslutning om eller gjennomføring av ulovlig utdeling, og som forsto eller burde ha forstått at utdelingen er ulovlig, er

⁵⁹ NUT-1969-3 s. 357

ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført til selskapet. Ansvarer kan lempes etter lov om skadeserstatning § 5-2.

Ein ser her at askjelovgjevningen regulerer tilbakeføringsspørsmålet til at mottakaren må tilbakeføre det som er ”mottatt”.

At ein skal tilbakeføre det som er ”mottatt” tilseier at det kunn er det opprinnelege beløpet ein må tilbakeføre. Forarbeida⁶⁰ er tause i forhold til om mottakaren er pliktig til å tilbakeføre noko meir. Det sistnevnte spørsmålet har Thomas Keiserud behandla i sin avhandling. Keiserud formulerer dette som eit spørsmålet som ei plikt til å avstå renter. Til dette uttalar han at

”Den alminnelige oppfatningen i juridisk teori har vært at renteplikt forutsetter særlig hjemmel i form av avtale, lov eller sedvane. Nyere teori har på bakgrunn av foreliggende rettspraksis tatt avstand fra denne læren og hevder at renter kan rettslig begrunnes ut fra reelle hensyn, alene eller i samspill med andre rettskildefaktorer. Det kan også vises til enkelte uttalelser til inntekt for et slikt standpunkt i gjeldsbrevlovens forarbeider. Ettersom rettstilstanden er uklar på dette området, kan det være naturlig å peke på enkelte reelle hensyn som taler for å beregne renter på tilbakesøkningskravet fra utbetalingstidspunktet”.⁶¹

Keiserud søker såleis støtte i reelle omsyn for å tillegge ei plikt til å avstå renter på tilbakebetalingsbeløpet. Men som Keiserud påpeikar er rettstilstanden her uklar.

Det er såleis vanskeleg å påvise at tilbakebetalaren må avstå meir enn det motteke dersom han blir møtt med eit krav om tilbakebetalingskrav av utbytte.

Men uavhengig av størrelsen av eit evententuelte tilbakebetalingskrav er det eit viktig punkt å understreke at aksjelova §3-7(1) 2.pkt slår fast at

”Ved utdeling av utbytte eller tilbakebetaling etter kapitalnedsetting, fusjon, fisjon eller oppløsning gjelder dette likevel ikke dersom mottakeren, da utdelingen ble mottatt, verken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig.”

Ein ser her at dersom mottakaren av utbytte har vore i god tru, har han ingen tilbakebetalingsplikt i det heile. Dette gir en veldig god beskyttelse til den godtruande part som då ikkje må bøte for andre sine lovbrutt.

Aksjeloven § 3-7(2) slår fast konsekvensen av at utbyttet ikkje blir tilbakeført frå dei som har motteke utbyttet og har følgjande ordlyd;

”Den som på selskapets vegne medvirker til en beslutning om eller gjennomføring av ulovlig utdeling, og som forsto eller burde ha forstått at utdelingen er ulovlig, er ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført til selskapet. Ansvarer kan lempes etter lov om skadeserstatning § 5-2. ”

⁶⁰ NUT:1970:1 s. 173

⁶¹ Keiserud pkt 2.42.

Ein ser her at den som har vore med på å teke beslutningen om utdeling av utbytte, og som såleis er i ond tru, ”er ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført til selskapet.”

Forarbeida uttalar følgjande om kva den ondtruande part er ansvarleg for å tilbakeføre;

”Etter annet ledd vil den som medvirker til beslutningen om eller gjennomføringen av utbetalingen eller til oppsettingen eller fastsettingen av balansen være ansvarlig etter vanlige erstatningsregler for tap selskapet lider ved at uriktig utbetalte beløp ikke blir tilbakebetalt”⁶²

Ein ser etter dette at konsekvensen for å bryte lovens reglar om utbytteutbetaling får store konsekvensar for den som har vore ein del av å få utbetalingane gjennomført. Denne regelutforminga synast eg har større preventiv effekt enn omstøtelsereglane i dekningslova kapittel 5, slik dei er utforma i dag.

12 Finnast det ein generell heimel for vinningsavståingskrav i dagens gjeldande rett eller ein ulovfesta regel om berikelse?

12.1 Lov om hendelege eigedomshøve

Dersom ein rettar blikket tilbake til lov om hendelege eigedomshøve § 15, sjå punkt 6.5 ser ein at ordlyden slår fast at det er den som i god tru sit med tingen som kan få behalde avkastninga av det han sit med. Tolkar ein bestemmelsen antitetisk kan ein fastslå at den som i vond tru sit med ting ein annan eig, har vedkommande ikkje rett på avkastninga av denne tingen. Dette er nok den klare føresetnaden bak bestemmelsen.

Men dette er for uklare tolkingsmoment i forhold til å fastslå ein sikker heimel for kunne stille krav om at vondtruande medkontrahent skal ha plikt til å avstå vinninga han har oppnådd ved lovbrottet sitt.

12.2 Rettspraksis

Det er nærliggjande å sjå om det finnast nokon tendensar i rettspraksis om vinningsavståelsekrav. Dersom det finnast slike tendensar, kan ein stille opp spørsmålet om det føreligg eit ulovfesta vinningsavståelseskrav i dei tilfella der nokon han hatt ei vinning på ein anna sin bekostning.

12.2.1 Rt-1966-305

⁶² NUT-1970-1 s. 173

Denne dommen er svært interessant for mi problemstilling. Tilfelle i dommen var at i forbindelse med at A trådte ut av skipsmeglerfirmaet B ved utgangen av 1955 ble det inngått en kontrakt med bl.a. bestemmelse om at A i 1956 ikke hadde rett til å gjøre forretninger med B's « faste forbindelser ». Det blei påstått at A ved formidlingen av eit certeparti hadde brutt denne bestemmelsen. B sitt subsidiære krav om at A pliktet å avstå kommisjonen for certepartiet ble tatt til følge.

I dommen uttalar Høgsterett

”For det første har Lund gjort gjeldende at skipsreder Gowart-Olsen som disponent for Solvang ikke ville ha godtatt at Sørensen formidlet det nye certeparti for nybygningen i forbindelse med at den høsten 1956 ble konvertert fra ca. 19 000 tonn til ca. 33 000 tonn. Jeg er imidlertid enig med lagmannsretten i at Solvang neppe kunne ha motsatt seg en slik løsning. Uansett hvordan dette forholder seg, må det i saken mellom Sørensen og Lund legges til grunn at Lund etter kontrakten av 20. desember 1955 ikke hadde rett til å utføre meglerforretninger for Solvang i året 1956, og at han under de foreliggende omstendigheter må ha plikt til å avstå til Sørensen den kommisjon han har oppnådd. Dette må gjelde selv om det ikke kan påvises at Solvang ville ha etterkommet en anmodning fra Lund om å la Sørensen formidle det nye certeparti. ”⁶³

Av dette kan det sluttast at dersom Sørensen sitt krav skulle konstuerast som eit erstatningskrav, er det nærliggjande å tenke seg at kravet er betinga av at Sørensen sannsynlegvis ville ha fått formidle certepartiet dersom Lund sitt rettsbrott tenkast vekk. Altså at kravet om årsakssamanheng må vere oppfylt. Dette tek Høgsterett ikkje noko standpunkt til i si behandling av saka.

Vidare stiller ikkje Høgsterett opp noko tapsvilkår. Disse to kriteruma er avgjerande for å kunne krevje erstatning. Difor synast det ikkje rett å klassifisere dei 300000 Lund måtte betale til Sørensen som ein erstatning.

Det som verkar tydeleg her er at Høgsterett ser det slik at Sørensen har hatt eit klart krav på kompensasjon av Lund da han har opptrådt i strid med kontrakten. Dette til tross for at Sørensen ikkje har lidt noko tap.

Ein ser her at Høgsterett bevegar seg vekk frå å kalle vederlaget Sørensen mottek som erstatning.

12.2.2 Trollheimsdommen⁶⁴

Vidare er Trollheimsdommen relevant. Dommen omhandla ulovleg reinsdyrbeite og grunneigarane ønskte vederlag for den tida det hadde føregått ulovleg beite på eiegenomen. Likevel hadde ikkje grunneigarane kravd erstatning utmålt på grunnlag av konkrete tap dei hevda å være påført ved den ulovlige tamreindrift. Bevisførselen var avgrensa til å påvise at dei generelt er blitt påført tap av forskjellig art. Det har såleis

⁶³ Rt. 1966.205 s. 311

⁶⁴ Rt. 1981.1215

ikkje vore noen bevisførsel om tapets størrelse. Det grunneigarane kravde var en erstatning som svarer til et rimelig vederlag for at deira eigedommar er brukt til beite.

Om dette uttalar Høgsterett at ”et slikt vederlag er ingen erstatning for tap, og vil ikkje være betinget av at det er voldt skade. Et vederlag vil etter omstendighetene kunne være både høyere og lavere enn det konkrete tap.”⁶⁵

Vidare uttalar Høgsterett

”På grunnlag av ankemotpartenes prosedyre for Høyesterett er det ikke grunnlag for å tilkjenne dem erstatning for det tap de måtte være påført ved tamreindriften. På samme måte som lagmannsretten finner jeg imidlertid at det er grunnlag for å tilkjenne dem en erstatning som svarer til et rimelig vederlag for at deres eiendommer er brukt til beite. Utgangspunktet må være at den som bruker en annens eiendom med kjennskap til at han ikke har rett til det, må betale vederlag for bruken. *I hvilken utstrekning eieren vil kunne kreve et høyere beløp, basert på den økonomiske vinning som brukeren har hatt, tar jeg ikke standpunkt til, idet et slikt krav ikke er fremsatt.* Et vederlag for den rettsstridige bruk må kunne tilkjennes uavhengig av om eieren er blitt påført noe tap, og da også uavhengig av størrelsen av det tap som måtte være blitt påført. Også et slikt krav må anses som et erstatningskrav.”⁶⁶ (min kursivering)

Ein er her at Trollheimsdommen konstaterar at i tilfeller der nokon har hatt ein vinning av ein urettmessigheit, er ikkje erstatningskravet betinga av at den krenka har hatt eit økonomisk tap. Ein har altså krav på godtgjerdsle for den urettmessige bruken ein anna part har hatt uberettiget tilgang til.

Stavang omtalar at Trollheimsdommen gir uttrykk for ein tendens om at ”økonomisk tap ikke er et vilkår for erstatningskrav når rettigheter forsettlig og rettsstridig utnyttes av andre.”⁶⁷

Stavang sin uttaling kan takast til inntekt for at ein ved subjektiv omstøtelse kan krevje meir enn det reine økonomiske tapet. Ein kan då gjere vinninga til den begunstigede krav om til ein eigen erstatningspost. Buet vil då kunne ha gode sjansar for å nå fram med sitt krav då det eksisterar tendensar om at ved forsetteleg og rettstridig atferd stillast det ikkje opp krav om økonomisk tap.

Dommen visar også tendensar til at Høgsterett anerkjenn eit vinningsavståelseskrav/vederlagskrav som sanksjon der nokon har hatt ei vinning på andre sin bekostning.

12.2.3 Birgdommen⁶⁸

Birgdommen omhandla tilbakebetalingsplikt etter *condictio indebiti*. Eit skipsforlis førte til at skipet sine panthavarar fekk dekkja sine krav frå skipet sitt

⁶⁵ Rt. 1981.1215 s. 1226-1227

⁶⁶ Rt.1981.1215 s. 1227

⁶⁷ Stavang s. 251 -252

⁶⁸ Rt.1985.290

forsikringselskap. Det viste seg derimot i seinare tid at reiren hadde sjølv senka skipet med forsett. Forsikringselskapt krevde såleis tilbakebetaling får pantehavaren.

Dommen har likskapstrekk med den situasjonen ein ønskjer å ramme med eit vinningsavståelsekrav, nemleg at vedkommande som har utvist skyld og såleis påført andre eit tap, skal måtte tilbakeføre den vinninga ein har oppnådd med si handling.

Om eit slikt vinningsavståelsekrav skal annerkjennast uttalar høgsterett at ”hvert tilfelle vurderes konkret og under hensyn til rimelighet”.

Dette dreg i retning av at ein må annerkjenne eit vinningsavståelsekrav i dei tilfella omsynet til rimelegheit gjer seg gjeldande. I dei omstøtelsetilfella der berikelsen er større enn buets tap vil nettopp dette rimelegheitsomsynet kome inn. Noko som også blir peika på i Bruvikdommen som uttalar at ”Men er situasjonen unntaksvis slik at at mottakerens berikelse er større en boets tap, kan det hevdes å være *urimelig* dersom mottakeren får en videre tilbakebetalingsplikt når omstøtelsetilfella skjer på objektivt grunnlag enn når den skjer på subjektivt grunnlag”.⁶⁹

Birgdommen kan såleis takast til inntekt for å oppstille eit ulovfesta vinningsavståelsekrav der berikelsen overstig buets tap i omstøtelsetilfella.

12.2.4 KLM dommen⁷⁰

KLM dommen er også relevant då den belysar noko av konsekvensen av å stille opp eit ulovfesta vinningsavståelsekrav.

I dommen var flyselskapet KLM pålagt ei ulovleg seteavgift frå staten. Når EU retten hadde fastslått at seteavgifta var ulovleg kom spørsmålet om kva beløp som skulle tilbakebetalast til KLM fra staten, då KLM hadde overvelta seteavgifta til passasjerane, som då blei dei egentlege betalararane. Spørsmålet blei såleis om staten kunne gjere frådrag i tilbakebetalingssummen tilsvarande det beløpet som hadde blitt overvelta på flypassasjerane til KLM. Høgsterett kom til at staten kunne gjere frådrag for denne overveltninga som hadde skjedd og begunna dette i ein delvis *confectio indebiti* drøftelse der det avgjerande argumentet var at KLM ville få ein større ubegrunnet berikelse dersom det ikkje blei gjort frådrag enn det staten får ved at det blir gjort frådrag.

Overført på problemstillinga som blir behandla i denne oppgåva kan ein tolke KLMdommen dit henn at atgangen for å vinne fram med eit vinningsavståelseskrav i omstøtelsetilfella vil vere avhengig av ei konkret vurdering i kvart enkelt tilfelle om kven som vil ha den større ubegrunna berikelsen. Vil buet ha den største ubegrunna berikelsen når ein får tilbakeført meir enn sjølv tapet? Eller vil mottakar ha den største ubegrunna berikelsen ved at han får behalde avkastninga han har hatt av den mottekne disposisjonen.

⁶⁹ Rt. 1996.1647 s. 1654

⁷⁰ Rt.2008.738

Dersom ein ser på situasjonen etter dekningslova § 5-9 er det ein kreditor som på ein utilbørleg måte har krevd inn sitt krav på skyldnaren. Det er likevel slått fast i rettspraksis og forarbeida at det å krevje inn noko ein har rettsmessig krav på ikkje er utilbørleg og har såleis sett terskelen for kva som fell innunder som utilbørleg etter dekningslova § 5-9 høgt. Det skal då noko til for å seie at begunstiga kreditor har fått ein ubegrunna berikelse.

Likevel er kreditorane plikta til å vere lojale i forhold til kvarandre. Buet har hatt krav på det formuesgode disposisjonen utgjer. Noko som tilseier at begunstiga kreditor har motteke ein ubegrunna berikelse. Men kva med buet? Får ikkje det ein ubegrunna berikelse dersom dei mottek eit større oppgjer enn det dei opprinneleg hadde fått.

Er det løysinga i slike tilfeller at ein må føreta ei konkret vurdering om kven som vil ha oppnådd den mest ubegrunna berikelsen av konkursbuet og konkursdebitor?

12.2.5 Rt.2011.228

Dommen omhandla eit ein kontorbyggutbyggelse i strid med gjeldande strøkservitutt. Kontorutbyggaren hadde tjent på sin utbygging i strid med servitutten. Naboen satte ned krav om kompensasjon for ikkje økonomisk skade som følge av brottet på servitutten.

Det blei i dommen reist spørsmål om eit slikt krav fulgte av ein ulovfesta regel om berikelse. Om dette uttala Høgsterett;

” Jeg behandler først spørsmålet om et vederlagskrav her kan bygges på en ulovfestet regel om berikelse. Et slikt grunnlag kan etter mitt syn ikke føre frem. Erstatning for økonomisk skade ved krenkelse av servitutter kan kreves etter den alminnelige regel om erstatning for uaktsom skadeforvoldelse. [...] Ved utformingen av servituttloven § 17 ble det lagt vekt på at ansvaret for ikke-økonomisk skade skulle gjelde for « eit avgrensa og oversynleg område » [...] Det vil bryte med dette å supplere lovens regler om erstatning for ikke-økonomisk skade med en mer vidtrekkende - ulovfestet - regel om kompensasjon for krenkerens berikelse. ”⁷¹

Men til tross for dette, blei det under spørsmålet om det kan takast omsyn til den berikelse krenkaren har oppnådd, uttala av Høgsterett at ”Det aktuelle prosjektet er relativt stort, og Naturbetong har hatt en gevinst på prosjektet på 20 millioner kroner. Berikelsen må imidlertid vurderes ut fra alternativene og er vanskelig å fastslå. [...] Jeg mener uansett at nettoberikelsen ikke kan være avgjørende her. Poenget må være at Naturbetong ved å gå frem på den måten man har gjort, har oppnådd å bygge det man ønsket, i strid med servitutten. For at erstatningen skal ha den ønskede preventive effekt, er det etter mitt syn naturlig at Naturbetong gir fra seg noe av gevinsten ved prosjektet.”⁷²

⁷¹ Rt.2011.228 avsnitt 42

⁷² Rt.2011.228 avsnitt 59

Ein ser her ein uttaling om at dersom nokon har tjent på bryte loven, må ein betale for dette, nettopp av preventive omsyn. Dette har klare likskapstrekk til omstøtelsetilfella, der den ondtruande part kan tjene på å opptre utilbørleg nær ein konkurs.

12.2.6 Slutningar av rettspraksis

Etter denne gjennomgangen av rettspraksis ser ein at Høgsterett anerkjenner eit krav om avståelse av uberettiga vinning til en viss grad. Det synast såleis å vere ei utvikling i rettspraksis som går i den retning av at ein må få tilkjent eit vederlag for lovstridig opptreden som i prinsippet kan godtgjerast i pengar. Dette uavhengig om lovstidigheita har ført til økonomisk tap for vedkommande.

12.3 Juridisk teori

I norsk teori har Hagstrøm vore inne på spørsmålet. Han formulerar spørsmålet om ” det kan oppstilles en almen rettsgrunnsetning som går ut på at den som tilfeldig har oppbåret en økonomisk fordel på bekostning av en annen, plikter å gi fordelen fra seg til rette vedkommende”⁷³ Under henvisning til Birgdommen⁷⁴, som etter Hagstrøms oppfatning må ha betydning utover det den direkte omhandla, nemleg *condictio indebiti*, konkluderar Hagstrøm slik ” Ved spørsmål om berikelsekrav skal anerkjennes må hvert tilfelle vurderes konkret og under hensyn til rimelighet”.⁷⁵ Denne regelen inneholdet et rimelighetsvilkår som synes å erstatte grunnsetningens henvisning til ugrunnet/uberettiget berikelse, eller med Hagstrøms ord, grunnsetningen si henvisning til ”tilfeldig .. økonomisk fordel”⁷⁶

Hagstrøm si oppfatning kan takast til inntekt for at det bør oppstillast eit ulovfesta vinningsavståelsekrav.

12.3.1 Erik Monsen

Monsen har behandla spørsmålet om det er berettiga å tilkjenne saksøker eit vinningsavståelseskrav når ein er blitt utsatt for brott på det markedsføringsrettslege etterlikningsvernet. Monsen at det; ”vil det etter mitt skjønn konkluderes med at det foreligger tilstrekkelig grunnlag for en regel om vinningsavståelse ved inngrep i det markedsføringsrettslige etterlikningsvernet. I dette ligger at det i prinsippet er rom for vinningsavståelseskrav på subjektivt grunnlag”.⁷⁷

Ein ser her at Monsen er av den oppfatning at eit vinningsavståelseskrav er legitimt når ein har fått ein uberettiga vinning av eit rettsbrott kvar ein har utvist skyld i gjerningane sine. Dette på grunn av at eit vinningsavståelseskrav vil ha stor preventiv effekt. Dette er vidare grunngeve i at ein gjennom å fastslå eit slikt krav hindrar at

⁷³ Hagstrøm s. 664

⁷⁴ Rt. 1985.290

⁷⁵ Hagstrøm s. 666

⁷⁶ Hagstrøm s. 664

⁷⁷ Mosen s. 413

vedkommande som ønskjer å bryte sine forpliktelsar til lovar og reglar foretek ein kalkulert vurdering av sin økonomiske situasjon før og etter lovbrøtet.⁷⁸

Monsen uttalar også at ”etablert erstatningsrett utgjør et viktig bakteppe for utviklingen av berikelseskrav. Den etablerte erstatningsretten er i hovedsak utviklet på basis av typetilfeller hvor det er tale om fysisk skade på person eller ting (*integritetskrenkelses*). Økonomisk tap er den typiske faktiske konsekvensen av integritetskrenkelses, og erstatning utgjør derfor en naturlig og hensiktsmessig monetær sanksjon. Dette bildet blir tildels annerledes når det er tale om *ikke-integritetskrenkelses* i form av urettmessig utnyttelse av annen manns ting eller rettighet. For det første er det enkelt å tenke seg at slike krenkelses ikke påfører krenkede noe økonomisk tap, og et eventuelt tap kan være relativt vanskelig å bevise, typisk fordi krenkelsen skjer i en konkurransesammenheng hvor det gjør seg gjeldende en rekke mulige årsaksfaktorer til omsetningsnedgang på krenkedes hånd. For det andre skjer slike ikke-integritetskrenkelses ofte i en slags vinnings hensikt, og gjerne i etterkant av en analyse av inntjeningspotensial kontra mulighetene for å bli holdt erstatningsansvarlig. Situasjonen vil med andre ord ofte ligge slik an at krenkerens økonomiske fordel ved rettsbruddet overstiger krenkedes erstatningsmessige tap.”⁷⁹

Ein ser her at Monsen klart ser behovet for eit vinningsavståelsekrav der rettsbrottet overstig krenka sitt økonomiske tap.

12.3.2 Lasse Simonsen

Lasse Simonsen er derimot av ei anna oppfatning, og uttalar at i dei tilfella der nokon har motteke ein uberettiga berikelse så vil ” Økonomiske fordelar ut over [sparte lisensutgifter]stort sett være påvirket av andre forhold en selve tilegnelsen. Det kan være den annen parts egen innsats som gjør at utnyttelsen bærer frukter, eller kan det være plikt til å avlegge berikelsen er rettspolitisk svakere begunnet enn ved direkte nytten. Uten særlig støttepunkt i lovgivningen eller andre positive rettskilder, kan jeg vanskelig se at berikelse av denne art kan kreves utbetalt. At det foreligger skyld, hvilket normalt vil være tilfellet, kan heller ikke i den sammenheng være avgjørende. En høyere kompensasjon for utnyttelsen av materialet enn normalvederlaget, må etter min mening begrunnes med bruk av erstatningsrettslige prinsipper”.

Nytte utover dette(dvs. Den fordel som umiddelbart oppnås ved at man slipper å betale et rimelig vederlag for bruken) vil stort sett være påvirket av andre forhold enn selve tilegnelsen. Det kan være den annen parts egen innsats som gjør at utnyttelsen bærer frukter”.⁸⁰

Simonsen presiserar her at slike fordelar vil som regel vere betinga av den andre part sin innsats. Dette er nok eit moment som gjer seg særleg gjeldande innanfor immateriell retten og det markedsføringsrettslege etterlikningsvernet. Då det frå den andre part ikkje er nok å kunn etterlikne for å få nytte av rettsbrotte, men han må også

⁷⁸ Monsen s.410.

⁷⁹ Erik Monsen, Uberettiget berikelse(ubehørig vinst) som grunnlag for betalingskrav s. 344

⁸⁰ Simonsen s. 397-398

utarbeide markedsføringsstrategiar og salgsteknikkar for å kunne ha noko reel nytte av det.

12.4 Omliggande rettsområder

Eg vil peike på nokre regler der lovgiver har hatt fokus på vinningsavståelse, då nyere regulutformingene støttar et fokus på å regulere vinningsavståelse for at reglene skal virke preventivt og dei reelle omsynana er paralelle også ved omstøtelse.

12.4.1 Verdipapirhandellova

Verdipapirlova § 17-2(1) inneheld ein positiv heimel for vinningsavståelsekrav og den har følgjande ordlyd;

”Dersom det er oppnådd vinning ved en uaktsom eller forsettlig overtredelse av §§ 3-3 første ledd, 3-4, 3-6, 3-7, 3-8, 3-9, 3-10, 3-14, 8-2 til 8-6, 9-5, 10-2, 10-3, 10-8 første ledd, 10-11 eller 17-5, jf. forskrifter gitt i medhold av disse bestemmelsene, kan den som vinningen er tilfalt, pålegges helt eller delvis å avstå denne.”

I forarbeida til verdipapirhandellova presenterar lovutvalget kva som er blitt vurdert av omsyn for å nedleggje eit slik vinningsavståelseskrav som sanksjon i verdipapirhandellova.

Utvalget visar først til at Konkurransetilsynet har heimel i konkurranselova av 1993 § 6-5(no oppheva) til gje pålegg om vinningsavståelse ved overtredelse av konkurranselova sine bestemmelsar. Lovutvalget meiner at omsyna bak denne regelen også i stor grad gjer seg gjeldande for kredittilsynet og visar til NOU 1996:2 s. 199-200) som uttalar at:

"Overtredelser av verdipapirhandellovgivningen er ofte motivert av muligheten for å oppnå økonomisk gevinst. [...] Den økonomiske gevinsten som oppnås gjennom overtredelse av vphl's bestemmelser vil ofte skje på bekostning av en eller flere investorer. Det er derfor rimelig at lovovertræderen fratras vinningen som er oppnådd ved overtredelsen.”⁸¹

Overfører ein dette til omstøtelsesreglane i dekningslova ser ein at brott på dekningslova § 5-9 er ofte økonomisk motivert. Ein ser såleis at omsynet til preventiv effekt dreg i retning av at ein i dekningslova burde ha hatt vinningsavståelse som sanksjon.

I forarbeida blir det også vist til at ved å innføre eit vinningsavståelsekrav som sanksjon får ein eit meir effektivt verkemiddel enn inndragingsreglane i straffelova § 34 gir. Dette omsynet gjer stort utslag ved omstøtelse. Då det skal svært mykje til for å i det heile tatt bli verna av straffelova når ein skaffar seg dekning på ein utilbørleg måte etter dekningslova § 5-9, sjå punkt 11 over.

⁸¹ Ot.prp.nr 29(1996-1997) 13.2.4.

Det blei også tatt opp omsyn til rettstryggleiken til borgarane med innføring av ein slik sanksjon, men disse innvendingane gjorde seg ikkje sterkt nok gjeldande i forhold til effektiv handheving rundt reglane og hindre at aktørar føretek handlingar motivert av moglegheita for å oppnå økonomisk gevinst. Utvalet la også betydeleg vekt på at det allereie eksisterte ein tilsvarande instans (Konkurransetilsynet) med same kompetanse til å påleggje forlegg om å avstå vinninga som følgje av eit lovbrott.

Dette synar at det klart er eit behov for ein tilsvarande sanksjon i dei tilfella den andre part opptrer utilbørlig etter dekningslova § 5-9.

12.4.2 Konkurranselova

Det er likevel paradoksalt at ein ser at konkurranselova § 6-5, som verdipapirhandelova § 17-2 er bygd på, er oppheva og ny konkurranselov inneheld ikkje vinningsavståelsekrav som mogeleg sanksjon ved brott på konkurranselova sine føresegner. Forarbeida inneheld uttalingar om kvifor ein valde vekk ei slik sanksjonsordning;

”Konkurranseloven § 6-5 gir Konkurransetilsynet anledning til å inndra vinning, men denne muligheten har aldri blitt benyttet. Hovedårsaken til at vinningsavståelse aldri er blitt prøvd som sivilt sanksjonsmiddel, er at vinningen har vært vanskelig å beregne. I større saker har forelegg på vinningsavståelse heller ikke fremstått som et tilstrekkelig sanksjonsmiddel.

Utvalget er av den oppfatning at sivilrettslige bøter vil være et tilstrekkelig sivilrettslig sanksjonsmiddel, og at vinningsavståelse ikke kan avkreves i tillegg til en sivilrettslig bot.”⁸²

Ein kan stille spørsmålsteikn ved at lovgjevar vel å føreta ei slik endring. Er dette eit uttrykk for at ein ikkje ønskjer å heimle vinningsavståelsekrav som ein sivilrettsleg sanksjon, eller er det kunn eit utslag av det ikkje er eit reelt behov for ein slik regel i praksis?

12.4.3 Høringsuttalelse om styrking av industrielle rettigheitar

I april 2011 blei det publisert ein høringsuttaling rundt styrking av industrielle rettigheter. I forslaget blir det foreslått vesentleg styrking av reglane om vederlag og erstatning. Då konkret retta mot at rettighetshavarar som ved forsettelege og uaktsame inngrep har blitt krenka, skal kunne krevje vederlag eller erstatning utmålt etter det grunnlaget som blir gunstigast for rettighetshavaren. Følgjande mogelege grunnlag blei då lagt fram;

- “et vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen, samt erstatning for eventuelt ytterligere tap som inngrepet har medført og som ikke ville oppstått ved lisensiering til den aktuelle utnyttelsen,
- erstatning svarende til det økonomiske tapet som rettighetshaver har lidt som følge av inngrepet, eller

⁸² Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 129

· et vederlag svarende til fortjenesten som er oppnådd ved inngrepet. ⁸³

Ein ser her at lovgjevar har auge for problemstillinga og at ein på visse område må styrke rettighetshavarar utover den beskyttelse erstatningsrettslege reglar gir. Bør ein også gje åtgang for konkursbuet å velje den heimelen som er gunstigast for dei?

12.5 Reelle omsyn

Ein har sett i gjennomgangen av utmålingsreglane til dekningslova § 5-12 at skadelidte skal stillast som om skaden aldri hadde skjedd ved utmåling av erstatninga.

Dette betyr i prinsippet at skadelidne ikkje skal ha nokon fordel(berikelse) av skaden. Dette prinsippet kjem til uttrykk i den ulovfesta regelen om *compensatio lucri cum damno*, som heimlar åtgangen til å gjere frådrag i erstatningssummen for den fordel(berikelse) skadelidde har hatt av skaden. Dette synast å vere heilt rett i dei typiske erstatningsrettslege skadetilfella.

Men situasjonen er ein heilt anna ved omstøtsetilfella enn i den tradisjonelle erstatningssituasjonen, der skadevoldar har påført skadelidde eit tap gjennom ei handling. I omstøtsetilfella har skadevoldar blitt tilført aktiva som han kan gjere nytte av, samstundes som han påfører andre eit økonomisk tap. Dette medfører såleis at kreditor kan få ein fordel av si skadevoldande handling. Tilleggskrav om fordel skadevoldar har fått på grunn av sin skadevoldande handling seier utmålingsreglane i erstatningsretten ingenting om, nettopp fordi det er ein så stor skilnad mellom den typiske erstatningssituasjonen og omstøtsetilfella.

Når rettsverknadane av omstøtelse såleis blir utforma som ein erstatningsrettsleg regel, klarer ein ikkje ramme denne situasjonen fordi omstøtelse avviker frå vanleg erstatningsrettslege tilfeller.

Omstøtsetilfella har mykje større likskap med strafferetten, då dei som utfører straffbarehandlinga ofta blir tilført økonomiske verdiar ved si handling. Har tiltalte då fått ein fordel av dette, blir dette ramma av straffelova § 34, slik at han ikkje tjener på si straffbare handling. Det synast såleis svært rart at begustigede kreditorar skal kunne tjene på si atferd på grunn av eit regelverk er bygd på grunnprinsipper som lagt på veg ikkje passar på omstøtsetilfella.

Dette dreg i retning av at ein bør ha eit vinningsavståelsekrav i tillegg til tilbakeføring av buets tap ved subjektiv omstøtelse.

12.6 Rettskjeldebilete

Etter dette ser ein at rettskjeldebilete visar ein klar tendens om at vedkommande som har motteke ein uberettiga berikelse skal måtte tilbakeføre denne. Ein har til og med positiv lovheimel for dette i verdipapirhandellova. Men det skal likevel seiast at ingen

⁸³ Høringsnotat om styrking av industrielle rettigheter s. 4

av ingen av disse rettskjeldene er direkta knytt opp til dekningslova sine reglar om omstøtelse.

Men i Bruvikdommen ser ein at Høgstrett peikar på det urimelege utslaget dagens ordlyd i dekningslova § 5-11 og § 5-12 kan få.

Lovgjevar har formulert reglane med den intensjon at den godtruande part skal kome betre ut av det enn den ondtruande part, dette er eksplisitt uttala i forarbeida⁸⁴

” boet kreve tilbakeført medkontrahentens berikelse [...] Det foreligger i slike tilfelle ikke bevis for skyld hos medkontrahenten. En plikt til å erstatte boet dets fulle tap ville da være en regel om objektivt ansvar som ville virke lite rimelig.”

Med denne uttalinga synast det som lovgjevar har teke høgde for dei tilfella der den godtruande part har tapt på å motteke disposisjonen og lovgjevar har såleis innført ein berikelsebegrensing i dei tilfella det er mindre enn det mottekne i behald, nettopp for å i vareta omsynet til rimelegheit. Likevel verkar det som lovgjevar ikkje har sett at ved å avgrense omstøtelsekravet til buets tap ved subjektiv omstøtelse, utan noko tilleggskrav om vinningsavståelse, skapar den konsekvens at den godtruande part står i fare for å måtte tilbakeføre meir enn den ondtruande part. Dette får då igjen den konsekvens, som lovgjevar har forsøkt å unngå, nemleg at den godtruande part får eit større ansvar enn den ondtruande.

13 Er det tid for revisjon av dekningslova

Konkurslovgjevningen var gjenstand for etterkontroll i 1999. Det var imidlertid få endringar som blei tekne i dekningslova. Dei endringane som blei gjort i dekningslova omhandla stort sett dekningslova kapittel 7. Og det var kunn små justeringar som blei gjennomført i dekningslova kapittel 5. Ein ser altså at dekningslova har vore svært statisk sidan den blei vedteke i 1984.

Det rettskjeldebilete eg har gått igjennom over, synar til ein viss grad at høgsterett søkjar å endre reglane i den retning av at den som har fått ei urettmessig vinning skal måtte avstå denne. Men så langt konstaterar Høgsterett at dei ikkje har heimel til å tilkjenne eit slik krav til saksøkar.

Det som er interessant i denne samanhengen er korleis ein skal kunne utnytte dette rettskjeldebilete i ein eventuell tvist mellom bustyrar og kreditorar som er blitt tilgodesett måte. Kva verkty kan ein tildele bustyrar?

Vil dette verktyet vere å utryste bustyrar med ein tilleggskrav om vinningsavståelse? Eller vil det vere å utryste bustyrar men dei liknande vurderingsform som etter *condictio indebiti* slik som blei benytta i KLM dommen for å fastslå kven som skulle få behalde ein uberettiga berikelse.

⁸⁴ NOU. 1972:20 s. 300

I forhold til å benytte *condictio indebiti*-reglar synast dette noko problematisk då situasjonen ved omstøtelse i konkursretten er ganske ulike frå den situasjon som eksisterar ved *condictio indebiti*. Dette er fordi i *condictio indebiti* tilfella er berikelsen heilt tilfeldig, og læra om *condictio indebiti* er bygd opp på ein normalt ikkje skal få behalde slike tilfeldige fordelar.

Men i omstøtelsestilfella er det som regel ingen tilfeldighet ved at mottakaren mottek disposisjonen.

Omstøtelsekrav har anleis fokus, ein ser ikkje på forholdet mellom skyldnar og den andre part, men ein ser på forholdet mellom kreditor og kreditorfellesskapet sin interesse i å kunne få dekning i debitor sine ofte små aktiva.

Difor treff ikkje den tradisjonelle *condictio indebiti* læra på dette tilfelle. Dette blir også understreke i KLM dommen som uttalar at tilfellet er ”Det kan hevdes at man da befinner seg i ytterkanten av hva man vil anse som en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon”. Når omsyna bak *condictio indebiti* reglane og omstøtelsesreglane er så ulike synast det såleis lite treffande å løyse spørsmålet om den ondtruande part skal avstå den urettmessige vinninga på grunnlag av ein slik avveing som blei gjort i KLM dommen.

Når reglane per dags dato har det innhaldet som dei har i dag, der § 5-12 gir uttrykk for ein erstatningsrettsleg regel som inneheld utmålingsreglar som langt på veg ikkje passar til omstøtelsestilfella, som igjen førar til urimelege utslag som lovgjevar eksplisitt har uttala at dei ikkje ønskjer,⁸⁵ er det på på høg tid med ein revisjon av dekningslova sine omstøtelsesreglar.

Det mest hensiktmessige etter mitt syn, i påvente av denne revisjonen, bør såleis å vere at ein må utstyre bustyrar med eit ulovfesta vinningsavståelsekrav i tillegg til omstøtelsesreglane i dekningslova kapittel 5. Dette vil Høgsterett vere ansvarleg for å utpensle, ved å ta i bruk høgsterettsavgjerder, som omtalt over, som klart gir uttrykk for å anerkjenne eit slik vinningsavståelsekrav der nokon har fått ei uberettiga vinning på nokon andre sin bekostning. Ein kan og ta lærdom av forslaget i høringsuttalinga om styrking av industrielle rettigheitar, og la bustyrar få velgje det grunnlaget som er gunstigast for konkursbuet.

Utan ei form for endring i lovgjevnaden eller etablering av eit ulovfesta vinningsavståelsekrav, vil ein ikkje få utjamna den urimelegheita som dekningslova §§ 5-11 og 5-12 idag førar til.

⁸⁵ NOU:1972:20 s. 299-300

14 Litteratur

14.1 Litteratur

- Andenæs* Andenæs, Johannes: *Alminnelig Strafferett*, 5. Utgave, Oslo 2009
- Andenæs* Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. Utgave, Oslo 2009
- Brækhus* Brækhus, Sjur: *Konkursrett – utvalgte emner*, 3.opplag, 1975
- Brækhus/Hærem* Brækhus, Sjur og Hærem, Axel: *Norsk tingsrett*, Oslo 1971
- Børresen* Børresen, Pål B, *Konkurs*, 6. utgave, Oslo 2007
- Hagerup* Hagerup, Francis, *Konkurs og akkordforhandling*, Oslo 1932
- Hagstrøm* Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003
- Huser* Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling & Konkurs bind 3 Omstøtelse*, 1992
- Jørgensen* Jørgensen, Birgitte: *Retsvirkningen af omstødelse*, København 2003
- Keiserud* Keiserud, Thomas: *Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper*, 2000
- Monsen* Monsen, Erik, *Berikelsekrav*, 1997
- Monsen* Monsen, Erik; *Uberettiget berikelse(ubehørig vinst) som grunnlag for betalingskrav*
- Nazarian* Nazarian, Henriette: *En analyse av Rt-2008-1170 A (Rema 1000)*, 2010
- Petersen* Petersen Lindercrone, Lars, *Konkursloven med kommentarer*, 2005
- Sandvik* Sandvik, Tore: *Lærebok i materiell konkursrett*, 1985
- Simonsen* Simonsen, Lasse: *Prekontrakuelte ansvar*, 1997
- Skoghøy* Skoghøy, Jens Edvin A: *Panterett*, 2. Utgave, Oslo 2008
- Stavang* Stavang, Endre: *Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav*, 2004

14.2 Lover

- Dekningsloven Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8.juni 1984 nr. 59
- Straffeloven Almindelig borgerlig straffelov av 22.mai 1902 nr. 10
- Aksjeloven Lov om aksjeselskaper av 13.juni.1997 nr. 44
- Verdipapirloven Lov om verdipapirhandel av 29.juni 2007 nr. 75
- Lov om hendelege eieendomshøve Lov om hendelege eieendomshøve av 10. April 1969 nr. 17
- Straffeprosessloven Lov om rettgang i strafferettsaker av 22.mai 1981 nr. 25
- Konkurslov (svensk) Svenske Konkurslag (1987:672)
- Konkurslov (dansk) Konkursloven av 23.10.2007 nr. 1259

Konkuranselova	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5.mars 2004 nr 12
Lover av 6 juni 1863	Om Concurso og Concursoers Behandling
14.3 Forarbeid	
NOU: 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
NOU:1999:23	Forbrytelser i gjeldsforhold
NOU:1996:2	Verdipapirhandel
NOU:1993:16	Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v
NUT:1969-4	Rådsegn 7 - Om hendelege egedomshøve
NUT:1970-2	Rådsegn 8 - Om pant
NUT-1970-1	Innstilling til lov om aksjeselskaper
NUT-1969-3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen
Ot.prp nr. 50(1980-1981)	Ot.prp nr. 50(1980-1981) om A)lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett, C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandling- og konkurslovgivning m.m
Ot.prp.30(1967-1968)	Hendelege egedomshøve Ot.prp.30(1967-1968)
Ot.prp.37 (2003-2004)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold)
Ot.prp.26(1998-1999)	Konkurs- og pantelovgivningen m.v
Ot.prp.29(1996-1997)	Om lov om verdipapirhandel
Ot.prp.nr 6(2003-2004)	A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkuranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkuranseloven)
S.K.M 1896.62	Motiver til straffeloven
Høringsuttalelse	Høringsuttalelse om styrking av industrielle rettigheter