

HR-1996-76-A – Rt-1996-1647

INSTANS:	Høyesterett – Dom.
DATO:	1996-12-03
DOKNR/PUBLISERT:	HR-1996-76-A – Rt-1996-1647
STIKKORD:	Konkurs. Omstøtelse.
SAMMENDRAG:	Disposisjon mellom driftsselskap som gikk konkurs og eiendomsselskap foretatt av person som var daglig leder i begge selskaper, ble omstøtt, jfr. dekningsloven § 5-2. Dissens 3-2. Mindretallet fant at disposisjonen heller ikke kunne omstøtes etter § 5-5. – Driftsselskapet leiet eiendom av eiendomsselskapet og fremleiet eiendommer til tredjemann til langt høyere pris. Disposisjonen medførte at driftsselskapets leierett til de fremleide lokalene opphørte og at driftsselskapets årlige leie ble redusert. Eiendoms-selskapet trådte inn som utleier i forhold til tredjemann og kunne innkreve leien – både basisleien og den leien som skulle dekke påkostningene driftsselskapet hadde hatt for tredjemanns leieformål. – Dommen inneholder også konkret drøftelse av hva som skulle betales tilbake etter dekningsloven § 5-11. – Drøftelse av de generelle spørsmål om omstøtelse etter de objektive regler er betinget av at det foreligger et tap for boet og om det gjelder en begrensning til boets tap for det som skal betales tilbake etter § 5-11.
SAKSGANG:	Høyesterett HR-1996-76-A, nr 189/1995.
PARTER:	Aksel Bruvik AS, dets konkursbo (Advokat Roald Angelfoss – til prøve) mot Bruviks Eiendommer AS (Advokat Bernt Jacob Pettersen)
FORFATTER:	Coward, Oftedal Broch, justitiarius Smith – Mindretall: Schei, Hellesylt.

Saken gjelder omstøtelse i konkurs – om vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-2 eller § 5-5 er oppfylt, og i tilfelle hva som skal betales tilbake etter § 5-11.

Den disposisjonen det er spørsmål om å omstøte, er en avtale inngått 29 november 1990 mellom Bruviks Eiendommer AS - i det følgende stort sett kalt eiendomsselskapet – og Aksel Bruvik AS – i det følgende stort sett kalt driftsselskapet.

Haldor Bruvik var frem til mars 1985 eneaksjonær og daglig leder i begge disse selskapene. Eiendomsselskapet var og er eier av et betydelig antall eiendommer. Driftsselskapet drev forskjellige former for produksjon av trelast og byggvarer og salg av slike varer. Pr 1 mars 1985 overdro Haldor Bruvik, som da var snart 67 år gammel og uten familiemedlemmer som ønsket å overta virksomheten, 75 prosent av aksjene i driftsselskapet til de ansatte, for en rimelig kjøpesum. Selskapet hadde den gang en betydelig virksomhet.

Driftsselskapet hadde leid av eiendomsselskapet de eiendommene som selskapet trengte for sin virksomhet. Denne ordningen fortsatte etter 1 mars 1985. Det ble da inngått en leiekontrakt som omfattet to hovedkomplekser av eiendommer, hovedanlegget for driftsselskapets produksjon og salg, som lå i Arna, med en årlig leiesum på 3 millioner kroner, og butikk og kontorer i Bergen, med årlig leie på 660 000 kroner.

Driftseiendommen i Arna omfattet flere gårds- og bruksnumre med en rekke bygninger. En av eiendommene i Arna var bnr 164, som hadde et totalareal på 5,2 mål og en bygningsmasse på 1 800 m². Her hadde

driftsselskapet sin byggvareforretning. Denne forretningen fikk etter hvert sviktende inntjening og ble

avviklet. Driftsselskapet fikk samtykke fra eiendomsselskapet til å fremleie deler av denne eiendommen, og inngikk fremleieavtale med Hordaland fylkeskommune om at deler av bnr 164 skulle brukes til undervisningsformål. Driftsselskapet fikk lokalene pusset opp og ominnredet for dette formålet. Utgiftene til dette var ca 1,4 millioner kroner. De arealene som fylkeskommunen leide, var fra 1 august 1989 577,5 m² og fra 1 august 1990 ytterligere 337,5 m², altså samlet 915 m².

Etter fremleieavtalen var det en basisleie på 350 kroner pr m² pr år. I tillegg skulle det for perioden 1 august 1990 til 31 juli 1995 betales 400 kroner pr m², for å dekke driftsselskapets utgifter til å sette lokalene i stand til undervisningsformål. Leien skulle betales i halvårslige terminer, 1 oktober og 1 april hvert år. Avtalen gjaldt til 31 juli 1995, med rett for fylkeskommunen til fem års forlengelse. Ved forlengelse skulle det bare betales basisleie. – Den leien som driftsselskapet skulle betale til eiendomsselskapet for de fremleide lokalene, var 210 kroner pr m².

Høsten 1989 fikk driftsselskapet inntjeningsproblemer. Haldor Bruvik ble bedt om på nytt å gå inn i selskapet med kapital og delta i selskapets ledelse. I november 1989 ble han valgt inn i styret, og fra mai 1990 overtok han som daglig leder. Eiendomsselskapet tilførte driftsselskapet betydelig kapital, til dels som aksjekapital. Gjennom aksjeutvidelsene fikk eiendomsselskapet etter hvert 90 prosent av aksjene i driftsselskapet.

Driftsselskapets økonomiske situasjon utviklet seg slik at det ikke klarte å betale husleie til eiendomsselskapet. Husleien for 1990 ble ikke betalt, mens leien for 1989 ble ettergitt med 2,6 millioner kroner. Heller ikke da fylkeskommunen 1 oktober 1990 betalte halvårsterminen etter fremleieavtalen, ble det overført leiemidler til eiendomsselskapet. 29 november 1990 ga Haldor Bruvik, som daglig leder i både driftsselskapet og eiendomsselskapet, følgende påtegning på hovedleieavtalen:

"Ad: Endring leieobjekt:

Med virkning fra 1. januar 1991 skal eiendommen gnr. 86 – bnr. 164 utgå i nærværende leiekontrakt, samtidig som leiesum i henhold til § 5 reduseres med Kr. 400000,- pr. år til Kr. 2600000,- pr. år, respektive § 13 første ledd, reduksjon Kr. 320000,- pr. år til Kr. 2080000,- pr. år."

Disposisjonen innebar at driftsselskapets leierett til de fremleide lokalene opphørte, og at driftsselskapets årlige leie ble redusert fra 3 millioner til 2,6 millioner kroner. Eiendomsselskapet trådte inn som utleier i forhold til fylkeskommunen og kunne innkreve leien - både basisleien og den leien som skulle dekke påkostningene til undervisningsformål.

Den 21 mars 1991 ble det åpnet konkurs i driftsselskapet etter oppbud fra selskapets ledelse. Boet trådte etter avtale inn i leieforholdet med eiendomsselskapet. Konkursboet betalte leie fra konkursåpningen og frem til 24 april 1991, da leieforholdet opphørte og konkursboet fratrådte eiendommene.

Boet gjorde gjeldende overfor eiendomsselskapet at den begrensningen

Side 1649

av driftsselskapets leierett som skjedde gjennom påtegningen 29 november 1990, var en omstøtelig disposisjon. Prinsipielt ble det hevdet at disposisjonen kunne omstøtes som gave etter dekningsloven § 5-2, og subsidiært som ekstraordinær betaling etter § 5-5. Eiendomsselskapet skulle fralegge seg berikelsen, som skulle beregnes ut fra den leien, inkludert leien for påkostningene, som fylkeskommunen skulle betale frem til utløpet av leieperioden etter fremleiekontrakten. Atter subsidiært ble det hevdet at disposisjonen kunne omstøtes etter den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9. Eiendomsselskapet bestred dette, og konkursboet reiste sak for Bergen byrett, som 27 september 1993 avsa dom med slik domsslutning:

1. Bruviks eiendommer AS dømmes til å betale til Axel Bruvik AS, dets konkursbo, kr 1040000,- , med tillegg av 18% morarente av totalbeløpet, regnet fra 16.03.92, frem til betaling finner sted.
2. Bruvik Eiendommer AS frifinnes for krav om manglende innbetalt aksjekapital kr 104800,-.
3. Partene bærer sine egne saksomkostninger."

Byretten la til grunn at disposisjonen var omstøtelig som gave etter dekningsloven § 5-2. Berikelsen skulle erstattes, og den skulle beregnes ut fra den leien som fylkeskommunen skulle betale frem til utløpet av leieperioden på fem år. Byretten foretok en neddiskontering for gjenværende leietid med en rentefot på

6 prosent.

Eiendomsselskapet påanket byrettens dom til Gulating lagmannsrett. Boet motanket ikke for kravet i punkt 2 i byrettens domsslutning. Gulating lagmannsrett avsa 1 februar 1995 dom med slik domsslutning:

1. Bruviks Eiendommer AS dømmes til å betale til Aksel Bruvik AS – dets konkursbo, kr 54.292 – kronerfemtifiretusentohundreogtittito – med tillegg av 18 % morarente fra 16. mars 1992 til 31. desember 1993, og deretter med 12 % morarente fram til oppgjør finner sted.
2. Partene bærer sine egne saksomkostninger for så vel byretten som lagmannsretten."

Også lagmannsretten kom til at det forelå en gave som kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-2. Lagmannsretten la til grunn at omstøtelse etter § 5-2 krever at det er skjedd en formuesforskyvning, og at det følger av dette at omstøtelse ikke kan skje i større grad enn ytelsen har verdi for konkursfelleskapet.

Konkursboet har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Eiendomsselskapet har erklært motanke. Både hovedanken og motanken gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. I det vesentlige står saken i samme stilling som for lagmannsretten. For Høyesterett er det likevel ikke anført at det er grunnlag for omstøtelse etter dekningsloven § 5-9.

Den ankende part, Aksel Bruvik AS, dets konkursbo, har anført:

Disposisjonen 29 november 1990 innebar klart en gave fra driftsselskapet til eiendomsselskapet. Driftsselskapets fremleieavtale med fylkeskommunen hadde en betydelig økonomisk verdi. Fordringen på merleie i forhold til leien etter hovedleieavtalen – som særlig skyldtes

Side 1650

driftsselskapets investeringer – er reell nok. Disposisjonen medførte at denne verdien ble overført til eiendomsselskapet. Dette var ikke motivert ut fra forretningsmessige hensyn i driftsselskapet, men ble gjort for å sikre eiendomsselskapet en gevinst. Det er dermed foretatt en formuesforskyvning fra driftsselskapet til eiendomsselskapet i berikelseshensikt, og dette oppfyller vilkårene etter § 5-2.

Etter de objektive omstøtelsesreglene kan det ikke stilles opp noe tilleggskrav om at de øvrige kreditorer lider tap ved disposisjonen. Dette fremgår av konkurslovens forarbeider og har støtte i teori og reelle hensyn. Her foreligger det i alle fall et tap for boet for perioden fra overføringen fikk virkning, 1 januar 1991, og frem til 24 april 1991, da konkursboet fratrådte leiekontrakten med eiendomsselskapet. For denne perioden kunne boet innkassert leien etter fremleieavtalen.

Dersom overføringen ikke sees som en gave, må det være fordi disposisjonen sees som betaling av gjeld, jf dekningsloven § 5-5. Det gjelder her betaling til "nærstående", slik at fristen for omstøtelse er to år dersom det ikke bevises at driftsselskapet var utvilsomt solvent på betalingstidspunktet. Slikt bevis er ikke ført. Betalingen er skjedd med usedvanlig betalingsmiddel, slik at den rammes av dekningsloven § 5-5; hele ordningen har et ekstraordinært preg. Disposisjonen innebærer dessuten en formuesforskyvning av en slik størrelse at også alternativet betydelig forringelse av betalingsevne i § 5-5 er oppfylt.

Etter dekningsloven § 5-11 skal eiendomsselskapet fralegge seg den berikelse det har oppnådd ved disposisjonen. Det er uriktig av lagmannsretten å begrense berikelsen til det tidspunktet da boet trådte ut av leieforholdet. Heller ikke ved utmålingen er det spørsmål om hvilket tap boet har lidt; det er situasjonen for den som har mottatt gaven eller det usedvanlige betalingsmiddelet, som skal vurderes.

Berikelsen må avgjøres ut fra den økonomiske situasjon på tidspunktet da den omstøtelige disposisjonen ble foretatt. Man må se bort fra de mer eller mindre hypotetiske muligheter mottakeren kunne hatt til på annen måte å oppnå det samme økonomiske resultatet. I vår sak kan man ikke trekke inn de mulighetene som eiendomsselskapet, uavhengig av disposisjonen, ville hatt til å få hånd om bnr 164 og leiebetalingene fra fylkeskommunen. For øvrig kunne konkursboet forhandlet seg frem til en løsning der boet beholdt inntektene etter fremleieavtalen. – Berikelsen må derfor beregnes til den økonomiske fordel som overføringen av fremleieavtalen innebar for eiendomsselskapet for hele tidsrommet fra 1 januar 1991 til utløpet av fremleieperioden 31 juli 1995. Den nærmere beregningen må skje ut fra leien i fremleieforholdet med fradrag for den reduserte leien i hovedleieforholdet.

Hvis beregningen av berikelsen skal begrenses til perioden frem til boet måtte fragå hovedleieavtalen, kan det i alle fall ikke være holdbart å gjøre fradrag for leie i hovedleieforholdet for hele perioden fra 1

januar 1991. Driftsselskapet hadde ikke betalt leie på lang tid, og fradraget må begrenses til perioden fra konkursåpningen 21 mars 1991, da leiekrauet dekkes som massekrav.

Aksel Bruvik AS, dets konkursbo har nedlagt slik påstand:

- "1. Bruviks Eiendommer AS dømmes til å betale til Aksel Bruvik AS dets konkursbo et beløp begrenset oppad til kr 689000,-, med tillegg av 18 % rente

Side 1651

p.a. fra 16.03.92 til 31.12.93 og deretter 12 % rente p.a. frem til betaling finner sted.

2. Bruviks Eiendommer AS dømmes til å betale saksomkostninger til Aksel Bruvik AS dets konkursbo for byrett, lagmannsrett og Høyesterett."

Bruviks Eiendommer AS har anført:

Vilkårene for omstøtelse foreligger ikke, og det er heller ingen berikelse å tilbakeføre boet.

Ved vurderingen både i forhold til dekningsloven § 5-2 og i forhold til § 5-5 er det et viktig utgangspunkt at det forelå en misligholdssituasjon fra driftsselskapets side da disposisjonen over bnr 164 ble foretatt 29 november 1990. Driftsselskapet var ikke lenger i stand til å betale leie til eiendomsselskapet.

Eiendomsselskapet kunne når som helst ha hevet hovedleieavtalen. Dette ville hatt som konsekvens at driftsselskapet hadde måttet fravike samtlige eiendommer, og selskapet ville umiddelbart gått konkurs. I stedet valgte eiendomsselskapet en mer lempelig løsning. Bnr 164 ble tatt ut av leieforholdet, leien ble redusert, og driftsselskapet fikk beholde den øvrige eiendomsmasse. Det var her ingen berikelseshensikt fra eiendomsselskapets side; disposisjonen var balansert og varetok begge parters interesser. Disposisjonen innebar heller ikke noen formuesforskyvning. Fremleieavtalen hadde ikke noen verdi på driftsselskapets hånd; den var uomsettelig og måtte sees i sammenheng med hovedleieforholdet, og i hovedleieforholdet klarte ikke driftsselskapet å oppfylle sine forpliktelser. Disposisjonen kan etter dette ikke sees som noen gave.

Av de nevnte grunner ble verken driftsselskapet eller boet påført tap ved disposisjonen. Et tap for de øvrige kreditorer må være en forutsetning for omstøtelse etter både § 5-2 og § 5-5; grunntanken bak omstøtelsesreglene er nettopp å ramme kreditorskadelige disposisjoner.

Det er også andre grunner til at heller ikke regelen i dekningsloven § 5-5 om "ekstraordinær betaling" kan anvendes. For det første må det legges til grunn at driftsselskapet var solvent 29 november 1990, noe blant annet regnskapene viser. Disposisjonen kan for øvrig ikke sees som betaling av gjeld, og det er heller ikke tale om noe usedvanlig betalingsmiddel. Heller ikke alternativet om betydelig forringelse av debtors betalingsevne er oppfylt.

Hvis retten skulle komme til at det er grunnlag for omstøtelse, følger det av dekningsloven § 5-11 at mottakeren skal stilles som om disposisjonen ikke var gjennomført. Det er her rimelig sikkert at driftsselskapet i alle fall ville gått konkurs, boet ville måttet fratrukke det hele, og avtalen ville gått over til eiendomsselskapet. Prinsipielt anføres det at noen berikelse ikke foreligger her, fordi eiendomsselskapet var berettiget til disposisjonen på grunn av misligholdet i hovedleieforholdet. Subsidiært anføres det at berikelsen må begrenses til leiedifferansen frem til det tidspunktet da boet fratrukkte hovedleieforholdet.

Bruviks Eiendommer AS har nedlagt slik påstand:

- "1. Bruviks Eiendommer AS frifinnes.
2. Bruviks Eiendommer AS tilkjennes omkostninger for lagmannsrett og Høyesterett."

Side 1652

Mitt syn på saken:

Jeg ser først på om disposisjonen som ble foretatt 29 november 1990, rammes av noen av de anførte reglene om omstøtelse på objektivt grunnlag. Prinsipielt er det anført at disposisjonen kan omstøtes etter dekningsloven § 5-2, som gjelder gaver som skyldneren har fullbyrdet senere enn ett år før fristdagen. Det er ikke omstridt at disposisjonen er skjedd i det kritiske tidsrommet – fristdagen er her dagen for konkursåpning, 21 mars 1991, og disposisjonen er som nevnt fra november 1990. Spørsmålet er om

disposisjonen er en "gave" i denne bestemmelsens forstand. For at en disposisjon skal anses som en gave, kreves tradisjonelt, etter rettspraksis og teori, dels at det er skjedd en formuesforskyvning, og dels at dette er skjedd i den hensikt å berike mottakeren.

I vårt tilfelle vil drøftelsene i forhold til disse kravene gli over i hverandre; svaret avhenger på begge punkter av hvilken av de alternative betraktningmåter man anlegger på disposisjonen 29 november 1990. Disposisjonen innebar at eiendomsselskapet fikk overført til seg retten etter fremleieavtalen, mens kravet mot driftsselskapet på leie etter hovedleieavtalen ble redusert. Leien pr m² var langt høyere etter fremleieavtalen enn etter hovedleieavtalen, særlig på grunn av de investeringene som driftsselskapet hadde gjort for at eiendommen skulle kunne brukes til undervisningsformål. Ser man isolert på denne disposisjonen slik den er formulert, kan jeg ikke se at det er tvilsomt at den innebærer en formuesforskyvning fra driftsselskapet til eiendomsselskapet.

Mot å anse disposisjonen som en gave blir det imidlertid for det første anført at siden driftsselskapet hadde misligholdt leieavtalen ved ikke å betale leie, kunne eiendomsselskapet ha hevet leieavtalen, noe som åpenbart ikke ville vært en gave; og det blir da heller ikke en gave når eiendomsselskapet gjør det mindre – foretar en delvis heving. – Etter min mening er det ikke riktig å se forholdet på denne måten. Disposisjonen 29 november 1990, som Haldor Bruvik foretok som daglig leder i begge selskapene, har i formen ikke noe preg av å være en misligholdsbeføyelse; det er en ny, selvstendig avtale. Jeg nevner at eiendomsselskapet ikke hadde fremsatt noe påkrav i hovedleieforholdet, og at Haldor Bruvik ikke underrettet noen andre i driftsselskapet om disposisjonen. Det å ta ut av en avtale en del av det avtalen omfatter, er ikke noe som ensidig kan gjøres som misligholdsbeføyelse. Det kan ikke uten videre sees som noe mindre enn en fullstendig heving, i den forstand at det alltid kan gjøres når vilkårene for fullstendig heving er til stede. Slik situasjonen var i vår sak, er det også sannsynlig at en fullstendig heving av hovedleieavtalen ville ført til en temmelig umiddelbar konkurs i driftsselskapet. Eiendomsselskapet valgte ikke denne løsningen, og selskapet må antas å ha hatt sine grunner for det. Etter min mening kan eiendomsselskapet da ikke stilles som om det hadde valgt en annen vei – å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende når leien ikke ble betalt.

En neste anførsel mot å anse disposisjonen som en gave, er at fremleieavtalen ikke kan ansees å ha noen formuesverdi, fordi hovedleieavtalen var misligholdt og kunne sies opp når som helst. Heller ikke dette fører etter min mening frem. Riktignok hadde eiendomsselskapet på tidspunktet for disposisjonen utvilsomt en rettslig adgang til å heve hovedleieavtalen på grunn av mislighold. Men når man skal bedømme

Side 1653

fremleieavtalens verdi, må man legge vekt ikke bare på den rettslige adgang til å heve leieavtalen, men også på den faktiske sannsynligheten for at det ville bli gjort. Og faktisk hadde ikke eiendomsselskapet hevet avtalen, til tross for manglende leiebetaling over lang tid. Da er det etter min mening ikke riktig å se fremleieavtalen som så usikker for driftsselskapet at den ikke hadde noen formuesverdi.

Etter dette er mitt syn at det skjedde en formuesforskyvning fra driftsselskapet til eiendomsselskapet ved disposisjonen 29 november 1990, og at den skjedde i den hensikt å berike eiendomsselskapet.

Eiendomsselskapet har anført at omstøtelse etter de objektive regler også er betinget av at disposisjonen medfører et tap for kreditorfellesskapet. Det er blant annet vist til at et slikt krav reelt finnes både i dansk og svensk rett, og til at det er foreslått lovfestet av Konkurslovutvalget av 1990, se NOU 1993:16 side 113 -114. I norsk juridisk teori er relevante drøftelser foretatt særlig av Reidar Myhre i TfR-1992-84 flg og av Kristian Huser i Gjeldsforhandlinger og konkurs, bind 3. Begge mener at det ikke kan stilles opp noe generelt krav om tap som vilkår for omstøtelse, og at det antakelig heller ikke har stor praktisk betydning hva man svarer på det generelle spørsmålet. Myhre nevner her at tvilen ofte reelt knytter seg til om det skal sies å foreligge et tap for boet. Etter mitt syn illustrerer vår sak dette synspunktet. Om det skal sies å foreligge et tap for boet, må etter min mening her følge av svaret på drøftelsen av om det har skjedd en formuesforskyvning, noe som har vært et omdiskutert spørsmål i saken. Men når jeg har besvart dette spørsmålet bekreftende, får det ikke betydning om det skal stilles opp et generelt tapsvilkår eller ikke.

Jeg er etter dette kommet til – som lagmannsretten – at vilkårene for omstøtelse etter dekningsloven

§ 5-2 er til stede. Jeg går da ikke inn på om også § 5-5 kan anvendes.

Det neste spørsmålet gjelder virkningen av omstøtelsen – hva boet kan kreve fra eiendomsselskapet. Etter dekningsloven § 5-11 kan boet kreve at den annen part "...fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon".

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. I vår sak er det vanskelig å gi et bestemt svar på hva denne nettogevinsten er. Vanskene har sammenheng med at gevinsten oppstår ved en langvarig kontrakt, og med at det ikke er lett å si at ett bestemt alternativt forløp ville vært klart mer sannsynlig enn noe annet hvis den omstøtelige disposisjonen ikke hadde vært foretatt. De hypotesene som kan settes opp, blir lett meget spekulative. Etter min mening er

Side 1654

det da mest naturlig å legge til grunn en utvikling som ligger nær opptil det som faktisk skjedde. Jeg er derfor kommet til at beregningen av berikelsen bør foretas ut fra at konkurs ville blitt åpnet på det tidspunkt da det faktisk skjedde, og at boet ville ha fratrudd eiendommen på det tidspunkt da dette skjedde. Utgangspunktet for beregningen av berikelsen blir da leiebeløpet etter fremleieavtalen for perioden 1 januar til 24 april 1991. Deretter må det gjøres fradrag for den leien etter hovedleieavtalen som eiendomsselskapet ville gå glipp av som følge av disposisjonen 29 november 1990. Etter min mening er det ikke naturlig å ta som forutsetning i det alternative forløpet at driftsselskapet ville betalt leie i perioden frem til konkursen; jeg viser til at slik leie faktisk ikke hadde vært betalt i lang tid. Jeg mener derfor at fradrag bare bør gjøres for perioden fra konkursåpningen 21 mars 1991 frem til 24 april 1991 – en periode der leiekravet måtte dekkes som massekrav. Partene er enige om at berikelsen ut fra slike forutsetninger skal beregnes til 170 122 kroner.

Det kan reises spørsmål om det gjelder en regel om begrensning av beløpet til boets tap. Det er en nær sammenheng mellom dette spørsmålet og spørsmålet om omstøtelse etter de objektive regler er betinget av at det er oppstått et tap for boet – som jeg har kommentert tidligere. Teoretisk kan det tenkes forskjellige kombinasjoner av svar på de to spørsmålene. Enkelte kombinasjoner gir likevel mindre god indre sammenheng. Og kommer man til at det som skal betales tilbake, er begrenset til boets tap, får det ingen praktisk betydning hvordan man besvarer spørsmålet om det gjelder et tapsvilkår; det praktiske resultat blir det samme.

Etter ordlyden i dekningsloven § 5-11 gjelder det ikke noen begrensning til boets tap, og dette er resultatet av et bevisst valg, se NOU 1972:20 side 300, der Konkurslovutvalget uttalte:

"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."

I juridisk teori har Mads Andenæs og Kristian Huser sluttet seg til denne uttalelsen, uten nærmere drøftelse.

Spørsmålet er om reelle hensyn kan tale for at en begrensning til boets tap likevel skal inntolkes i § 5-11. 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 mottakerens berikelse er større enn boets tap, kan det hevdes å være urimelig dersom mottakeren får en videre tilbakebetalingsplikt når omstøtelsen 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. Og jeg kan ikke se at det isolert sett er urimelig om mottakeren må gi fra seg berikelsen. Ut fra den beregning 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 spørsmålet.

Boet har ut fra dette delvis vunnet frem med sin anke. Etter min mening er det ikke grunn til å tilkjenne saksomkostninger for noen instans.

Jeg stemmer etter dette for denne dom:

170 122 – etthundreogsyttitusenettthundreogtjueto – kroner med tillegg av 18 – atten – prosent årlig rente fra 16 mars 1992 til 31 desember 1993 og 12 – tolv – prosent årlig rente fra 1 januar 1994 til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Dommer Schei: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende, idet jeg ikke kan se det er grunnlag for å omstøte disposisjonen av 29 november 1990.

Som førstvoterende har redegjort for, hadde driftsselskapet ved avtalen av 1 mars 1985 leid et større industriområde med bygninger, gårdsrom etc av eiendomsselskapet til bruk for sin produksjons- og salgsvirksomhet. Etter nedleggelsen av byggvareforretningen sto bygningen på bnr 164 tom, og det var deler av denne bygningen driftsselskapet, med eiendomsselskapets aksept, fremleide til fylkeskommunen fra 1 august 1989. I forbindelse med fremleien foretok driftsselskapet påkostninger i to omganger på bygningen. Disse utgjorde samlet kr 1,4 millioner. Påkostningene la grunnlag for en høyere leie i fremleieforholdet enn den leien driftsselskapet ble belastet for i hovedleieforholdet med eiendomsselskapet. Men det må understrekes at driftsselskapets leie av bnr 164, også etter fremleien til fylkeskommunen, fortsatt inngikk som et ledd i leien av det totale industrikompleks i Arna.

Det økonomiske resultat i driftsselskapet utviklet seg negativt i 1989 og 1990, og det ble foretatt store kapitalinnsprøytninger fra eiendomsselskapet. Av leiesummen for 1989 ble en leierestanse på ca kr 2,6 millioner ettergitt, og det ble overhodet ikke betalt leie for 1990. Da fylket betalte leien til driftsselskapet i fremleieforholdet den 1 oktober 1990, gikk alt med til å dekke løpende driftsutgifter i driftsselskapet. Det ble ikke overført midler til eiendomsselskapet.

Situasjonen pr 29 november 1990, da disposisjonen vedrørende bnr 164 ble foretatt, var altså at driftsselskapet gjennom lengre tid vesentlig hadde misligholdt sine forpliktelser etter hovedleieavtalen. Misligholdet ga eiendomsselskapet utvilsomt grunnlag for å heve leiekontrakten, i tilfelle med påfølgende fraflytting og driftsstans for driftsselskapet som resultat. Eiendomsselskapet valgte imidlertid å la driftsselskapet beholde bygninger og eiendommer som driftsselskapet brukte i sin egen virksomhet, men overtok selv bnr 164 som ikke lenger ble nyttet til driftsselskapets egentlige drift, men kun som utleieobjekt. Effekten av dette var at eiendomsselskapet trådte inn i leiekontrakten med fylkeskommunen og fikk betalingen av leien.

Spørsmålet er om dette er omstøtelig som gave etter dekningsloven § 5-2, eller som betaling med usedvanlig betalingsmiddel etter dekningsloven § 5-5. Etter mitt syn kan spørsmålet om det foreligger gave eller usedvanlig betalingsmiddel ikke avgjøres ut fra disposisjonen isolert, men det må ses i lys av den totale rettslige og faktiske situasjon partene befant seg i på disposisjonstidspunktet.

Nettopp sett i lys av denne totale rettslige og faktiske situasjon, kan jeg ikke se at disposisjonen innebar noen gave. Eiendomsselskapet kunne fått hånd om bnr 164, og derved de økonomiske fordeler som var knyttet til fremleieforholdet med fylkeskommunen, ved å heve hovedleieforholdet.

Men man valgte altså en annen løsning som vanskelig kan karakteriseres som annet enn mer lempelig i forhold til driftsselskapet. At eiendomsselskapet ikke hadde noe rettskrav på å få avtalen endret slik at bnr 164 - og bare bnr 164 – skulle tas ut av leieforholdet, kan jeg vanskelig se som avgjørende. Det sentrale må nettopp være at tilbakeføringen ikke ga eiendomsselskapet noe mer enn det aktuelle handlingsalternativet – heving av hovedleieavtalen. Det er knapt hevdet, og ikke søkt ført noe bevis for, at eiendomsselskapet kunne forvente økonomiske fordeler av den løsning som ble valgt, i forhold til det som ville bli oppnådd ved total heving av hovedleieavtalen. Den eneste løsningen man med sannsynlighet kan si hadde vært mer fordelaktig for driftsselskapet, var at eiendomsselskapet ikke gjorde noe som helst, men fortsatte hovedleieforholdet i sin helhet og da stadig slik at driftsselskapet ikke betalte noe av leien etter avtalen. Jeg kan vanskelig se at boet kan forlange at dette skal være sammenligningsgrunnlaget ved spørsmålet om disposisjonen var en gave. Når sammenligningen skjer med situasjonen slik den ville vært dersom eiendomsselskapet hadde brukt sin rett til å bringe hovedleieforholdet i sin helhet til opphør,

utgjorde disposisjonen den 29 november 1990 etter min mening ingen gave.

Noe sterkere kan anførselen om usedvanlig betalingsmiddel synes å stå. Det er mulig å anlegge den betraktning at driftsselskapet ved å oppgi bnr 164 som leieobjekt delvis gjorde opp for leien i hovedleieforholdet ved at eiendomsselskapet for fremtiden kunne nyttiggjøre seg inntektene fra leieforholdet med fylkeskommunen. Men jeg kan ikke se at en slik betraktning gir et treffende uttrykk for realiteten i disposisjonen. Den er en delvis tilbakeføring av et leieobjekt foranlediget av et vesentlig mislighold i en større leieavtale. Også i forhold til dekningsloven § 5-5 er det sentrale at eiendomsselskapet nytter et mindre drastisk virkemiddel overfor driftsselskapet enn det kunne. Dette står ikke for meg som betaling eller godtgjørelse. Etter mitt skjønn er derfor også dekningsloven § 5-5 uanvendelig i saken.

Jeg vil legge til: Det jeg oppfatter som den reelle grunn til at boet vil ha disposisjonen omstøtt, er at eiendomsselskapet, og ikke de øvrige kreditorer, har fått nyttiggjøre seg investeringene og verdien av fremleiekontrakten på bnr 164. Til det bemerker jeg at dette vil være den ordinære situasjonen ved et fremleieforhold der hovedleieforholdet misligholdes. Da kan utleier kreve leieobjektet tilbakeført, og nyttiggjøre seg de påkostninger leietaker har gjort på leieobjektet. Skulle det vært grunnlag for å reagere på at eiendomsselskapet fikk nyttiggjøre seg påkostningene, og derved verdien av fremleieforholdet, måtte det ha vært fordi eiendomsselskapet hadde opptrådt illojalt eller på annen måte utnyttet situasjonen da driftsselskapet foretok påkostningene på bnr 164. Dette er ikke anført i saken, og jeg har ikke grunnlag for å spekulere i om en slik anførsel kunne ha ført frem. Jeg finner imidlertid grunn til å tilføye at det etter det opplyste trolig først oppsto et mor/datterforhold mellom selskapene etter at avtalen med fylkeskommunen var inngått og etter at de nødvendige beslutninger for påkostningene var fattet, og også etter at en betydelig del av disse utgiftene var påløpt.

Jeg stemmer etter dette for at Bruviks Eiendommer AS frifinnes. Ut fra mitt syn på saken finner jeg, som førstvoterende, at saksomkostninger ikke bør tilkjennes.

Side 1657

Dommer Hellesylt: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Schei.

Dommer Oftedal Broch: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Coward.

Justitiarius Smith: Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

- 1. Bruviks Eiendommer AS betaler til Aksel Bruvik AS, dets konkursbo, 170 122 – etthundreogsyttitusen etthundreogtjueto – kroner med tillegg av 18 – atten – prosent årlig rente fra 16 mars 1992 til 31 desember 1993 og 12 – tolv – prosent årlig rente fra 1 januar 1994 til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.*
- 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.*