Separatistrett til penger i konkurs

Særlig om tilfellene hvor pengene er sammenblandet med skyldners egne midler og spørsmål om retten til et surrogat

Kandidatnummer: 28

Antall ord: 14.785

JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2016

Innholdsfortegnelse

1 Innledning ... 3
1.1 Tema og problemstilling ... 3
1.2 Rettskildesituasjon og metode ... 5
1.3 Begrepsbruk, avgrensninger og veien videre ... 6
2 Vilkårene for separatistrett til penger i konkurs ... 8
2.1 Generelt om vilkårene ... 8
2.2 Nærmere om vilkår 1: Pengene kan ikke trekkes inn i skyldners egen omsetning ... 9
3 Legislative hensyn ... 11
3.1 Innledning ... 11
3.2 Hensynet til hjemmelsmann ... 12
3.3 Hensynet til kreditorene ... 12
3.4 Rettstekniske hensyn ... 12
3.5 Rimelighetsbetraktninger ... 13
4 Sammenblandingstilfellene ... 15
4.1 Innledning ... 15
4.2 Separatistrett til tross for sammenblanding? ... 16
4.2.1 Sammenblandingsproblematikken ... 16
4.2.2 Innsettelse på særskilt konto ... 16
4.2.3 Innsettelse på drifts- eller brukskonto ... 19
4.2.4 Oppsummering ... 23
4.3 Omfanget av separatistrett ved sammenblanding ... 23
4.3.1 Utgangspunktet ... 23
4.3.2 Sammenblanding med tredjepersons midler ... 24
4.3.3 Sammenblanding med skyldnerens egne midler ... 25
4.4 Konklusjon ... 32
5 Surrogasjon ... 33
5.1 Innledning ... 33
5.2 Surrogasjonsbetraktninger i lovgivningen ... 34
5.3 Utviklingen i juridisk teori ... 35
5.4 Utviklingen i rettspraksis ... 37
5.5 Dagens rettstilstand ... 39
5.5.1 Påviselig sammenheng ... 39

5.5.2 Konkret vurdering 41
5.5.3 Omfanget av surrogasjon 43
5.6 Konklusjon 45
6 Avsluttende refleksjoner 46
Litteraturliste 48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for masteroppgaven er hjemmelsmannens separatistrett til penger i konkurs. Ved konkurs er det normalt ikke tilstrekkelige midler i boet til å dekke alle fordringshavernes krav. Fordringshaverne kan etter dekningsloven (deknl.) § 2-2 ta beslag i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Bestemmelsen uttrykker det naturlige utgangspunkt at kreditor ikke får større rett enn debitor selv har. Det må derfor på et tidlig stadium avklares hva som tilhører skyldner og dermed inngår i boet, og hva i skyldners besittelse som tilhører andre og således skal holdes utenfor bobehandlingen. Separatistrett i konkursrettslig forstand er nettopp det at den rette eier kan unnta et formuesgode fra konkursbeslag i kraft av eiendomsretten.[1] Separatistrett er derfor aktuelt når det oppstår spørsmål om hva konkursboet kan ta dekning i, og er av stor betydning for den reelle eier da han slipper å nøye seg med dividende i boet.

For at det skal kunne kreves separatistrett stilles det krav om at objektet kan individualiseres hos skyldner.[2] Det er et generelt tingsrettslig prinsipp at eiendomsrett må knytte seg til bestemte ting.[3] Individualisering er normalt uproblematisk for løsøre: Naboens drill kan lett identifiseres blant skyldnerens egne eiendeler. Forskjellen mellom penger og vanlig løsøre er at penger er fullstendig fungible. Fungible midler er artsbestemte, uten individuelle kjennetegn.[4] For penger sin del ligger således interessen i den økonomiske verdien, ikke i de enkelte sedler/mynter.[5] Man kan dermed fritt erstatte den enkelte pengeseddel med en annen. Dette blir spesielt synlig ved kontopenger. Kontopenger er kun en økonomisk verdi og er i realiteten et krav mot banken.[6]

Dersom det ytes et pengelån fra A til B, har ikke A krav på de konkrete pengesedlene tilbake, men et tilsvarende krav på den økonomiske verdien. Marthinussen beskriver dette som at «eiendomsretten til de konkrete midler oppgis, mot et *krav* på en viss sum en gang i

[1] Lilleholt (2012) s. 322.
[2] Haukaas (2009) s. 29.
[3] Ørjasæter (2015) s. 142 og Marthinussen s. 34, med videre henvisninger.
[4] Hagstrøm (2011) s. 130-133 og Ørjasæter (2015) s. 136.
[5] Se Lilleholt (2012) s. 117 og Andenæs (2009a) s. 175.
[6] Lilleholt (2012) s. 117.

fremtiden».[7] Etter dette utgangspunktet kan det ikke tilkjennes separatistrett til bortlånte penger fordi eiendomsretten er oppgitt, i motsetning til løsøre hvor man kan kreve tilbake den enkelte ting. Det er imidlertid fullt mulig å *eie* penger i en annens besittelse, eksempelvis ved betroelse hvor skyldner bare skal sitte på pengene i en begrenset periode, for deretter enten å tilbakeføre pengene til hjemmelsmann (f.eks. ett hotell som oppbevarer en gjests kontanter i en safe), eller videreføre pengene til en tredjeperson (f.eks. mellommann ved kjøp og salg). Skillet mellom pengelån og oppbevaring eller forvaltning av andres penger er derfor helt avgjørende ved spørsmål om separatistrett.[8]

Vilkårene for separatistrett til penger i konkurs er utviklet i teori og praksis.[9] Disse vilkårene formuleres normalt slik:

1) Skyldner må ha hatt plikt til å holde pengene adskilt fra egne midler.

2) Pengene må rent faktisk ha vært holdt adskilt fra skyldnerens midler helt frem til separatistretten gjøres gjeldende.

Jeg har valgt to problemstillinger for å dekke sentrale aspekter ved separatistrett til penger i konkurs:

1. *I hvilken utstrekning har hjemmelsmannen separatistrett til penger i konkurs når pengene er sammenblandet med skyldnerens egne midler?*

2. *I hvilken utstrekning har hjemmelsmannen separatistrett til et surrogat i konkurs når pengene er omdannet til et annet objekt?*

Begge problemstillingene gjelder de tilfeller hvor skyldner er i besittelse av andres penger, og har plikt til å holde disse adskilt fra egne midler *uten å ha overholdt dette*. Skyldner har således handlet i strid med sin plikt etter vilkår 1. Problemstillingene er dermed knyttet til vilkår 2 for separatistrett til penger. Ved sammenblanding er spørsmålet om vilkår 2 likevel kan anses oppfylt. Ved surrogasjon er spørsmålet om det kan tilkjennes separatistrett til surrogatet selv om vilkår 2 da ikke er innfridd.

[7] Marthinussen (2015) s. 46.
[8] *Ibid.* s. 46.
[9] Se eksempelvis Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen), RG 1985 s. 400 (Drammensranet), Opsahl (1953) s. 273 og Haukaas (2009) s. 29-30.

Jeg har valgt å skrive om begge problemstillingene fordi disse er tett knyttet til hverandre og ofte oppstår i sammenheng. Dersom skyldner ikke har overholdt sin plikt til å holde pengene adskilt, kan f.eks. pengene enten stå på skyldners konto sammen med øvrige midler, eller de er brukt til kjøp av formuesgoder. Alternativt er noen av pengene sammenblandet mens andre er brukt til slikt erverv. Jeg ønsker derfor å få frem sammenhengene mellom problemstillingene.

Problemstillingene er aktuelle fordi det ikke finnes klare rettskilder som avklarer gjeldende rett. Formålet med oppgaven er derfor å klargjøre hva som er gjeldende rett på området.

1.2 Rettskildesituasjon og metode

Oppgavens problemstillinger beror i utgangspunktet på en tolkning av deknl. § 2-2 om hva som «tilhører» skyldner på konkurstidspunktet. Selv om bestemmelsen ikke skiller mellom løsøre og penger, kommer penger i en særstilling pga. sin fungible karakter. Hvilken betydning den fungible karakteren har for vurderingen av separatistrett til penger eller et surrogat gir ikke lovgivningen svar på. Det må derfor ses hen til hvordan bestemmelsen er tolket i praksis. De nærmere vilkårene for separatistrett til penger og surrogater er ulovfestede.

Selv om begge problemstillingene er basert på ulovfestet rett, er det forskjeller mellom dem som gjør metoden noe ulik. Ved problemstilling 1, separatistrett til penger ved sammenblanding, er målet å finne det nærmere innholdet i vilkår 2 om faktisk adskillelse. Analysen tar derfor utgangspunkt i dette vilkåret. Innholdet klarlegges nærmere ved å analysere Høyesterettspraksis, samt voldgiftsdommen i RG 1985 s. 400 (Drammensranet) av enedommer Brækhus. Selv om voldgiftspraksis ikke har noen rettskildemessig vekt, vil den kunne ha argumentasjonsverdi.[10] Den aktuelle voldgiftsdommen er dessuten akseptert både i teori og rettspraksis.[11] Videre brukes lagmannsrettsavgjørelser som illustrasjoner for hvordan problemstillingene er løst i praksis og som argumenter for hva som er og bør være gjeldende rett. Det jeg finner i rettspraksis må vurderes på bakgrunn av utviklingen av vilkåret i juridisk teori og de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Juridisk teori er noe sprikende, og de ulike

[10] Andenæs (2009b) s. 101.
[11] Eksempelvis LH-2003-330 og LG-1994-431, Rt. 2014 s. 253 U, Haukaas (2009) og Sæbø (2013).

synspunktene må tas i betraktning. Selv om juridisk teori normalt ikke er noen tungtveiende rettskilde, kan den tillegges noe større vekt pga. mangelen på andre, klare, rettskilder.[12]

Ved problemstilling 2, separatistrett til surrogat, er vilkår 2 i utgangspunktet ikke innfridd. Det antas imidlertid at vi i norsk rett har et ulovfestet surrogasjonsprinsipp på konkursrettens område, men det nærmere innholdet i et slikt prinsipp er uklart.[13] For å klarlegge dette tas det utgangspunkt i surrogasjonslovgivning på andre rettsområder, tidligere rettspraksis og utviklingen i juridisk teori, for å utlede aktuelle surrogasjonsrettslige momenter. Deretter analyseres Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) i lys av det jeg har funnet i det øvrige kildematerialet, samt en avveining av reelle hensyn. På denne måten vil jeg forsøke å klarlegge innholdet i en ulovfestet surrogatlære på konkursrettens område.

1.3 Begrepsbruk, avgrensninger og veien videre

I oppgaven kalles den opprinnelige eller reelle eier av pengene for *hjemmelsmann* i tråd med formuerettens begrepsbruk.[14] Begrepet *reelle eier* vil imidlertid brukes der dette passer bedre. Den som går konkurs (konkursdebitor) omtales som *skyldner*. Med *kreditor* menes dekningssøkende kreditorer, som i konkurstilfellene utgjør konkursboet.[15]

Særlig utenfor konkurslitteraturen omtales separatistrett også som *vindikasjon*. Dette er f.eks. aktuelt ved spørsmål om foreldelse og forsinkelsesrenter.[16] Oppgavens rammer gir ikke anledning til å gå inn på dette. Med vindikasjonsrett menes «rette eiers krav på å få et bestemt formuesgode utlevert dersom det er kommet på avveie».[17] Begrepene separatistrett og vindikasjon er dermed innholdsmessig ganske like. I denne oppgaven brukes hovedsakelig begrepet separatistrett da dette gir uttrykk for «en særrett til dekning» i en insolvenssituasjon.[18] Hvor jeg bruker begrepet vindikasjon er det ikke ment å ha et annet meningsinnhold enn separatistrett.[19] Begrepet *separatistrett* kan i vid forstand også omfatte

[12] Lilleholt (2014) s. 21-22, og Nygaard (2004) s. 255.
[13] Marthinussen (2015) s. 35 i note 70.
[14] Se eksempelvis Lilleholt (1994) s. 22.
[15] *Ibid.* s. 18.
[16] Bergsåker (2010) s. 18-19.
[17] Haukaas (2009) s. 28.
[18] *Ibid.* s. 28.
[19] Begrepet vindikasjon brukes kun ved gjennomgang av rettskilder som selv bruker dette begrepet.

andre rettigheter enn eiendomsrett, f.eks. panterett.[20] I denne oppgaven tas det kun stilling til separatistrett på bakgrunn av eiendomsrett.

Oppgaven gjelder hjemmelsmannskonflikten, altså hvor pengene kommer *fra* den reelle eier *til* skyldner. Det fokuseres derfor ikke på typiske ut av boet-konflikter, f.eks. hvor skyldner har satt av et beløp på en konto for å betale en bestemt kreditor. Rettspraksis som gjelder sistnevnte brukes likevel i oppgaven i den grad den illustrerer vilkårene for separatistrett til penger generelt.

I det følgende vil jeg i kapittel 2 presentere vilkårene for separatistrett til penger i konkurs. I kapittel 3 gjennomgås de legislative hensyn som gjør seg gjeldende for begge problemstillingene. Videre i kapittel 4 går jeg nærmere inn på sammenblandingsproblematikken og hvorvidt sammenblanding utelukker separatistrett, samt omfanget av en eventuell separatistrett. Deretter vil jeg i kapittel 5 klarlegge innholdet i en ulovfestet surrogasjonsregel, for å finne ut om separatistrett kan tilkjennes til tross for at vilkår 2 ikke er innfridd. Avslutningsvis i kapittel 6 kommer jeg med refleksjoner over dagens rettstilstand.

[20] Lilleholt (2012) s. 38.

2 Vilkårene for separatistrett til penger i konkurs

2.1 Generelt om vilkårene

Vilkårene for separatistrett til penger i konkurs er som nevnt ulovfestede regler utviklet gjennom teori og praksis. I realiteten er disse vilkårene en tolkning av deknl. § 2-2 om hva som «tilhører skyldner», tilpasset fungible midler. Spørsmål om separatistrett er dermed et spørsmål om hvem som har eiendomsrett til pengene; avgjørende er hvorvidt pengene fortsatt tilhører hjemmelsmann eller om eiendomsretten har gått over på skyldner.

I 1953 omtalte Opsahl vilkårene for separatistrett til penger slik: For det første må debitor ikke «ha vært berettiget til å trekke pengene inn i sin egen omsetning» og for det annet må midlene «faktisk være holdt atskilt» slik at de har «bevart… sin individualitet, uforstyrret av debitors øvrige transaksjoner».[21]

Disse vilkårene har senere stått seg, og formuleres i dag normalt som 1) skyldner må ha hatt plikt til å holde pengene adskilt fra egne midler og 2) pengene må rent faktisk ha vært holdt adskilt.[22] Disse formuleringene er stikkordsmessige og noe upresise.

Vilkårene presiseres noe i Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen). Saken gjaldt spørsmål om en factoringpanthaver kunne gjøre krav på bankinnskudd som separatist i pantsetters konkursbo. Høyesterett uttaler seg på s. 1656 generelt om vilkårene for separatistrett til penger:

> *«Vilkåret for å kunne gjøre separatistrett gjeldende for et bestemt pengebeløp i debitors konkursbo, er for det første at debitor har vært uberettiget til å bruke beløpet i sin egen virksomhet og derfor opptrer rettsstridig ved ikke å holde det adskilt eller ikke å la det tilflyte fordringshaveren. Dernest er det et vilkår at beløpet lar seg påvise – identifisere – blant debitors øvrige midler».*

Dette er første gang det i høyesterettspraksis fastslås at det gjelder to *vilkår* for separatistrett til penger.[23] Uttalelsen er i tråd med tidligere formuleringer, men vilkårene klargjøres noe. En

[21] Opsahl (1953) s. 281 og s. 288-289.
[22] RG 1985 s. 400 (Drammensranet).
[23] Sml. Ørjasæter (2015) s. 139-140 som spør seg om man står overfor «rettslige vilkår eller bare retningslinjer» i bevisvurderingen.

mer presis formulering av vilkårene er dermed at skyldner ikke må kunne trekke pengene inn i egen omsetning, og at pengebeløpet må være holdt adskilt på en slik måte at de lar seg identifisere hos skyldner.[24]

Mest problematisk er spørsmålet om hva som gjelder når vilkåret om faktisk adskillelse ikke er oppfylt. Hovedfokus i denne oppgaven er nettopp å klarlegge grensen for når pengene mister sin økonomiske identitet. Før jeg går nærmere inn på denne grensedragningen, skal det redegjøres for vilkåret om skyldners plikt til å holde pengene adskilt fra egen omsetning. Dette er viktig for forståelsen av den videre gjennomgangen, ettersom vilkårene henger tett sammen. Vilkår 1 må være innfridd for at oppgavens problemstillinger aktualiseres. Ved vurderingen av problemstillingene forutsettes det derfor at vilkår 1 er oppfylt, slik at skyldner ikke har rett til å trekke pengene inn i egen omsetning.

2.2 Nærmere om vilkår 1: Pengene kan ikke trekkes inn i skyldners egen omsetning

Det første vilkåret for separatistrett til penger omtales ofte stikkordsmessig som en plikt til å holde pengene adskilt. Vilkåret er basert på hensynet til likebehandling av kreditorene og det preg av kredittgivning betroelse av penger har når skyldner *ikke* har plikt til å holde pengene adskilt fra egen omsetning.[25] Det avgjørende er hvorvidt skyldner er berettiget til å råde over pengene til egne formål.[26]

Dersom skyldner ved *betroelse eller innkreving* har rett til å råde over pengene til egne formål, er det ikke lenger tale om å eie penger i en annens besittelse, men å yte kreditt. Hjemmelsmannen tar samme risiko som øvrige kreditorer og må stilles likt med disse. Separatistrett er da klart nok avskåret. Dersom skyldner derimot *ikke* er berettiget til å trekke pengene inn i egen omsetning, er hjemmelsmannen fortsatt den reelle eier og kan fremme krav om separatistrett.

I Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling), som gjaldt rett til en hotelleiendom som surrogat for penger, vurderes ikke hvorvidt skyldner hadde plikt til å holde pengene adskilt. Saken gjaldt imidlertid underslag. Når pengene er tilegnet ved *kriminelle handlinger* vil skyldner aldri

[24] Dette i tråd med formuleringene i Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen), RG 1985 s. 400 (Drammensranet) og Opsahl (1953) s. 273, 281 og 288-289.
[25] Sæbø (2013) s. 612.
[26] Ørjasæter (2015) s. 140 og Marthinussen (2015) s. 46.

være berettiget til å trekke pengene inn i egen omsetning. Dette fremheves i RG 1985 s. 400 (Drammensranet) på s. 407, hvor Brækhus uttaler:

> *«i det foreliggende tilfelle er det klart at vilkår nummer én er oppfylt: En raner har ingensomhelst rett til å bruke de penger han har tilvendt seg ved ranet».*

Ved underslag har riktignok hjemmelsmann tatt en viss risiko ved å gi skyldner besittelsen av pengene. Hjemmelsmannen har imidlertid som regel en beskyttelsesverdig interesse i å gi skyldner besittelsen av pengene.[27] Den risiko hjemmelsmannen har tatt i underslagstilfellene bør ikke tillegges stor vekt, og det er den heller ikke i rettspraksis.[28] Uansett form for straffbar tilegnelse er det åpenbart ikke preg av kredittgivning. Vilkår 1 for separatistrett anses derfor normalt som oppfylt.[29]

En *avtalemotpart* har ikke påtatt seg samme risiko som frivillige, usikrede kreditorer. Et tilbakeføringskrav etter ugyldig avtale anses derfor normalt for å gi separatistrett i konkurs.[30] Ved betaling etter ugyldig avtale vil imidlertid pengene normalt bli sammenblandet med skyldnerens.[31] Som Andenæs påpeker vil det derfor bare kunne kreves separatistrett for restitusjonskravet dersom pengene «unntaksvis er faktisk atskilt».[32]

Hvorvidt skyldner har rett til å råde over pengene til egne formål må altså vurderes konkret med utgangspunkt i tilegnelsesmåten. I noen tilfeller kan dette være avtalt mellom partene, i andre tilfeller må forholdet mellom partene vurderes konkret. Avgjørende blir da om «det etter rettsforholdets art er naturlig å anse mottakeren forpliktet til å holde midlene i særskilt kasse».[33]

---

[27] Haukaas (2009) s. 32
[28] *Ibid* s. 32 og Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling).
[29] Se Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) og RG 1985 s. 400 (Drammensranet), Opsahl (1953) s. 281-282 og Andenæs (2009a) s. 176.
[30] Haukaas (2009) s. 33, Andenæs (2009a) s. 177-178, Sæbø (1996) s. 136.
[31] Andenæs (2009a) s. 177.
[32] *Ibid* s. 177.
[33] *Ibid* s. 179.

3 Legislative hensyn

3.1 Innledning

Uavhengig av om det kreves separatistrett til penger eller surrogater vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende. Hensynenes vekt kan variere ut fra de ulike situasjoner som oppstår, og da særlig hvordan skyldner er kommet i besittelse av pengene. Hensynene har betydning både i kartleggingen av gjeldende rett, hva som bør være gjeldende rett og i den konkrete vurdering i den enkelte sak.

Når en skyldner går konkurs, vil den reelle eier kreve tilbake det som tilhører ham i skyldners besittelse. Har skyldneren disponert over midlene i strid med sin rett, fremstår det også som rimelig at hjemmelsmannen kan kreve sine penger tilbake, eventuelt det surrogatet som er kommet istedenfor pengene. Når separatistrett utøves risikerer man imidlertid at boet tømmes for midler, noe som vil gå ut over skyldnerens usikrede kreditorer. Ettersom det i konkurs sjelden er nok midler i boet til å dekke alle kreditorenes krav, skal tapet fordeles mellom kreditorene (dividende[34]). Særlig når hjemmelsmannens midler er sammenblandet med skyldners midler eller disponert over, kan det fremstå som urimelig dersom separatistrett tilkjennes. På den annen side har kreditorene ved å gi kreditt tatt en bevisst risiko, som hjemmelsmannen ikke har tatt.

Allerede her ser vi at hensynene står mot hverandre. Separatistrett er begrunnet i hjemmelsmannens eiendomsrett, konkurs bygger på likebehandling av kreditorene. Disse hensynene må veies mot hverandre. En årsak til de uklare reglene og uenigheten rundt separatistrett ved sammenblanding og til surrogater, kan være nettopp denne avveiningen. Hensikten med denne delen av oppgaven er å redegjøre for relevante hensyn. Deretter vil hensynene anvendes underveis i oppgaven.

[34] Se dekningsloven § 6-1. Har kreditor en dividendefordring har han «krav på forholdsmessig dekning (dividende) etter sin prioritet i skyldnerens bo», jf. Andenæs (2009a) s. 391.

3.2 Hensynet til hjemmelsmann

Separatistrett er begrunnet i at hjemmelsmannen skal kunne gjøre gjeldende sin eiendomsrett overfor konkursboet.[35] Dette stemmer overens med utgangspunktet om kreditorenes beslagsrett i konkurs etter dekningsloven § 2-2; det kan bare tas beslag i det som «tilhører» skyldner. I Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1935 s. 981 (Bygland-dommen) er det slått fast at det er det reelle eierforholdet som er avgjørende. Utgangspunktet i konkurs er altså at kreditor ikke får større rett enn debitor selv har.[36] Tilkjennes ikke separatistrett pga. sammenblanding eller omdanning til surrogat, risikerer man at kreditorene tjener på midler som ikke tilhører skyldneren.

3.3 Hensynet til kreditorene

En viktig del av begrunnelsen for konkursinstituttet er likebehandling av kreditorene; konkurs skal motvirke «tilfeldige og urimelige forskjeller mellom en insolvent skyldners fordringshavere».[37] Dersom det er usikkert hvorvidt de aktuelle midlene faktisk tilhører hjemmelsmannen, hvilket kan være tilfellet ved sammenblanding og surrogat, risikerer man at hjemmelsmannen får separatistrett til penger som egentlig tilhører skyldner og således skal tilfalle konkursboet. Hensynet til kreditorene er bakgrunnen for vilkåret om at pengene rent faktisk må være holdt adskilt for at det skal kunne kreves separatistrett, for å minimere risikoen for å tappe boet for midler.

I forlengelsen av hensynet til kreditorene er hensynet til å unngå kreditorsvik viktig.[38] Reglene må være slik at vernet ikke kan utnyttes til illojale disposisjoner til kreditorenes ugunst.[39] Oppgaven fokuserer imidlertid på de tilfeller hvor hjemmelsmannen er den faktiske eier, og hensynet til å unngå kreditorsvik blir derfor ikke nærmere behandlet.

3.4 Rettstekniske hensyn

Også rettstekniske hensyn kan begrunne kravet om faktisk adskillelse. Forutberegnelighet er viktig på formuerettens område, også ved konkurs, slik at aktørene i næringslivet vet hva de

[35] Lilleholt (2012) s. 322.
[36] Lilleholt (2012) s. 260
[37] Andenæs (2009a) s. 10
[38] Lilleholt (1996) s. 74.
[39] Opsahl (1953) s. 309

har å forholde seg til.[40] Det er da behov for enkelt praktiserbare regler. Sammenblanding vil kunne føre til vanskeligheter med å påvise tilstrekkelig relasjon mellom hjemmelsmannens penger og de midler som nå er i skyldners besittelse. Rettstekniske hensyn kan tilsi en regel hvor man ikke aksepterer mange transaksjoner, for å unngå vanskelige bevismessige vurderinger.[41] Med dagens teknologi kan det imidlertid spørres hvor vanskelig det er å ha oversikt over transaksjonene, da det f.eks. enkelt kan tas kontoutskrifter. Hensynet til rettsteknisk enkle løsninger bør dermed ikke overdrives, men vil kunne spille inn ved særlig mange og kompliserte transaksjoner og omdanninger.[42]

3.5 Rimelighetsbetraktninger

Dersom vilkårene for separatistrett til penger tolkes og håndheves strengt, blir det lite rom for rimelighetsbetraktninger. Hvor pengene rent faktisk er dratt inn i skyldnerens omsetning stenger man da helt for utøvelse av separatistrett. Ettersom forutberegnelighet er viktig på formuerettens område, vil klare regler med lite rom for skjønn være hensiktsmessig.

Rimelighetsbetraktninger er likevel vektlagt særlig i nyere rettspraksis, eksempelvis Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) og RG 1985 s. 400 (Drammensranet). Begge sakene gjaldt straffbar tilegnelse av penger, og retten foretok konkrete vurderinger hvor ønsket om et rimelig resultat fremstår som tungtveiende.

I juridisk teori er rimelighetsbetraktninger ofte fremhevet i form av argumenter om at *kreditorene ikke skal tjene på skyldnerens urettmessige handlinger* eller *få en tilfeldig fordel.*[43] Hvordan skyldner har kommet i besittelse av pengene vil da være av betydning. Det vil være lite rimelig dersom eier som er fravendt penger på straffbart vis, ikke får separatistrett til pengene dersom tyven går konkurs. Ved straffbar tilegnelse er rimelighet særlig tungtveiende, men også i andre tilfeller bør rimelighet kunne vektlegges i vurderingen.

Rimelighetsbetraktningenes vekt varierer altså ut fra skyldners tilegnelse av pengene. Hvilken betydning dette får for separatistretten behandles videre i oppgaven. Det fokuseres på de tilfeller hvor skyldner har tilegnet seg pengene ved kriminell handling, ved ugyldig avtale og

[40] Lilleholt (1996) s. 70.
[41] Tilsvarende Haukaas (2009) s. 52.
[42] I RG 1985 s. 400 (Drammensranet) var det foretatt mange transaksjoner etter ranet, uten at dette var til hinder for bankens separatistrett ettersom transaksjonene var sporbare.
[43] Se Sæbø (1996) s. 131-132 med videre henvisninger. Se også Haukaas 2009 som vektlegger rimelighetsbetraktninger på s. 47-48.

betroelsestilfellene. Hjemmelsmann er i alle disse situasjonene rettmessig eier. Spørsmålet blir om vi bør ha konsekvente regler, eller om vi kan differensiere ut fra tilegnelsen på bakgrunn av rimelighetsbetraktninger. Det kan tenkes at «kravet om faktisk atskillelse i noen grad må nyanseres etter hvordan skyldneren har fått besittelsen av pengene».[44]

[44] Andenæs (2009a) s. 183, tilsvarende Haukaas (2009) s. 42.

4 Sammenblandingstilfellene

4.1 Innledning

Denne delen av oppgaven gjelder de tilfeller hvor pengene i realiteten er sammenblandet med andre midler. Problemstillingen er i hvilken utstrekning hjemmelsmannen har separatistrett til penger i konkurs når pengene er sammenblandet med skyldnerens øvrige midler.

Det sentrale i kravet om faktisk adskillelse er at hjemmelsmannens penger må kunne identifiseres, jf. presentasjonen i kap. 1.1 og 2.1. Identitetskravet uttrykkes i RG 1985 s. 400 (Drammensranet) på s. 406 som at beløpet må kunne «påvises blant debitors øvrige aktiver ved konkursåpningen». Tilsvarende uttaler Høyesterett i Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen) på s. 1656 at beløpet må la seg «påvise – identifisere – blant debitors øvrige midler». Dersom hjemmelsmannens penger ikke holdes adskilt fra skyldners omsetning, kan det være vanskelig å påvise en tilstrekkelig tilknytning til pengene i skyldners besittelse, med den virkning at den økonomiske identiteten går tapt.[45] En mer presis grense er vanskelig å trekke, og vilkåret om faktisk adskillelse og identifikasjon er derfor også vanskelig å anvende i praksis.

I Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) på s. 684 fastslår Høyesterett at dersom pengene eller surrogatet «rent bruksmessig [har] inngått som en del av selskapets vanlige formue», taler dette mot separatistrett. I RG 1985 s. 400 (Drammensranet) på s. 409 uttales at separatistretten kan gå tapt dersom «rådigheten utøves på en måte som innebærer en tilegnelse av hele beløpet, eller som gjør det umulig å fastslå hva som er tredjemanns andel og hva som er debitors andel». I Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn) på s. 465 formuleres tilsvarende som at eiendomsretten kan gå tapt ved sammenblanding «fordi det blev umulig at paavise hvilke gjenstander statens rett knyttet sig til».

Hjemmelsmannens eiendomsrett kan altså gå tapt ved sammenblanding av to grunner:
1) Skyldner har *tilegnet seg* hele beløpet.
2) Pengene har inngått i skyldners omsetning på en slik måte at det ikke er mulig å *identifisere* hva som tilhører hjemmelsmannen.

[45] Haukaas (2009) s.41.

Skyldner har *tilegnet* seg beløpet f.eks. dersom pengene har inngått i hans daglige forbruk. Pengebeløpet kan da ikke påvises hos skyldner, og det er ikke noen penger å knytte eiendomsretten til. Hjemmelsmannen vil da bare ha et krav mot skyldner, på linje med øvrige kreditorer.

Selv om pengene har inngått i skyldners omsetning kan pengeverdien i noen tilfeller være i behold hos skyldner. Når eiendomsretten til pengene da likevel kan gå tapt må det være fordi det bevismessig er vanskelig å påvise at det er hjemmelsmannens penger som er i skyldners besittelse. Grensen for når pengenes identitet er i behold eller ikke er vanskelig, og vurderes derfor videre i oppgaven.

4.2 Separatistrett til tross for sammenblanding?

4.2.1 Sammenblandingsproblematikken

Når pengene er sammenblandet med øvrige midler, blir spørsmålet *når* pengene har inngått som en del av skyldners vanlige omsetning, slik at det ikke er mulig å fastslå hva som tilhører hvem. Særlig aktuelt er betydningen av at pengene er satt inn på bankkonto, ettersom det blir stadig mindre vanlig å operere med kontante penger. Dersom det også står andre midler på kontoen, vil pengene rent faktisk være sammenblandet med andre midler. Spørsmålet er om pengene likevel kan identifiseres på en slik måte at separatistretten opprettholdes.

Vurderingen deles i to; innsettelse på særskilt konto og innsettelse på drifts- eller brukskonto. Herunder kommer jeg inn på betydningen av at pengene er sammenblandet med skyldnerens egne midler contra tredjemanns midler.

4.2.2 Innsettelse på særskilt konto

En del av de avgjørelsene som foreligger gjelder innsettelse på en særskilt bankkonto; enten pengene settes på en konto uten midler fra andre kilder, eller med midler kun fra tredjeparter, eksempelvis klientkonto eller konto for innfordrede midler. En særskilt konto er altså en konto separert fra skyldnerens ordinære omsetning. Hvorvidt kontoen faktisk er særskilt må vurderes konkret i den enkelte situasjon. Forblir f.eks. kontoen særskilt dersom skyldneren også plasserer egne midler på kontoen? Hvilken betydning får eventuelle innskudd for hjemmelsmannens separatistrett?

De klareste tilfeller av oppbevaring på særskilt konto er hvor pengene settes inn på en konto hvor det ikke oppbevares andre midler. På grunn av pengenes fungible karakter er det uproblematisk for pengenes identitet at de settes inn på en bankkonto isolert fra andre midler. Dette underbygges i Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen) på s. 1656, hvor det uttales:

> *«Så lenge kontoen i ABC bank som nevnt utelukkende omfatter beløp som skriver seg fra disse innbetalinger, er også det annet vilkår oppfylt, og det er ikke nødvendig å ta stilling til de spørsmål som oppstår ved sammenblanding med debitors eller tredjemanns midler.»*

Vanskeligere blir det hvor kontoen også er brukt til andre innskudd og eventuelt uttak. I Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn) fikk finansdepartementet separatistrett til et bankinnskudd overfor en lensmanns insolvente dødsbo. Bankinnskuddet stammet fra en sjekk fra en skattebetaler for skyldig statsskatt innfordret av lensmannen. På kontoen var det også gjort andre innskudd. Sjekken var på kr. 114.500, og det var bare tatt ut kr. 2.000 fra kontoen i ettertid. Separatistretten ble begrenset til kr. 112.500. Det ble imidlertid ikke gitt separatistrett til ett annet bankinnskudd, fordi det der var umulig å påvise om, eller hvor stor del av, beløpet som ble innsatt på denne kontoen.

Sjekkbeløpet gikk inn på en bankkonto for betrodde midler for å sikre at det offentliges midler var i behold. Førstvoterende mente at kontoen dermed var tilstrekkelig begrenset til ikke å ses som en del av lensmannens felleskasse. Kontoen var opprettet nettopp for å holde disse pengene adskilt. Sammenblanding med *tredjepersons* midler var altså ikke til hinder for at kontoen ble ansett som særskilt, noe som også i stor grad aksepteres i juridisk teori.[46]

Avgjørelsen ble avsagt under dissens med tre ulike løsninger. To dommere mente at sammenblanding hadde funnet sted, men at det likevel kunne gis separatistrett - da med fradrag for de 2.000 kr som var tatt ut fra kontoen. To andre dommere ville gi separatistrett til hele beløpet, da de mente at sammenblanding overhodet ikke hadde funnet sted. Tre øvrige dommere kom til at staten kun var uprioritert kreditor i konkursboet. Selv om det ble tilkjent separatistrett var det ikke flertall for begrunnelsen.

Det faktum at det ikke er flertall for *begrunnelsen for løsningen* innebærer at avgjørelsen ikke løser spørsmålet om hvor grensen bør gå for separatistrett til penger ved sammenblanding på

[46] Se Andenæs (2009a) s. 186 og Haukaas (2009) s. 42-47 og s. 57.

særskilt konto.[47] All den tid separatistrett ble tilkjent, kan avgjørelsen likevel tas til inntekt for at separatistretten ikke nødvendigvis går tapt når pengene settes inn på en bankkonto hvor det står midler fra før, så lenge disse midlene tilhører en tredjepart.

Voldgiftsavgjørelsen i RG 1985 s. 400 (Drammensranet) er et eksempel på at det er gitt separatistrett til tross for tilskudd fra skyldnerens egne penger og omfattende etterfølgende disposisjoner. En verditransport fra Norges Bank ble ranet av A og B. A tok sin del av ransutbyttet, kr. 3.430.000, med seg til Sveits. Sammen med ranspengene hadde han også et sted mellom kr. 50.000 og 100.000 fra andre kilder. Disse sedlene ble blandet sammen med ranspengene for å bryte sedlenes fortløpende nummerering. Det ble deretter foretatt en rekke disponeringer over pengene, blant annet: Omveksling til sveitsiske franc (CHF), plasseringer i bankbokser, innsettelse på sveitsisk CHF-bankkonto, overføringer til USD-konto, investeringer i London og tilbakeføring til Sveits. Da A senere gikk konkurs stod ca. kr. 502.000 på ulike kontoer i Sveits. Enedommer Brækhus uttaler på s. 408:

> *«Beløpet hadde nok gjennomgått en rekke transformeringer i det mellomliggende tidsrom. Men disse er klart dokumentert, og det er ikke engang antydet at A i forbindelse med transformeringene har skutt inn nye, fremmede penger».*

Selv om tilskuddsbeløpet tilhørte skyldner inngikk ikke ranspengene i As private omsetning. Brækhus uttaler på s. 407 at «det er […] klart at vindikasjonsretten opprettholdes selv om penger blir satt inn på en separat konto i en bank». Så lenge pengene ble holdt separat fra As øvrige omsetning spilte transformeringene ingen rolle for det gjenstående beløpet. Heller ikke kunne innblandingen av ett mindre beløp utelukke bankens separatistrett. Innskuddet fikk kun betydning for fordelingen av pengene.

Tilskuddsbeløpet utgjorde imidlertid en forholdsmessig liten del av totalbeløpet. Brækhus mente at «et enkelt eller et par innskudd av denne art ikke bør være fatalt» for separatistrett (s. 408). Tilskuddet var ett relativt lite engangsbeløp og var dermed lett å identifisere. De øvrige midlene, et betydelig større beløp, hadde dermed ikke mistet sin identitet.

Ønsket om å oppnå et rimelig resultat fører nok til at det lettere tilkjennes separatistrett ved straffbar tilegnelse.[48] Også ved betroelse, innfordring og betaling etter ugyldig avtale bør

[47] Tilsvarende Opsahl (1953) s. 296-297 og Marthinussen (2015) s. 39.
[48] Se Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) om underslag i kap. 5.

imidlertid resultatet bli separatistrett når pengene er satt på særskilt konto.[49] Når pengene står på en særskilt konto er det ikke fare for at separatistrett utøves i midler som skulle ha tilfalt konkursboet, og dermed blir hensynet til kreditorene lite tungtveiende.

Penger på særskilt konto anses altså å ha beholdt sin identitet, også når det oppbevares midler fra andre tredjepersoner på kontoen, og til og med dersom det oppbevares små beløp tilhørende skyldner selv. Slik sammenblanding utelukker dermed ikke separatistrett, men får betydning for fordelingen av pengene. Uttak fra den særskilte kontoen vil også kun få betydning for fordelingen. Hvor grensen går ved tilskudd av *større* beløp fra skyldneren selv, er imidlertid uavklart.

Riktignok er rettskildegrunnlaget ganske tynt; en uklar høyesterettsdom og en voldgiftsdom. Voldgiftsdommen er imidlertid akseptert både i juridisk teori og senere rettspraksis, også Høyesterett har henvist til avgjørelsen.[50] Dommen er skrevet av en anerkjent jurist på rettsområdet og er velbegrunnet. Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn) har argumentasjonsverdi til tross for at den rettskildemessige vekten er svekket pga. dissensen. Videre underbygges resultatet av juridisk teori, hvor det er bred enighet om at separatistrett ikke går tapt ved innsettelse på særskilt konto.[51] Det kan derfor legges til grunn som gjeldende rett at penger innsatt på særskilt konto beholder sin identitet.

Andenæs mener at separatistrett til kontoinnskudd normalt *bare* kan opprettholdes når pengene er satt inn på «særskilt bankkonto i skyldnerens eller tredjepartens navn».[52] At separatistrett kan gis til beløp på særskilt konto stemmer godt overens med avgjørelsene om Drammensranet og Lensmann Brønn, men dommene gir ikke grunnlag for å utelukke separatistrett når pengene *ikke* er satt på særskilt konto. I det følgende vurderes betydningen av at pengene er innsatt på skyldners drifts- eller brukskonto.

4.2.3 Innsettelse på drifts- eller brukskonto

Neste spørsmål er om sammenblanding på skyldners drifts- eller brukskonto utelukker separatistrett. Ved innsettelse på slik konto vil pengene inngå i skyldners omsetning, noe som

[49] Jf. Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn) som gjaldt innfordrede midler.
[50] Se eksempelvis LH-2003-330 og LG-1994-431, Rt. 2014 s. 253 U, Haukaas (2009) og Sæbø (2013).
[51] Andenæs (2009a) s. 184, Haukaas (2009) s. 57, Opsahl (1953) s. 292 og s. 294.
[52] Andenæs (2009a) s. 184.

etter RG 1985 s. 400 (Drammensranet) tilsier at separatistretten vil kunne gå tapt.[53] Problemet med drifts- og brukskonto er at disse normalt brukes til omfattende uttak og innsettelser, og sammenblandingen kan dermed raskt bli kompleks. Det kan bli vanskelig å påvise tilstrekkelig relasjon mellom hjemmelsmannens penger og midlene på bankkontoen når transaksjoner finner sted daglig. Likevel er det ikke gitt at pengene automatisk mister sin identitet ved innsettelse på slik konto. Hva dersom pengene bare kortvarig oppbevares på kontoen? Eller dersom transaksjonene er oversiktlige?

Et eksempel på *kortvarig oppbevaring* på drifts- eller brukskonto finner vi i Rt. 1911 s. 968. A hadde ansvaret for tegning av aksjer for et aksjeselskap. Da selskapet ble insolvent fikk A beskjed om at tegningen av aksjer skulle opphøre, men A valgte likevel å fortsette aksjetegningen. En bank betalte forskudd ved sjekk. Denne ble hevet og innsatt på selskapets alminnelige bankkonto. Beløpet ble få dager senere tatt ut igjen fra kontoen og lagt i en konvolutt. Selskapet gikk deretter konkurs. Aksjonærene ble gitt separatistrett ettersom A ble ansett som uberettiget til å fortsette aksjetegningen og beløpet ble ansett som tilstrekkelig individualisert.

Flertallet mente at det ikke hadde funnet sted noen sammenblanding. Det var ikke meningen at beløpet skulle inngå i aksjeselskapets kasse, og innskuddet ble foretatt kun for å oppbevare pengene. Mindretallet mente derimot at det beløp «som er kommet i konkursboets kasse, hører til konkursboets masse» (s. 971). I den tiden pengene stod på konto hadde innbetalingen utgjort en del av selskapets kassabeholdning, og mindretallet mente at separatistrett da var utelukket.

Høyesteretts flertall synes å legge til grunn at pengene ved en kortvarig oppbevaring på bankkonto kan anses som tilstrekkelig individualisert. Her vektlegges at *formålet* med bankinnskuddet kun var midlertidig oppbevaring. Jeg er enig i at eiendomsretten til et pengebeløp ikke bør gå tapt fordi pengene svært kortvarig har stått på samme konto som andre midler. Pengene kan likevel beholde sin økonomiske identitet.

Et slikt skille kan imidlertid være problematisk. Hvor kort tid er tilstrekkelig kort til at pengene ikke har mistet sin identitet? Dette bør imidlertid ses i en større sammenheng; hvor lang tid som har gått, hvor mange transaksjoner som er foretatt på kontoen, oversiktlighet osv.

[53] Se RG 1985 s. 400 på s. 409: *«Hvis debitor har trukket tredjemanns penger inn i sin personlige omsetning slik at denne er blitt tilsvarende inflatert, må pengene hefte for alle debitors forpliktelser».*

Det hjelper f.eks. ikke at pengene bare har stått på konto i ett døgn, dersom det er foretatt mange transaksjoner i løpet av døgnet.

Mindretallets syn gir uttrykk for et strengt krav til faktisk adskillelse, noe som kan utelukke mange vanskelige bevisspørsmål. Resultatet vil imidlertid ofte fremstå som urimelig. Flertallets votum viser at man allerede i 1911 gikk bort fra det synspunkt at innsettelse på bankkonto øyeblikkelig fører til tapt separatistrett.

Både Andenæs og Haukaas mener at dommen bygger på et rettsvernssynspunkt, og således at aksjonærene ble ansett som skyldners suksessorer, ikke hjemmelsmenn.[54] Dette fordi tredjevoterende sluttet seg til førstvoterende, men med den presisering at det avgjørende var at selskapet hadde «udsondret pengene…og herom har givet appellanterne underretning».[55] Ut fra denne synsvinkelen blir utsondringen av pengene en rettsvernsakt overfor suksessor, og gir da ikke svar på hjemmelsmannskonflikten.[56] Det er usikkert om de to siste dommerne sluttet seg til førstvoterendes separatistrettssynspunkt eller til tredjevoterendes rettsvernssynspunkt. På bakgrunn av uklarheten kan ikke dommen tillegges stor rettskildemessig vekt. Den gir likevel et argument for at pengene ikke nødvendigvis mister sin identitet idet de settes inn på skyldnerens ordinære bankkonto. Hadde pengene *ikke* blitt tatt ut igjen fra kontoen før konkursen, kunne separatistretten til beløpet ha vært i behold. Betydningen av senere utskillelse av pengene er en ut av boet-konflikt og dermed utenfor oppgavens rammer.

Vurderingen blir vanskeligere etter hvert som *flere transaksjoner foretas og bruken blir mindre oversiktlig*. Ønsket om en rettsteknisk enkel regel kan tilsi at man ved mange transaksjoner ikke bør tillate separatistrett, for slik å unngå vanskelige bevisvurderinger. Det kan imidlertid være mulig å spore beløpet tilbake til hjemmelsmannens penger uten for store anstrengelser, men i noen tilfeller kan det bli arbeidskrevende og dermed kostnadskrevende for konkursboet.[57] Ved innsettelse på drifts- eller brukskonto vil derfor separatistretten kunne gå tidligere tapt enn ved innsettelse på særskilt konto, fordi det fortere kan bli særlig komplisert å påvise en tilstrekkelig relasjon mellom hjemmelsmanns penger og midlene i skyldners besittelse. *Uttak og eventuelt underskudd* på kontoen trenger likevel ikke å utelukke separatistrett, men vil få betydning ved fordelingen av midlene.

[54] Andenæs (2009a) s. 185 og Haukaas (2009) s. 53-54.
[55] Rt. 1911 s. 968 på s. 973.
[56] Haukaas (2009) s. 54.
[57] Marthinussen (2015) s. 43.

Saken i LB-2001-945 (Borgarting) gjaldt tilbakebetalingskrav etter at en tidligere kunde ved en feil innbetalte kr. 299.900 til et selskaps bankkonto få dager før selskapet ble slått konkurs. Da innskuddet ble foretatt stod det fra før kr. 17.339,29 på kontoen. Selskapet tok ut kr. 234.000 før konkursåpningen. Lagmannsretten tilkjente kunden separatistrett til kr. 65.900; det som stod igjen av det feilinnbetalte beløp ved konkursåpningen. Retten uttalte at «selv om beløpet på kr 299.900 ble satt inn på selskapets konto, vil dette i seg selv ikke nødvendigvis innebære en sammenblanding av midler som medfører bortfall av separatistrett». Eneste bevegelser på kontoen etter innbetalingen var 3 uttak, til sammen kr. 234.000. Selv om pengene ble satt inn på selskapets driftskonto, lot de seg altså identifisere på en slik måte at det ble tilkjent separatistrett.

Et eksempel på at mange transaksjoner kan føre til tapt separatistrett er en lagmannsrettsavgjørelse fra våren 2016.[58] Saken gjaldt klage over utlegg tatt i innestående på As bankkonto. A hevdet at størsteparten av pengene tilhørte hans døtre, som hadde overført pengene til kontoen. A hadde disponert over kontoen på en slik måte at i det minste *deler* av døtrenes penger var forbrukt – det stod mindre igjen på kontoen enn døtrene totalt hadde overført. Gjennom flere inngående og utgående transaksjoner på kontoen hadde døtrenes penger inngått i As vanlige formue på en slik måte at pengene hadde mistet sin identitet. Døtrene ble dermed ikke tilkjent separatistrett til pengene.[59]

Rettsteknisk er ikke innsettelse på bruks- eller driftskonto i dag et stort problem. Særlig etter kort tid er det uproblematisk å påvise beløpets identitet blant skyldnerens øvrige midler på kontoen gjennom kontoutskrifter. Hensynet til kreditorene blir da heller ikke nødvendigvis tungtveiende; innsettelsen i seg selv utgjør ingen fare for at separatistretten utøves i midler som skulle ha tilfalt boet. Både rettstekniske hensyn og hensynet til kreditorene taler imidlertid for en regel hvor separatistretten bortfaller ved kompliserte og uoversiktlige transaksjoner på kontoen. Det vil da være umulig å bevise at hjemmelsmannen har en eierandel i denne. Pengene vil ha inngått i skyldners vanlige formue eller omsetning, jf. Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) og RG 1985 s. 400 (Drammensranet).

I tråd med både Rt. 1911 s. 968 og LB-2001-945 (Borgarting) og etter en vurdering av de reelle hensyn bør separatistrett til penger innsatt på skyldners drifts- eller brukskonto etter en konkret vurdering kunne tilkjennes både ved straffbar tilegnelse av pengene *og* ved betroelse,

[58] Gulating lagmannsretts kjennelse 09.02.2016, 16-005741ASK. Upublisert.
[59] Heller ikke vilkåret om plikt til å holde pengene adskilt var oppfylt.

innfordring og betaling etter ugyldig avtale. Også her vil man på bakgrunn av rimelighetsbetraktninger kunne strekke seg ekstra langt ved straffbar tilegnelse av pengene. Avgjørende blir graden av sammenblanding og om pengene lar seg identifisere hos skyldner.

4.2.4 Oppsummering

Som det fremgår av den gjennomgåtte praksis, er vurderingen ved sammenblandingstilfellene konkret knyttet til den enkelte sak. Dette er naturlig ettersom grensen for når pengene er sammenblandet i en slik grad at de ikke lenger lar seg identifisere, er uklar.

Momenter av betydning i vurderingen er bankkontoens karakter, hvordan skyldner har kommet i besittelse av pengene og hvor mange og kompliserte transaksjoner som er foretatt etter innsettelsen. En avveining av hensynet til kreditorene mot hensynet til hjemmelsmanns eiendomsrett er sentral, og da særlig hva som vil være et rimelig resultat i den konkrete saken. Det er klare holdepunkter i rettspraksis for at man strekker seg ekstra lang ved straffbar tilegnelse av pengene.[60] Uansett tilegnelsesmåte kan det legges til grunn som gjeldende rett at separatistretten ikke nødvendigvis går tapt ved innsettelse på bankkonto, uavhengig av om den er særskilt eller skyldners drifts- eller brukskonto.

4.3 Omfanget av separatistrett ved sammenblanding

4.3.1 Utgangspunktet

Dersom sammenblanding ikke har funnet sted er det klart at separatistrett må gis til det som måtte være igjen av beløpet på konkurstidspunktet. Gjennomgangen av rettspraksis over viser at det i en del tilfeller også kan utøves separatistrett til tross for sammenblanding med andre midler.

Omfanget av separatistretten ved sammenblanding har kommet opp i rettspraksis, men de nærmere reglene om fordelingen er ikke avklart. Særlig problematisk er hvordan en eventuell manko skal fordeles.

[60] Særlig Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) og RG 1985 s. 400 (Drammensranet).

I Marthinussens bok om separatistrett i kommisjonshandel vurderer han fire ulike fordelingsformer ved separatistrett til løsøre.[61] Omformulert til bruk på penger blir dette de alternative løsningene:

- Nekte separatistrett fordi pengene ikke kan individualiseres.
- Separatistrett til det som utvilsomt må være igjen av hjemmelsmannens penger.
- Sameie, hjemmelsmannen har rett til en forholdsmessig del av det gjenstående.
- Skyldner må først ha trukket av sine egne penger, hjemmelsmannen har derfor separatistrett til hele beløpet.

Gjennomgangen over viser at første alternativ, at separatistrett nektes fullstendig, kan utelukkes. Separatistrett utelukkes kun dersom pengene har gått tapt eller mistet sin identitet.

4.3.2 Sammenblanding med tredjepersons midler

Ved sammenblanding av flere tredjepersoners midler, eksempelvis på særskilt konto, er det bred enighet både i juridisk teori og rettspraksis om at alle får sin sameiedel i kontoen.[62] Kreditorene vil klart nok ikke ha beslagsrett i denne blandingen. Dersom det i ettertid er trukket på kontoen fordeles mankoen forholdsmessig.[63] Har noen penger kommet inn på kontoen senere enn andre, og det ikke er trukket på kontoen i ettertid av siste innskudd, vil den siste få sitt beløp tilbake i sin helhet ettersom det er åpenbart at pengene som er trukket ikke er trukket fra hans andel.[64] Dette fremheves bl.a. i RG 1985 s. 400 (Drammensranet) på s. 410:

> *«I noen tilfeller lar det seg fastslå med større eller mindre sikkerhet at visse uttak på felleskontoen gjelder bestemte sameieres penger, eller at visse innskudd på kontoen helt eller delvis må sies å være i behold når fordeling skal skje. Fordelingen av innestående på kontoen vil da skje i overensstemmelse med dette».*

[61] Marthinussen (2015) s. 36.
[62] Andenæs (2009a) s. 186, Haukaas (2009) s. 42-43, Opsahl (1953) s. 294 og Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn).
[63] Rådsegn 7 s. 20.
[64] Andenæs (2009a) s. 186 og Haukaas (2009) s. 46.

4.3.3 Sammenblanding med skyldnerens egne midler

Mer problematisk blir det når pengene er sammenblandet med skyldnerens egne midler. Her er det langt større uenighet i juridisk teori. Heller ikke i rettspraksis er en enhetlig løsning lagt til grunn. Vurderingen blir den samme uavhengig av om pengene står på særskilt konto med tilskudd fra skyldner selv, eller om pengene står på skyldners drifts- eller brukskonto. Skillet har hovedsakelig betydning for når separatistretten går tapt. I det følgende drøftes de ulike fordelingsnøklene som kan være aktuelle ved sammenblanding med skyldnerens egne midler, og hvordan en eventuell manko skal fordeles.

Separatistrett til det som utvilsomt er igjen av hjemmelsmannens penger?

Det første alternativet innebærer at hjemmelsmannen vil belastes for trekk fra kontoen hvor det ikke *helt klart* kan påvises hvilke midler det er trukket av. Fordelingsmetoden vektlegger hensynet til skyldners kreditorer tungt, slik at det ikke risikeres at separatistrett utøves i penger som skulle vært fordelt mellom kreditorene.

Andenæs mener i utgangspunktet at separatistretten går tapt idet «sammenblanding faktisk finner sted».[65] Han strekker seg likevel til å akseptere separatistrett når pengene står på særskilt konto med mindre innskudd fra skyldner selv. Hvor det i ettertid tas ut midler fra kontoen mener han imidlertid at det er umulig å vite om skyldner har tatt ut sitt eget eller hjemmelsmannens innskudd, og at separatistretten dermed må anses tapt for den del som ikke påviselig er i behold.[66] Hjemmelsmannen belastes dermed for eventuelle uttak fra den særskilte kontoen.

Sæbø uttaler at fordeling ut fra sameieprinsipper i konkurs «bare bør skje i den grad det bevismessig er tilstrekkelig klart at hovedmannens verdier er i behold».[67] Dette innebærer at det kun tilkjennes separatistrett til det som er klart sporbart. Uttalelsen tilsier likevel at dersom det ikke er foretatt uttak, vil løsningen bli sameie.

En slik løsning ble resultatet i Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn). Pengene var ikke blandet sammen med lensmannskontorets egne midler, men uttalelsene om fordelingen kan likevel få overføringsverdi. Selv om førstvoterende taler om en «medinnehaverrett» og et

[65] Andenæs (2009a) s. 184.
[66] *Ibid.* s. 185-186.
[67] Sæbø (2013) s. 611.

«rettsfellesskap», foretas ikke fordelingen etter alminnelige sameierettslige prinsipper. Førstvoterende uttaler at det i og for seg ikke var noe som tydet på at de 2000 kronene som ble tatt ut av kontoen, ikke var tatt av det beløpet som var godskrevet for sjekken. Det kunne da ikke utelukkes at dette var tilfellet. Separatistretten ble dermed begrenset til kr. 112.500. Det er som tidligere nevnt ikke flertall for begrunnelsen. Dommen fremstår dermed ikke som et klart prejudikat for denne løsningen.

I LB-2001-945 (Borgarting) tilkjente lagmannsretten separatistrett til det gjenstående av det feilinnbetalte beløpet. Uttakene på kontoen ble dermed belastet hjemmelsmannen i sin helhet, selv om det stod penger på kontoen fra før. Avgjørelsen er eksempel på at det gis separatistrett kun til det som utvilsomt var igjen av hjemmelsmannens penger.

En løsning hvor skyldner belastes for en eventuell manko harmonerer med vilkåret om at det kun kan gis separatistrett til det som kan individualiseres. Selv om det finnes utslag av denne tankemåten også i praksis, finnes ingen klare prejudikater for løsningen. En slik regel vektlegger hensynet til kreditorene for tungt, og dermed legges terskelen for separatistrett for høyt.

I RG 1985 s. 400 (Drammensranet) på s. 410 og 411 nevnes også den løsning at tredjemann belastes med uttakene, slik at det bare kan gis separatistrett til det som utvilsomt er i behold. Denne løsningen forkastes imidlertid på s. 411 på følgende grunnlag:

> *«Efter voldgiftsdommerens oppfatning kan løsning[en] … ikke begrunnes med at vindikanten har bevisbyrden for at det gjenværende beløp virkelig tilhører ham. Forutsetningen her er at det ikke foreligger tilstrekkelige objektive eller subjektive holdepunkter for å henføre de foretatte uttak til en bestemt del av sameiet... Spørsmålet om fordeling av restbeløpet er da et rent juridisk spørsmål om valg av fordelingsform; ikke et faktisk spørsmål som kan være gjenstand for bevis.»*

Etter dette er det ikke tilstrekkelig rettskildegrunnlag til å begrense separatistretten til det som utvilsomt må være igjen av hjemmelsmannens penger.

Sameie?

Det følger av sameierettslige prinsipper at fordelingen av formuesgoder i sameie mellom to eller flere parter skal skje forholdsmessig.[68] I juridisk teori argumenteres det for en sameieløsning, men både Opsahl og Haukaas kommer til at gjeldende rett er uklar.[69] Marthinussen legger derimot sameieløsningen til grunn.[70] Løsningen er ikke fastslått i rettspraksis.

Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) gjaldt rett til surrogat. Uttalelsene om fordelingen av midlene har imidlertid overføringsverdi til separatistrett til penger ved sammenblanding. Partene var enige om fordelingen. Høyesterett vurderer derfor ikke hvilken betydning påkostninger på hotellet får, men nevner at «selskapet må enten anses som sameier eller få vederlag for påkostningene» (s. 684). Selv om avgjørelsen ikke gir svar på hvilken fordelingsnøkkel som skal legges til grunn, åpner den for sameie som mulig løsning.

I RG 1985 s. 400 (Drammensranet) legges sameieløsningen til grunn: Tilskuddsbeløpet fra skyldner ble ansett å utgjøre i underkant av 3% av pengene som ble satt inn på kontoene. Banken fikk dermed separatistrett til 97% av pengene på konto ved konkursåpningen.

Sameieløsningen støttes av lov om hendelege eigedomshøve § 2. Bestemmelsen er meg bekjent ikke anvendt i rettspraksis for å underbygge sameieløsning ved separatistrett til penger. Ettersom bestemmelsen bygger på sameieprinsipper utviklet før lov om hendelege eigedomshøve, er den likevel et naturlig utgangspunkt ved spørsmål om sameierett i disse tilfeller.[71]

Bestemmelsen i hendl. § 2 lyder slik:

> *«Når lausøyreting frå to eller fleire eigarar vert såleis blanda eller samanbundne at kvar ikkje kan få sitt utskilt att utan for stor skade og kostnad, vert det sameige.*
>
> *Kvar eigar får så stor part som svarar til det verdet som skriv seg frå han.»*

[68] Rådsegn 7 s. 20: «Avgjerande for partshøvetalet er prinsipielt det verdet kvart tilskot har i blandinga eller samanbindinga».
[69] Opsahl (1953) s. 293-294 og Haukaas (2009) s. 48 og 58.
[70] Marthinussen (2015) s. 52-53.
[71] Rådsegn 7 s. 9.

Spørsmålet er om prinsippet i hendl. § 2 kan anvendes når penger er sammenblandet med skyldners egne midler, og om den forholdsmessige fordelingen kan legges til grunn ved fordeling av eventuell manko.

Bestemmelsen i hendl. § 2 gjelder for løsøreting. Ordlyden «ikkje kan få sitt utskilt att utan for stor skade eller kostnad» passer dårlig for sammenblanding av penger. Å skille ut penger fra en bankkonto vil neppe føre til stor «skade eller kostnad». Dersom det er foretatt mange disposisjoner over kontoen vil det imidlertid kunne være arbeidskrevende og dermed innebære kostnader å klarlegge hvor de ulike midlene stammer fra.[72] Ved for mange og uoversiktlige disposisjoner mistes imidlertid separatistretten helt, jf. kapittel 4.2.

I forarbeidene til bestemmelsen brukes nettopp penger som eksempel. Eksempelet går ut på at en innbruddstyv har tømt to pengeskap på en natt og man vet hvor mye han tok med seg fra hvert sted, men at noen av pengene er borte når han blir tatt dagen etter. Løsningen etter forarbeidene blir i slike tilfeller at «eigaren lyt her dela det som er att etter kor mykje tjuven stal frå kvar av dei».[73] Dersom det ikke er mulig å bevise hvem som eide de sedlene som er borte og de som er igjen, skal tapet «falla jamt på båe». Det legges således til grunn i forarbeidene at bestemmelsen gjelder for sammenblanding av kontante penger som ikke tilhører skyldner. Tilsvarende løsning bør gjelde når penger er blandet sammen på en bankkonto.

Dersom bare tredjepersoners penger er sammenblandet, som i forarbeidenes eksempel, er det klart at kreditorene ikke har noen rettighet i disse midlene. Når pengene derimot er sammenblandet med skyldnerens egne midler, har kreditorene rett på midler i samme «kasse». Ved en sameieløsning i dette tilfellet risikerer man at det utøves separatistrett i penger som skulle ha tilfalt konkursboet. Dette i sammenheng med at ordlyden i hendl. § 2 passer dårlig for penger, taler mot at prinsippet skal anvendes når pengene er sammenblandet med skyldnerens egne midler.

Sæbø argumenterer som nevnt mot sameieløsningen når det er foretatt uttak, på bakgrunn av hensynet til skyldners kreditorer. Videre påpeker han at «risikoen for at vindikasjon kan medføre at mellommannens øvrige kreditorer stilles dårligere enn om sammenblandingen ikke hadde funnet sted» trolig er bakgrunnen for den skepsis til sameieløsningen man finner i

[72] Marthinussen (2015) s. 43.
[73] Rådsegn 7 s. 20.

juridisk teori.[74] Andenæs er særlig skeptisk, da han mener at sameieløsningen er et «vilkårlig og kompliserende» unntak fra kravet om faktisk adskillelse.[75]

Det er riktig at en sameieløsning innebærer en viss risiko for at separatistretten utøves i penger som ellers skulle ha tilfalt konkursboet. Hensynet til hjemmelsmannens eiendomsrett må imidlertid tas i betraktning. Det vil være lite rimelig om hjemmelsmannen skulle miste sin eiendomsrett, og heller ikke han bør stilles dårligere pga. skyldners sammenblanding. Andenæs og Sæbø synes å legge for ensidig vekt på hensynet til kreditorene, med det utfall at terskelen for tapt separatistrett legges for lavt.

En sameieløsning ble lagt til grunn i Rt. 2014 s. 253 (Ankeutvalget). Kjennelsen gjelder beslag av penger på bankkonto når straffbart utbytte er blandet sammen med lovlige midler. Ankeutvalget anvender ikke hendl. § 2, men uttaler at utgangspunktet er at «den forholdsmessige andelen av formuesgodet kan regnes som utbytte av straffbare handling», og videre at «har man ikke holdepunkter for annet, må dette legges til grunn *både der det bare er satt inn penger på en konto, og der det er satt inn og tatt ut penger*» (min utheving). Slik forholdsmessig fordeling bør være utgangspunktet ved all sammenblanding av penger, også i konkurstilfeller. Dette underbygges av at Høyesterett i avgjørelsen henviser til RG 1985 s. 400 (Drammensranet), som gjelder separatistrett i konkurs.

Ettersom kreditorene ikke skal tjene på skyldners straffbare handlinger, taler rimelighetsbetraktninger særlig sterkt for en sameieløsning ved kriminell tilegnelse av pengene. Løsningen bør imidlertid også legges til grunn når selve tilegnelsen ikke er straffbar, f.eks. ved betroelse eller betaling etter ugyldig avtale. Også i slike tilfeller handler skyldner rettsstridig ved å trekke pengene inn i egen omsetning. Kreditorene bør dermed ikke prioriteres overfor den reelle eier, jf. deknl. § 2-2 om at beslag bare kan tas i det som «tilhører» skyldner. En forholdsmessig tapsdekning fremstår som rimeligere enn at enten konkursboet eller hjemmelsmann i sin helhet må bære risikoen for skyldnerens handlinger, og balanserer hensynet til hjemmelsmann og hensynet til kreditorene på en god måte.

Selv om sameieløsningen fremstår som noe usikker, har den altså støtte både i rettspraksis og lovgivning, og gir i tillegg et rimelig resultat. Løsningen bør derfor anses som utgangspunktet ved sammenblanding med skyldners egne midler. Hver sameier får da «så stor part som svarar

[74] *Ibid* s. 612.
[75] Andenæs (2009a) s. 186.

til det verdet som skriv seg frå han», jf. hendl. § 2, annet ledd. Skyldner, hjemmelsmann og eventuelle tredjeparter har da rett på en forholdsmessig del tilsvarende sin andel av pengene. En eventuell manko pga. uttak fra bankkonto vil belastes forholdsmessig på alle sameieparter.[76]

Selv om kontoen må sies å være i sameie mellom hjemmelsmann og skyldner, og det er manko på kontoen, kan det i noen tilfeller gis separatistrett til hele hjemmelsmanns beløp eller en større forholdsmessig del. Dette gjelder dersom det er sikkert at uttakene gjelder bestemte midler eller det er konkrete holdepunkter for at det aktuelle innskuddet må sies å være i behold på kontoen. Dette er lagt til grunn både i juridisk teori og rettspraksis.[77] Som eksempel nevner Haukaas de tilfeller hvor uttak fra konto er foretatt før en av hjemmelsmennenes penger er satt inn: Mankoen vil da fordeles forholdsmessig mellom skyldner og de hjemmelsmenn som hadde innestående på kontoen før uttaket fant sted, mens den siste hjemmelsmannen får sitt beløp tilbake i sin helhet.[78] I slike tilfeller kan det påvises tilstrekkelig relasjon mellom hjemmelsmannens penger og midlene i skyldners besittelse til å gi hjemmelsmannen separatistrett til hele sitt beløp.

Skyldner trekker først av egne midler?

Dersom skyldner har fått besittelsen av pengene ved straffbar tilegnelse kan det spørres om man kan strekke seg *enda lengre* enn den forholdsmessige fordelingen etter sameiesynspunkter. Man risikerer da å ende opp med ulike løsninger ut fra hvordan skyldner tilegnet seg pengene.

Rettspraksis virker å strekke seg særlig langt ved straffbar tilegnelse, se eksempelvis gjennomgangen av Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) og RG 1985 s. 400 (Drammensranet). Dette taler for at det kan opereres med noe ulike fordelingsnøkler. Det må da vurderes om man kan anvende tankegangen om at skyldner først trekker av sine egne midler, før han benytter seg av de ulovlig tilegnede pengene.

En viss støtte for denne fordelingsnøkkelen finnes i annenvoterendes votum i Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn). To dommere mente at statens krav ikke skulle reduseres med de 2000 kr som var trukket fra kontoen, da dette uttaket åpenbart refererte seg til det beløpet som

[76] Haukaas (2009) s. 50, betegner denne løsningen som *mankoårsaksprinsippet*.
[77] Se RG 1985 s. 400 (Drammensranet), Rt. 2014 s. 253 U, Marthinussen (2015) s. 42 og Haukaas (2009) s. 50.
[78] Haukaas (2009) s. 50-51.

innestod på kontoen da sjekkbeløpet ble satt inn. Det er ingen andre holdepunkter for å hevde dette enn at det måtte antas at det først ble trukket av pengene som allerede stod på kontoen. Dette ble imidlertid ikke resultatet i dommen, og i tillegg mente de to dommerne at det ikke hadde skjedd noen sammenblanding overhodet. Dommen er dermed ikke prejudikat for en slik løsning.

Marthinussen argumenterer mot denne løsningen. Han mener den knytter seg til subjektive forutsetninger hos skyldner, og bare unntaksvis kan legges til grunn der det er klare holdepunkter for at det som er brukt, tilhører konkursdebitor og at det som tilhører tredjemann er urørt.[79] Denne begrensningen er jeg ikke enig i. For det første bør hjemmelsmann som nevnt over alltid få separatistrett til hele beløpet når det er klart at beløpet gjenstår i sin helhet. For det andre mener jeg at så lenge pengene er fravendt hjemmelsmann på rettsstridig måte, vil det være fullt mulig å forholde seg til en *presumsjon* om at skyldner først trekker av sine egne midler. Dette er også overensstemmende med utgangspunktet om at kreditor ikke får bedre rett enn skyldner selv har. Skyldner har klart nok ikke rett til å anvende penger som han på straffbar måte har fravendt hjemmelsmannen. Løsningen nevnes som mulig løsning i RG 1985 s. 400 (Drammensranet) på s. 410:

> *«man kan fortrinnsvis belaste debitors andel med uttakene, ut fra den betraktning at debitor ved uttakene må antas å ha villet respektere tredjemanns rett så langt som mulig, og derfor først har trukket på sin egen del av fellesbeløpet.»*

Brækhus går ikke nærmere inn på dette løsningsalternativet. Dette skyldes imidlertid at partene kun hadde anført enten forholdsmessig fordeling eller vindikasjon av det som utvilsomt var i behold. Brækhus forkaster ikke løsningen.

Det er antakelig ikke tilstrekkelig rettskildegrunnlag til å legge løsningen til grunn, og fordelingsnøkkelen er dermed for usikker til å anses som gjeldende rett. Rimelighetsbetraktninger og det faktum at det i rettspraksis tydelig går frem at man ønsker å strekke seg langt ved straffbar tilegnelse taler likevel for å anvende presumsjonen. Det er heller ikke noe i den gjennomgåtte rettspraksis som utelukker en slik løsning. På bakgrunn av det generelt dårlige rettskildebildet på området, mener jeg at det bør kunne presumeres at skyldneren trekker først av sine egne midler når han har fravendt hjemmelsmannen pengene ved straffbar handling.

[79] Marthinussen (2015) s. 42 jf. s. 53.

4.4 Konklusjon

Konklusjonen er at hjemmelsmannen i stor grad har separatistrett til penger i konkurs når pengene er sammenblandet, både med tredjepersoners midler og skyldners egne midler. Sammenblandingen fører til et sameie mellom skyldners konkursbo, hjemmelsmann og eventuelle tredjepersoner. En manko fordeles forholdsmessig, med mindre det er klart hva uttakene knytter seg til. Blir sammenblandingen for komplisert mister pengene sin identitet og separatistretten faller bort. Den nærmere grensen for når pengene mister sin identitet er imidlertid uklar. Uenigheter i juridisk teori synes langt på vei å skyldes ulik vektlegging av reelle hensyn.

De lege ferenda bør man kunne strekke seg enda lengre når pengene er fravendt hjemmelsmann ved straffbar handling, med en presumsjon om at skyldneren først trekker av egne midler. Hjemmelsmannen må da få separatistrett til hele det gjenstående av beløpet.

5 Surrogasjon

5.1 Innledning

Denne delen av oppgaven gjelder de tilfeller hvor skyldner før konkurs rent faktisk har trukket pengene inn i egen omsetning, ved å bruke disse som vederlag for et nytt formuesobjekt. Det nye objektet kalles *surrogat*, og når rettigheten til pengene går over på surrogatet kalles det *surrogasjon.*[80] Problemstillingen er i hvilken utstrekning hjemmelsmannen har separatistrett til et surrogat i konkurs når pengene er omdannet til et annet objekt.

Vilkår 2 for separatistrett til penger i konkurs om at pengene må være holdt adskilt fra skyldnerens omsetning, er i disse tilfellene ikke innfridd. Eiendomsretten til pengene er således ikke i behold. Spørsmålet er om den *økonomiske identiteten* likevel er i behold i surrogatet.

I en særstilling kommer penger i form av bankinnskudd. Lilleholt og Johansen anser bankinnskudd som et surrogat for penger.[81] Jeg mener derimot at de vanlige vilkårene for separatistrett til penger gjelder ved bankinnskudd, og at dette fremgår av rettspraksis.[82] Dette er et utslag av pengenes fungible karakter: Ikke bare kan den ene seddelen byttes med en annen, men pengene kan også endre form – for eksempel fra kontanter eller sjekk til bankinnskudd. Pengenes økonomiske identitet er fortsatt i behold til tross for transformasjonen. Ved innsettelse på bankkonto vil ofte vilkårene for separatistrett til penger være oppfylt, noe som ikke er tilfellet ved spørsmål om surrogasjon. Når jeg skriver om surrogasjon forholder jeg meg derfor til de tilfeller hvor pengeverdien har gått over på et annet formuesobjekt.

Utgangspunktet for en surrogasjonsregel er deknl. § 2-2 om hva som «tilhører» skyldner. Avgjørende blir dermed om det er tilstrekkelig relasjon mellom hjemmelsmannen penger og det nye objektet, til at man kan si at dette formuesgodet «tilhører» hjemmelsmannen. Hva som skal til for at eiendomsretten til penger går over på et surrogat er ikke lovfestet på

[80] Lilleholt (2012) s. 260.
[81] *Ibid.* s. 314 og Johansen (1994b) s. 374-375.
[82] Rt. 1911 s. 968, Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn) og Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen).

konkursrettens område. Det må derfor ses hen til lovgivning på andre rettsområder, rettspraksis og juridisk teori.

De samme reelle hensyn gjør seg gjeldende som ved separatistrett til penger: Hensynet til likebehandling av kreditorene må veies mot hensynet til hjemmelsmannens eiendomsrett. Ved surrogasjon må det vurderes hvorvidt eiendomsretten kan sies å ha gått over på surrogatet, eller om eiendomsretten går tapt med pengene, slik at hjemmelsmannen må stilles likt med skyldnerens øvrige kreditorer.

I det følgende foretas først en gjennomgang av utvalgte lovbestemmelser som omhandler surrogasjon på andre rettsområder. Deretter gjennomgås utviklingen i teori og rettspraksis, før jeg forsøker å klarlegge de gjeldende vilkår for å gi hjemmelsmannen separatistrett til et surrogat som er kommet istedenfor hans penger i konkurssituasjoner. En del rettspraksis gjelder ikke konkurs, men er uttrykk for generelle surrogasjonssynspunkter og får således betydning også for surrogasjon ved konkurs.

5.2 Surrogasjonsbetraktninger i lovgivningen

Uttrykk for surrogasjonsprinsipper finnes flere steder i lovgivningen. I dette kapittelet gis det en gjennomgang av utvalgte lovbestemmelser for å se om det kan oppstilles generelle vilkår for surrogasjon.[83] Det er imidlertid viktig å ta i betraktning de ulike hensyn som gjør seg gjeldende på de ulike rettsområdene, og vurdere om bestemmelsene har overføringsverdi til konkurstilfellene.

Det følger av straffeloven § 67, annet ledd, at som utbytte regnes også «formuesgode som trer istedenfor utbytte». I de tilfeller hvor utbytte er brukt til kjøp av f.eks. fast eiendom vil således denne eiendommen kunne inndras som utbytte etter bestemmelsens første ledd. Ordlyden «trer istedenfor utbytte» gir uttrykk for et identitetskrav: Det må være identitet mellom det opprinnelige utbyttet og det nye objektet for at sistnevnte skal kunne anses som et surrogat. Det avgjørende «er om det er en påviselig sammenheng mellom det aktuelle formuesgodet og det opprinnelige utbyttet».[84]

[83] Se Andenæs (2009b) om «den generaliserende metode» s. 73-74.
[84] Matningsdal, Kommentarutgaver.no om Straffeloven 2005 - § 67, pkt. 3.3.2 på s. 5.

Ekteskapsloven § 59 har regler om skjevdeling ved separasjon og skilsmisse. Det følger av bestemmelsens første ledd at «[v]erdien av formue som klart kan føres tilbake til midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått eller senere har ervervet ved arv, eller ved gave fra andre enn ektefellen, kan kreves holdt utenfor delingen». Ordlyden «klart kan føres tilbake til» gir også uttrykk for et identitetskrav, dog kanskje noe strengere enn straffeloven § 67, jf. bruken av ordet «klart». Det fremgår av bestemmelsens forarbeider at dersom det er «tale om en ombytting av formuesgoder, må ektefellen kunne unnta fra deling de verdier som klart kan tilbakeføres til arvegods m.v.».[85] Dersom det er klart at eksempelvis arvede penger er brukt til kjøp av en hytteeiendom, vil denne være et surrogat som ektefellen kan holde utenfor delingen. Særlige hensyn gjør seg gjeldende innenfor ekteskapslovgivningen, og begrensningen til det som «klart» kan tilbakeføres er ment å hindre konflikter.[86]

Ellers kan nevnes forsikringsavtaleloven § 7-1 annet ledd hvor panthaver i noen tilfeller gis rett til forsikringssummen dersom noe skulle skje med den pantsatte eiendom, og hendl. § 2 om at det oppstår sameie i det nye objektet (surrogatet) ved sammenføyning av flere løsøregjenstander.

Etter denne gjennomgangen ser vi at tanken om rett til surrogater ikke er fremmed i norsk rett. Dette er i mange tilfeller både naturlig og rimelig også i konkurssituasjoner; dersom det f.eks. er klart at de stjålne pengene er brukt på bestemte formuesobjekter, vil det virke urimelig om den bestjålnes separatistrett skulle gå tapt. Felles for surrogasjonslovgivningen er at det stilles krav om identitet mellom det opprinnelige formuesobjekt og surrogatet. Dette er et naturlig utgangspunkt for at det i det hele tatt kan være tale om et surrogat: Man må kunne påvise en tilstrekkelig relasjon mellom de opprinnelige pengene og det nye objektet.

5.3 Utviklingen i juridisk teori

Det er skrevet lite om surrogasjon i konkurs i juridisk teori. I eldre litteratur var det en utstrakt skepsis til surrogasjonsbetraktninger. Eiendomsretten ble ansett å følge stoffet, slik at eiendomsretten ikke falt bort selv om tingen skiftet form.[87] Dette innebar at eiendomsretten

[85] Ot.prp.nr.28 (1990-1991) på s. 121.
[86] NOU 1987:30 på s. 130.
[87] Se eksempelvis Gjelsvik (1926), s. 52-53 og 447, og Scheel (1901) s. 432.

ikke kunne gå over på et surrogat som ikke bestod av det samme stoffet, i tråd med prinsippet om at eiendomsrett til løsøre opphørte når tingen gikk til grunne.[88]

I 1953 mente Opsahl at det i mange situasjoner vil være naturlig å la den opprinnelige rettigheten gå over på et surrogat. For at det nye objektet skulle kunne sies å være et surrogat måtte det ha «en slik tilknytning til den opprinnelige sum at denne kan sies å være konvertert i dette surrogat».[89] Avgjørende er således at det foreligger en økonomisk kontinuitet mellom pengene og det nye objektet. Videre påpeker han at man etter praksis strekker seg lengst i tyveritilfellene.[90]

Lilleholt legger også til grunn en ulovfestet rett til surrogater. Ved en generell, ulovfestet surrogasjonslære mener han at det må stilles som vilkår at det er en klar sammenheng mellom det opprinnelige og det nye formuesobjekt, og at midlene ikke må være sammenblandet med andre midler i mellomtiden. Under henvisning til Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) påpekes det at Høyesterett har gått langt i å akseptere surrogasjon når pengene er skaffet til veie ved straffbare handlinger: Man kan da nøye seg med en påviselig sammenheng mellom de opprinnelige pengene og et formuesgode i skyldners besittelse på konkurstidspunktet. Ved eksempelvis betaling etter ugyldig avtale vil Lilleholt imidlertid ikke være like romslig. Dette begrunner han i det preg disse forholdene har av kredittgivning, og dermed likebehandling av kreditorene. Hvor langt man kan strekke seg mener han må bero på en konkret vurdering av bakgrunnen for kravet og sammenhengen i verdirekken, samt en avveining av de motstående hensyn.[91]

Johansen har publisert to artikler om surrogasjon. Den første artikkelen er hovedsakelig en analyse av Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling). Her konkluderes det med at det avgjørende ved surrogasjon er at den økonomiske identitet er i behold.[92] Johansens andre artikkel omhandler *pant* i surrogater. En eventuell ulovfestet regel om at panteretten kan gå over på et surrogat vil ha overføringsverdi til konkurstilfellene, ettersom det i begge tilfeller er tale om ulovfestede prinsipper ut fra generelle surrogasjonsbetraktninger. Johansen konkluderer også her med at det har utviklet seg et surrogasjonsprinsipp i norsk rett, og at en panterett vil kunne

[88] Brækhus/Hærem (1964) s. 622.
[89] Opsahl (1953) s. 301-302.
[90] Se Opsahl (1953) s. 301-304 for hans gjennomgang av surrogasjon.
[91] Lilleholt (2012) s. 261 og 314.
[92] Johansen (1994a) s. 250.

gå over på et surrogat som trer i panteobjektets sted.[93] Han legger til grunn at det må påvises en tilstrekkelig relasjon mellom det opprinnelige og det nye objektet («økonomisk årsakssammenheng»), og at det må foretas en konkret vurdering hvor reelle hensyn står sentralt.[94]

Som det nyeste tilskuddet i juridisk teori på området, legger også Marthinussen til grunn at det gjelder et alminnelig surrogasjonsprinsipp, men at det ut fra det spinkle rettskildegrunnlaget er «vanskelig å si noe sikkert om hvilke slutninger man kan trekke basert på denne typen resonnementer».[95]

Nyere juridisk teori legger dermed til grunn at vi har et ulovfestet surrogasjonsprinsipp, hvor det avgjørende er at det må kunne påvises tilstrekkelig sammenheng mellom de opprinnelige pengene og det nye objektet. Den nærmere vurderingen må antakelig bli konkret, og det er enighet om at surrogasjonsretten strekker seg langt ved straffbar tilegnelse av pengene. Utover dette er innholdet i et ulovfestet surrogasjonsprinsipp uklart.

5.4 Utviklingen i rettspraksis

Allerede i Rt. 1842 s. 681 finnes uttrykk for surrogasjonssynspunkter. En kvinne hadde stjålet penger fra en kjøpmann. Saken gjaldt kjøpmannens tilbakebetalingskrav mot tyven. En del av pengene ble funnet hos henne ved en ransakelse, sammen med varer som var kjøpt for deler av de stjålne pengene. Kjøpmannen ble gitt fortrinnsrett til varene. Høyesterett gikk ikke nærmere inn på begrunnelsen, men varene var kjøpt for de kontanter som kvinnen hadde stjålet og det var dermed påviselig sammenheng mellom pengene og varene.

Tilsvarende ble hjemmelsmannen i Rt. 1863 s. 659 gitt erstatning for stjålet vadmel (tøy). Vadmelet var solgt, men det ble funnet penger hos tyven som kunne «antages at være udkommet ved Salget» (s. 660). Pengene utgjorde således et surrogat for vadmelet, og den fornærmede ble tilkjent erstatning i disse pengene. Resultatet ble imidlertid motsatt i Rt. 1869 s. 721, hvor Høyesterett ikke fant tilstrekkelig identitet mellom stjålne penger og de gjenstander som ble funnet hos tyven. Pengeseddelen som var stjålet hadde tyven både vekslet

[93] Johansen (1994b) s. 381.
[94] Se Johansen (1994b) s. 381 og 389.
[95] Marthinussen (2015) s. 35 i note 70.

og gjort innkjøp med, noe som gjorde sammenhengen mellom seddelen og gjenstandene for usikker.

Dommen i Rt. 1927 s. 571 gjaldt ikke konkurs, men gir uttrykk for generelle ulovfestede surrogasjonssynspunkter. Larsen ble frastjålet en bankbok med innestående på ca. kr. 10.000 i 1922. Noen måneder senere tegnet tyven, Teig, aksjer, og i 1923 pantsatte han disse aksjene som sikkerhet for et lån. Teig ble i 1924 dømt for tyveri av bankboken, og pliktet å erstatte Larsen kr. 10.286,83. Høyesterett vektla at panthaveren forstod eller burde ha en sterk mistanke om at Teig hadde ervervet aksjene med midler stjålet fra Larsen. Larsen ble gitt prioritet i aksjene foran etterfølgende panthaver i ond tro. Aksjene ble ansett som et surrogat for pengene innestående på bankboken.

Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen) gjaldt spørsmål om en factoringpanthaver kunne gjøre krav på bankinnskudd som separatist i pantsetters konkursbo. Banken gjorde gjeldende krav på bankinnskuddet ut fra surrogasjonssynspunkter. Høyesterett viste til at bankinnskuddet «utelukkende omfatter oppgjør for fordringer som … omfattes av factoringpantet og som transportbyrået altså urettmessig har kanalisert til kontoen» (s. 1655-1656). Likevel mente Høyesterett at det ikke var nødvendig å begrunne separatistretten i surrogasjonssynspunkter, og anvendte de generelle vilkårene for separatistrett til penger. Saken skiller seg i noen grad fra de typiske separatistrett til penger-sakene ved at den opprinnelige verdien var utestående fordringer, ikke konkrete penger. Tilfellet ligger nok i grensefeltet mellom separatistrett til penger og surrogasjon. Ettersom bankinnskuddet jo nettopp er penger, passer imidlertid reglene om separatistrett til penger godt. Som Johansen påpeker så anvender nok Høyesterett her «den sikreste og mest «anerkjente» lære for å oppnå sitt resultat».[96] Isteden for å måtte ta nærmere stilling til en så diffus lære som surrogasjon var, og fortsatt til en viss grad er, valgte således Høyesterett å benytte seg av et sikrere rettskildegrunnlag.[97]

Rettspraksis frem til dette gir ikke i klartekst uttrykk for et surrogasjonsprinsipp og eventuelt innholdet i dette. Likevel er det altså tilkjent separatistrett til surrogater i flere tilfeller, da særlig ved straffbar tilegnelse.[98] Videre ser vi at surrogatet både kan være penger og gjenstander. Selv om det ikke klart fremgår noen vilkår for surrogasjon, tar vurderingene

[96] Johansen (1994b) s. 372.
[97] *Ibid.* s. 372.
[98] Rt. 1842 s. 681, Rt. 1863 s. 659 og Rt. 1927 s. 571.

utgangspunkt i hvilke relasjon det er mellom det opprinnelige og surrogatet: Det må være en tilstrekkelig sammenheng for at det skal kunne tilkjennes separatistrett til et surrogat.

Siste tilskudd på området er dommen i Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling). En banksjef (A) underslo 7,2 millioner kroner. Disse pengene ble benyttet av Høyfjellsutvikling, hvor A selv var styreformann og eier, til å kjøpe et hotell. Få år senere gikk selskapet konkurs og hotellet ble solgt. Salgssummen ble, i enighet mellom banken og konkursboet, satt på sperret konto. Det var foretatt påkostninger på hotellet for Høyfjellsutviklings regning. Banken ble tilkjent separatistrett til 85% av salgssummen, altså med fradrag for påkostningene.

I Høyfjellsutviklingsdommen aksepteres altså separatistrett til surrogater som trer istedenfor penger. Høyesterett setter imidlertid ikke faste vilkår for surrogasjon. Vurderingen som foretas er konkret knyttet til den aktuelle saken. Vi ser likevel to momenter av betydning: Det må være en påviselig sammenheng mellom de opprinnelige pengene og det nye objektet på konkurstidspunktet, og deretter må det vurderes konkret om separatistrett til surrogatet kan tilkjennes.[99] Den nærmere vurderingen klarlegges i kapittel 5.5, med utgangspunkt i Høyfjellsutviklingsdommen.

5.5 Dagens rettstilstand

5.5.1 Påviselig sammenheng

Det naturlige utgangspunktet for at det overhodet skal være snakk om et surrogat er at det finnes en påviselig sammenheng mellom hjemmelsmannens penger og det nye formuesobjektet. I Høyfjellsutvikling ble pengene fra underslaget brukt til oppfyllelse av kjøpekontrakten – det gjaldt således «ting som har trådt i stedet for en pengesum» (s. 683). Denne uttalelsen er i tråd med surrogasjonslovgivningen på andre områder. Det var utvilsomt at banken ville ha kunnet gjøre krav på hotelleiendommen dersom dette var blitt fremmet tidligere, i tilknytning til disponeringen av pengene.

Å påvise tilstrekkelig sammenheng blir mer problematisk når det har gått lengre tid. I Høyfjellsutvikling hadde hotelleiendommen vært i bruk i to år. Etter lengre tid vil surrogatet ha inngått som en del av besitterens alminnelige formue, herunder vil det kunne ha vært

[99] Sml. Johansen (1994a) s. 248-250, Johansen (1994b) s. 381 og 389 og Lilleholt (2012) s. 261 og 314.

gjenstand for påkostninger, blitt sammenblandet med andre ting eller vært gjenstand for verdisvingninger.[100] Felles for disse situasjonene er at den opprinnelige økonomiske identiteten kan ha gått tapt. Etterfølgende forhold må derfor inngå i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig påviselig sammenheng mellom pengene og surrogatet slik det fremstår på konkurstidspunktet.

Surrogasjonsretten begrenses dermed på samme måte som separatistrett til penger; dersom den økonomiske identiteten har gått tapt er det ikke tilstrekkelig påviselig sammenheng, og dermed tapes også retten til surrogatet. Et spørsmål som reiser seg er da hvilken betydning sammenblanding har ved surrogasjon.

I Høyfjellsutvikling var hotelleiendommen påkostet med ikke ubetydelige beløp etter at selskapet overtok den. Høyesterett fant likevel ikke at påkostninger av denne størrelsesorden i seg selv burde hindre vindikasjon. Hvor omfattende påkostninger som skal til før retten til surrogatet bortfaller må antakelig vurderes konkret, med utgangspunkt i hvorvidt den økonomiske identiteten er i behold i surrogatet. En viss grad av sammenblanding aksepteres dermed også ved surrogasjon, i alle fall ved påkostninger i etterkant. At påkostninger bare får betydning for omfanget av separatistretten, samsvarer med rettstilstanden ved separatistrett til penger ved sammenblanding.[101]

Verdisvingninger i ettertid av kjøpet er også problematisk. Et åpent spørsmål er hvem som skal tilkjennes en eventuell verdistigning. Dette var ikke aktuelt i Høyfjellsutviklingssaken, og ble derfor ikke vurdert nærmere. Vi ser imidlertid at negative verdisvingninger ble belastet banken som hjemmelsmann: hotelleiendommen var betydelig mindre verdt på konkurstidspunktet enn hva den var kjøpt for.

Hvor pengene er sammenblandet med andre midler *før* ervervet av det nye formuesobjektet er ikke behandlet av Høyesterett. Rettstilstanden er således uavklart. Som vi så i kapittel 4 utelukker ikke sammenblanding nødvendigvis separatistrett til penger. Er pengene etter sammenblandingen brukt til erverv av formuesgoder, blir det imidlertid enda vanskeligere å påvise at de opprinnelige pengenes identitet er i behold i surrogatet. Ved sammenblanding på *særskilt konto* før ervervet bør løsningen være i tråd med reglene om separatistrett til penger, slik at sammenblandingen kun får betydning for omfanget av separatistretten. Dersom det er

[100] Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) s. 683.
[101] Jf. kap. 4.2.

mange sameiere i kontoen og/eller det bare er brukt deler av beløpet til erverv av surrogatet, blir imidlertid sameiepartene vanskelig å påvise. På bakgrunn av rettstekniske hensyn bør regelen være at separatistretten til surrogatet faller bort ved slike kompliserte sammenblandinger. Johansen legger også til grunn at omfattende og betydelig sammenblanding kan føre til tapt separatistrett.[102]

Dersom pengene er sammenblandet med skyldnerens *egne* midler før kjøpet kan pengene ha inngått i skyldners omsetning på en slik måte at de har mistet sin økonomiske identitet.[103] Særlig hvor det er foretatt mange transaksjoner etter sammenblandingen kan relasjonen mellom pengene og det nye objektet være så svak at den økonomiske identiteten ikke kan sies å ha gått over på dette. Lilleholt mener at retten til surrogatet går tapt dersom pengene er sammenblandet før kjøpet.[104] Rettstekniske hensyn trekker i samme retning, for å unngå vanskelige vurderinger av relasjonen mellom surrogatet og de opprinnelige pengene. Ved sammenblanding med skyldners egne midler risikerer man lettere at pengene har inngått i skyldners omsetning og således at separatistretten går tapt.

5.5.2 Konkret vurdering

Selv om det nye objektet fremstår som surrogat for pengene er det ikke sikkert at separatistrett kan tilkjennes. Avgjørelsen beror på en konkret vurdering basert på en avveining av reelle hensyn.[105] Som vi ser i Høyfjellsutvikling er målet å oppnå et rimelig resultat i den enkelte sak. Videre gjennomgås momentene som ble vektlagt i Høyfjellsutviklingssaken, da disse vil kunne ha overføringsverdi til andre saker.

Både hjemmelsmannens og skyldners opptreden er viktige, og mulig avgjørende, momenter i vurderingen.[106] Den part som kan bebreides for situasjonen som har oppstått vil starte «i motbakke» i vurderingen, da rimelighetsbetraktninger vil tale i dennes disfavør. Dette er klarest når skyldneren er særlig å bebreide, som ved straffbar tilegnelse av pengene. Det er gjennomgående i disse tilfellene hjemmelsmenn er tilkjent separatistrett til surrogater, jf. Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling), Rt. 1842 s. 681, Rt. 1863 s. 659 og Rt. 1927 s. 571. Vekten

[102] Johansen (1994b) s. 390.
[103] Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling), RG 1985 s. 400 (Drammensranet) og Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn). Se nærmere kap. 4.1.
[104] Lilleholt (2012) s. 261.
[105] Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling), Lilleholt (2012) s. 314 og Johansen (1994b) s. 389.
[106] Sml. Johansen (1994b) s. 389-390, hvor tilsvarende omtales som «pantsetters opptreden» og «forhold på panthavers side».

av partenes opptreden illustreres i Høyfjellsutviklingsdommen, hvor en rekke etterfølgende forhold ble vurdert. Ingen av de etterfølgende forhold kunne veie opp for det faktum at pengene som hotelleiendommen var kjøpt for, var tilegnet av A ved underslag. Dette taler for at det ved straffbar tilegnelse må gjelde en utstrakt rett til surrogater i konkurs.[107]

Hjemmelsmannens opptreden vil hovedsakelig være av betydning dersom han er særlig sterkt å bebreide. I Høyfjellsutviklingsdommen kunne det faktum at banken var å bebreide for at underslaget ikke ble oppdaget tidligere, og således at separatistkravet ble fremmet sent, ikke veie opp for at pengene var tilegnet ved underslag. Hjemmelsmannens forhold spiller derfor liten rolle ved straffbar tilegnelse, men kan tenkes å tillegges større vekt i andre situasjoner.

I andre tilfeller enn tyveri, underslag og ran kan det tenkes at rimelighetshensyn ikke vil spille inn på samme måte. Jeg er enig med Lilleholt i at hvor langt man kan strekke seg da må bero på en konkret vurdering av bakgrunnen for kravet, samt en avveining av hensynet til at kreditorene ikke skal få en tilfeldig fordel pga. skyldners urettmessige handlinger mot hensynet til likebehandling av kreditorer.[108]

I Høyfjellsutviklingssaken var surrogatet en fast eiendom som normalt er beheftet og som var forutsatt beheftet av styre og aksjonærer. Dette innebar at selv om eiendommen rent bruksmessig hadde inngått som en del av selskapets vanlige formue, så utgjorde den ingen formuesverdi på selskapets hånd. Det er da liten risiko for at separatistrett utøves i dekningsobjekter som skulle ha tilfalt konkursboet, og hensynet til kreditorene blir ikke særlig tungtveiende.

Hva som gjelder for andre formuesgoder, som ikke er forutsatt beheftet, er dermed ikke avklart. Momentet var tungtveiende i vurderingen i Høyfjellsutviklingsdommen. Hensynet til kreditorene står nok sterkere i tilfeller hvor risikoen er større for å tappe boet for midler. Dette må inngå som ett av flere momenter i rimelighetsvurderingen i den konkrete sak.

Andre momenter vil kunne få betydning i vurderingen, men det må uansett tas utgangspunkt i en avveining av hensynet til hjemmelsmann mot hensynet til kreditorene.[109] I denne vurderingen vil rimelighetsbetraktninger ha stor betydning, og ved straffbar tilegnelse vil

[107] Sml. Lilleholt (2012) s. 314.
[108] *Ibid.* s. 314.
[109] Sml. Lilleholt (2012) s. 314.

rimelighetsbetraktningene antakelig som utgangspunkt føre til en løsning i hjemmelsmannens favør.

5.5.3 Omfanget av surrogasjon

Dersom det nye formuesobjektet fremstår som et surrogat for pengene uten noen form for sammenblanding eller påkostninger, må separatistrett tilkjennes i hele surrogatet. Dette ligger i selve begrepet surrogasjon; at eiendomsretten går over fra en gjenstand til en annen.[110] Dersom det tilkjennes separatistrett til surrogatet til tross for sammenblanding og påkostninger, oppstår spørsmålet om hvilken betydning dette får for omfanget av separatistretten.

Vi har ingen klare rettskilder for omfanget av surrogasjon. I Høyfjellsutviklingssaken måtte selskapet «enten anses som sameier eller få vederlag for påkostningene».[111] Partene var imidlertid enige om at separatistretten bare skulle omfatte 85% av salgsverdien, og det var også dette banken ble tilkjent. De alternative løsningene ble av denne grunn ikke nærmere vurdert.

Sameieløsningen har støtte i hendl. § 2. I den grad separatistrett kan tilkjennes ved *sammenblanding av penger før kjøpet* taler også konsekvensbetraktninger for at en sameieløsning legges til grunn, på bakgrunn av likheten med separatistrett til penger ved sammenblanding. Sameieløsningen vil da ikke være problematisk, ettersom surrogatet er kjøpt for midler som er i sameie mellom flere parter. Surrogatet er således i sameie fra starten av. Dette bør gjelde uavhengig av om surrogatet er løsøre eller fast eiendom.

Ved *påkostninger* i ettertid blir imidlertid situasjonen en annen: Det kan virke urimelig dersom en som har ytt relativt små bidrag skal tilkjennes en eierandel i surrogatet.[112] Det fremgår derfor av hendl. § 3 at dersom en del utgjør «hovudtingen i blandinga» får eieren av hovedtingen «retten til det heile». Bestemmelsen gjelder kun løsøre. Fast eiendom forblir imidlertid alltid på den opprinnelige eierens hånd, og dermed gjelder heller ikke sameieregelen i hendl. §2 for fast eiendom.[113]

---

[110] Lilleholt (2012) s. 260: «Der rett til eit formuesgode går over på andre formuesgode, talar ein gjerne om *surrogat* og *surrogasjon*».
[111] Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling) på s. 684.
[112] Sml. Rådsegn 7 s. 17.
[113] Rådsegn 7 s. 16.

Dersom resultatet ikke blir sameie, kan det være aktuelt å tilkjenne skyldners konkursbo vederlag for den verdien skyldner har tilført surrogatet, jf. Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling). Også denne løsningen har støtte i lov om hendelege eigedomshøve: Den som mister sin rett til løsøretingen etter hend. § 3, eller som øker verdien til fremmed eiendom etter § 11, har «rett til vederlag» for den verdien han har tilført, jf. § 5 (løsøre) og § 10 (fast eiendom).

Vederlagsreglene begrenses i bestemmelsenes annet ledd; dersom den som krever vederlag kan legges «noko til last for det som har hendt», kan vederlaget settes ned eller falle helt bort. I surrogasjonstilfellene vil skyldneren alltid kunne bebreides for påkostningene, ettersom han ved å bruke hjemmelsmannens penger har handlet i strid med sin rett. Påkoster skyldner noe han vet er kjøpt for midler som ikke tilhører ham, tilsier rimelighetsbetraktninger at han ikke tilkjennes vederlag. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at vederlag kan tilkjennes dersom «tilhøva likevel gjer det særleg rimeleg».[114]

Dersom påkostninger på fast eiendom likevel skal føre til sameie eller vederlag som nevnt i Høyfjellsutvikling, må det begrunnes særskilt. Begrunnelsen må da finnes i den spesielle situasjonen separatistrett til surrogater i konkurs er: Det er skyldner som har kjøpt den faste eiendommen, men for hjemmelsmannens penger. Eiendommen inngår bruksmessig i skyldners formue, til tross for at den er et surrogat som hjemmelsmannen således har eiendomsrett til. Påkostninger fra skyldner selv kommer da kanskje i en noe annen stilling enn påkostninger på annen manns eiendom i mer ordinære tilfeller. Sameieretten eller vederlaget må da eventuelt begrunnes i hensynet til kreditorenes dekningsrett.

Uavhengig av hvilken løsning som legges til grunn, vil både hjemmelsmann og konkursboet få sin del av verdien.[115] Ved sameie mellom hjemmelsmann og konkursboet er det lite sannsynlig at sameiet blir varig, og konkursboet vil antakelig kreve oppløsning etter sameieloven § 15 for å realisere verdien.[116] Løsningen får dermed størst betydning dersom hjemmelsmannen skulle ønske å beholde surrogatet. I de fleste tilfeller vil nok surrogatet selges og pengene fordeles, som i Høyfjellsutviklingssaken. Om konkursboet har rett på en del av pengene som sameier eller vederlag vil da ha liten betydning, med mindre det vurderes dithen at vederlaget kan settes ned eller falle bort etter hendl. § 5 eller § 10, annet ledd.

[114] Rådsegn 7 s. 12.
[115] Sml. Rådsegn 7 s. 18.
[116] Sml. Rådsegn 7 s. 17.

I Høyfjellsutviklingsdommen var det ikke nødvendig å ta stilling til om løsningen skulle bli sameie eller vederlag. Det er derfor uvisst hvor gjennomtenkt uttalelsen er, all den tid ingen av løsningene harmonerer helt med reglene for fast eiendom etter lov om hendelege eigedomshøve. Den rettsteknisk enkleste løsningen vil være å ta utgangspunkt i de retningslinjene som fremkommer av denne loven. Johansen mener at man bør følge retningslinjene i hendl. § 3, slik at surrogasjon må kunne godtas når surrogatet utgjør hovedtingen.[117] Han problematiserer imidlertid ikke skillet mellom løsøre og fast eiendom, selv om hendl. § 3 kun gjelder for løsøre.

Etter min mening bør vederlagsløsningen legges til grunn. På denne måten ivaretas hensynet til kreditorene i de tilfeller skyldner har påkostet fast eiendom med relativt store summer. Dessuten kan det vurderes konkret hvorvidt vederlaget skal settes ned eller ikke. På denne måten balanseres hensynet til kreditorene og hensynet til hjemmelsmannen på en god måte i den enkelte sak. Denne løsningen er dessuten mest mulig i tråd med både lov om hendelege eigedomshøve og Høyfjellsutviklingsdommen.

Etter dette kan både sameie og vederlag være aktuelt ved påkostninger på løsøre, og må vurderes etter hendl. §§ 2 og 3. Hva som er gjeldende rett når det påkostede surrogatet er fast eiendom er derimot ikke avklart, og må være opp til rettspraksis å avgjøre.

5.6 Konklusjon

Konklusjonen er at hjemmelsmannen på ulovfestet grunnlag kan tilkjennes separatistrett til surrogater i konkurs, når pengene er omdannet til et annet objekt. Grensene er uklare, men ved omfattende sammenblanding må separatistretten falle bort. I den grad separatistrett aksepteres ved sammenblanding med andre midler før kjøpet, vil dette føre til et sameie i surrogatet. Ved påkostninger er rettstilstanden uklar, men skyldners konkursbo må enten anses som sameier eller tilkjennes vederlag.

[117] Johansen (1994b) s. 386.

6 Avsluttende refleksjoner

Formålet med oppgaven var å klargjøre gjeldende rett vedrørende separatistrett til penger og surrogater i konkurs, samt å få frem sammenhengen mellom reglene.

Etter en grundig gjennomgang av rettskildene ser vi at eiendomsretten ikke nødvendigvis går tapt selv om pengene sammenblandes med øvrige midler, og heller ikke dersom de anvendes til kjøp av et annet formuesobjekt. Reglene har store likheter til tross for at vilkår 2 ikke kan anses innfridd ved surrogasjon, ettersom pengene er trukket inn i skyldners omsetning. Det avgjørende i begge tilfeller er hvorvidt den økonomiske identitet er i behold, og vurderingene beror langt på vei på konkrete vurderinger. Disse vurderingene tar utgangspunkt i en avveining av hensynet til kreditorenes dekningsrett mot hjemmelsmannens eiendomsrett, hvor rimelighetsbetraktninger langt på vei kan bli utslagsgivende. Grensen for når den økonomiske identiteten går tapt er dermed vanskelig å si noe mer konkret om.

Hovedforskjellen mellom separatistrett til penger og surrogater er at det kan være vanskeligere å påvise tilstrekkelig relasjon mellom pengene og surrogatet, enn mellom de opprinnelige pengene og pengene som på konkurstidspunktet er i skyldners besittelse. Sammenhengen i verdirekken blir fjernere når separatistretten til pengene har gått tapt, og pengene er transformert til et surrogat.[118] Således kan separatistrett til surrogater lettere gå tapt enn ved sammenblanding av penger. Videre kan det få betydning for omfanget hvorvidt det kreves separatistrett til penger eller formuesobjekter.

Reglene slik de er i dag, skaper stor usikkerhet både for konkursbo og hjemmelsmenn. Det må omfattende vurderinger til for å klarlegge hva som inngår i boet og ikke. Her er det fare for at man vikler seg inn i kompliserte vurderinger pga. pengenes fungible karakter, og glemmer at det egentlig er et spørsmål om hvorvidt pengene eller surrogatet «tilhører» skyldner etter deknl. § 2-2. Vilkårene bidrar til å konkretisere vurderingen av hvem som har eiendomsretten, og er nok ikke ment å skulle innskrenke separatistretten til penger.[119]

En annen fare ved reglene er at den enkelte rettsanvenders syn på de motstående hensyn kan få avgjørende vekt, og således kan utfallet bli vilkårlig. Vi har sett at Andenæs og Sæbø er

[118] Sml. Lilleholt (2012) s. 314.
[119] Ørjasæter (2015) s. 139.

kreditorvennlige i sine fremstillinger, med det utfall at de synes å legge en for streng terskel for separatistrett til penger til grunn.[120]

Ettersom forutberegnelighet er viktig på formuerettens område, er disse uklare reglene særlig uheldige.[121] Selv om vurderingen for å avgjøre om det er tilstrekkelig identitet mellom hjemmelsmannens penger og penger eller surrogater i skyldners besittelse nødvendigvis må være konkret, er det behov for klarere retningslinjer for vurderingen. Det er også behov for å klarlegge omfanget av separatistretten. Her bør etter min mening reglene i lov om hendelege eigedomshøve legges til grunn, med unntak for separatistrett til penger ved sammenblanding etter straffbar tilegnelse, hvor jeg har argumentert for at man *de lege ferenda* bør kunne legge til grunn en presumsjon om at skyldneren først trekker av egne midler.

[120] Andenæs (2009a) se særlig s. 186, og Sæbø (2013) s. 611.
[121] Lilleholt (1996) s. 70.

Litteraturliste

Lovgivning

Lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameige

Lov 10. april 1969 nr. 17 om hendelege eigedomshøve

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler

Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Forarbeider

NUT 1969:4 Rådsegn 7 – Om hendelege eigedomshøve, Sivillovbokutvalget

NOU 1987:30 – Innstilling til ny ekteskapslov – del II

Ot.prp.nr.28 (1990-1991) – Om lov om ekteskap

Rettspraksis

Høyesterettspraksis:

Rt. 1842 s. 681

Rt. 1863 s. 659

Rt. 1869 s. 721

Rt. 1911 s. 968

Rt. 1927 s. 571

Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn)

Rt. 1935 s. 981 (Bygland)

Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen)

Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling)

Rt. 2014 s. 253 U (Ankeutvalget).

Lagmannsrettspraksis:

LG-1994-431 (Gulating)

LB-2001-945 (Borgarting)

LH-2003-330 (Hålogaland)

Gulating lagmannsretts kjennelse 09.02.2016, 16-005741ASK-GULA/AVD2 (Upublisert)

Voldgift:

RG 1985 s. 400 (Drammensranet)

Litteratur

Bøker og artikler:

Forkortelse	**Fullstendig henvisning**
Andenæs (2009a)	Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. Utgave (Oslo 2009).
Andenæs (2009b)	Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære,* 2. utgave (Oslo 2009).
Bergsåker (2010)	Bergsåker, Trygve, «Condictio indebeti og annen tilbakesøkning. Vindikasjon eller obligatoriske krav?», *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder, Festskrift til Mads Henry Andenæs* (Oslo 2010) s. 15-20.
Brækhus/Hærem (1964)	Brækhus, Sjur, og Hærem, Axel, *Norsk tingsrett,* (Oslo 1964)

Gjelsvik (1926)	Gjelsvik, *Norsk tingsret: Forelæsninger av professor Gjelsvik*, 2. utgave (Oslo 1926).
Hagstrøm (2011)	Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011).
Haukaas (2009)	Haukaas, Hans Erik, «Separatistrett til penger i konkurs», *Jussens Venner* 2009, s. 25-59.
Johansen (1994a)	Johansen, Johnny, «Om vindikasjon av surrogater. Høyesteretts dom i Høyfjellsutviklingsaken (Rt-1993-679)», *Lov og Rett* 1994, s. 242-250.
Johansen (1994b)	Johansen, Johnny, «Pant i surrogater – om panterett kan gå over på surrogater for det opprinnelige panteobjekt», *Jussens Venner* 1994, s. 341-399.
Lilleholt (1994)	Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern* (Oslo 1994).
Lilleholt (1996)	Lilleholt, Kåre, «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens Venner* 1996 s. 69-97.
Lilleholt (2012)	Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode* (Oslo 2012).
Lilleholt (2014)	*Knophs oversikt over norges rett*, 14. utgave, utgitt av Kåre Lilleholt (Oslo 2014).
Marthinussen (2015)	Marthinussen, Hans Fredrik, *Separatistrett, direktekrav og motregning ved verdipapirhandel og annen kommisjonshandel* (Oslo 2015).

Nygaard (2004)	Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004).
Opsahl (1953)	Opsahl, Torkel, «Vindikasjon av penger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1953 s. 267-310.
Scheel (1901)	Scheel, Herman, *Forelæsninger over Norsk tingsret*, første hefte (Kristiania 1901).
Sæbø (1996)	Sæbø, Rune, «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs», *Lov og Rett* 1996 s. 123-141.
Sæbø (2013)	Sæbø, Rune, «Foreldelse ved betroelse av penger», *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad*, 2013 s. 603-614.
Ørjasæter (2015)	Ørjasæter, Jo, «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon», *Jussens Venner* 03/2015, s. 119-149.

Annet:

Matningsdal, Kommentarutgaver.no om Straffeloven 2005.	Matningsdal, Magnus, Kommentarutgaver.no om Straffeloven 2005, Universitetsforlaget 2016.