

Berikelse, restitusjon og objektiv omstøtelse

*En analyse av berikelsesbegrensningens innhold
i dekningsloven § 5-11*

Kandidatnummer: 91

Antall ord: 14176



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.22

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Oppgavens tema og omfang	3
1.2	Konkurs	4
1.3	Omstøtelse	5
1.3.1	Objektiv omstøtelse.....	6
1.3.2	Utmåling av objektive omstøtelseskrav	7
2	Allment om berikelseskrav mot godtroende motpart.....	9
2.1	Berikelseskravenes rettslige grunnlag	10
2.1.1	Condictio indebiti	10
2.1.2	Lov om hendelege eidegdomshøve	10
2.1.3	Avtalerettslig ugyldighet	11
2.1.4	Konklusjon	12
2.2	Utmåling av berikelseskrav mot godtroende mottaker.....	12
2.2.1	Condictio indebiti.....	14
2.2.2	Avtalerettslig ugyldighet	15
2.2.3	Lov om hendelege eidegdomshøve	15
2.3	Forholdet til konkursretten	16
3	Skjæringstidspunktet	19
3.1	Skjæringstidspunktets betydning.....	19
3.1.1	Skjæringstidspunkter i lov om hendelege eidegdomshøve	19
3.1.2	Forholdet mellom god tro, ond tro og skjæringstidspunktet	20
4	Om avkastning på det mottatte.....	22
4.1	Avkastning.....	22
4.1.1	Avkastning av verdipapirer	23
4.1.2	Avkastning på fast eiendom eller løsøre	24
5	Om restituerende parts fratrekksrett.....	26
5.1	Generelt	26
5.2	Forholdet til berikelsesbegrensningen	27
5.2.1	Fratrekksretten ved utgifter påløpt som en følge av den omstøtelige disposisjonen	27
5.2.2	Forbruk av det mottatte	32

5.2.3	Utgifter til å sikre avkastningen	33
5.2.4	Fratrekk for frafalt sikkerhet	34
5.2.5	Om mottakers fratrekksrett ved arbeid på tingen	35
6	Forholdet mellom mottakers berikelse og boets tap.....	38
6.1	Systemets todeling	38
6.2	Berikelsen overstiger tapet	39
6.3	Berikelseskrav mot ondtroende part?	41
7	Kildeliste	43
7.1	Lover.....	43
7.1.1	Norske lover	43
7.1.2	Andre lands lover	43
7.2	Forarbeider.....	43
7.3	Rettspraksis.....	44
7.3.1	Praksis fra Høyesterett	44
7.3.2	Underrettspraksis.....	44
7.4	Juridisk teori	44

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og omfang

Oppgaven skal ta for seg berikelsesbegrensningens innhold ved utmålingen av objektive omstøtelseskrav etter dekningsloven § 5-11. Oppgaven vil først introdusere konkurs- og omstøtelsesretten, før den presenterer berikelseskrav ved restitusjonsoppgjør. Berikelseskrav som kravstype vil presenteres gjennom en sammenligning med andre berikelseskrav i norsk rett. Det konkursrettslige berikelseskrav vil så undersøkes og resultatene vil anvendes på de praktiske spørsmål ved konkursrettslig omstøtelse.

For å forstå det konkursrettslige omstøtelseskrav er det helt sentralt å bygge på en forståelse av både de grunnleggende hensyn bak objektiv omstøtelse, berikelseskrav og berikelsesbegrensningen. Det er med dette som bakgrunn de praktiske spørsmål kan undersøkes, og forstås.

Ved utmålingen av berikelseskrav skal oppgaven svare på tre grunnleggende spørsmål: i) Hva utgjør mottakers positive berikelse? ii) Hvilke utgifter eller økonomiske tap kan gå til fratrukk fra mottakers berikelse? og iii) På hvilket tidspunkt skal mottakers berikelse beregnes?

Oppgaven vil rette sitt fokus mot de materielle rettsregler som regulerer de ovenfor nevnte spørsmål. Oppgaven avgrenser derfor mot inngående drøftelser av omstøtelsesreglens rettsstiftende regler i dekl. §§ 5-2 til 5-9. Det avgrenses også mot inngående drøftelser av bevisspørsmål og praktisk gjennomføring av omstøtelse. Bevisspørsmål og praktisk gjennomføring av omstøtelse vil likevel behandles i den utstrekning det er hensiktsmessig for å belyse fordeler og ulemper ved ulike omstøtelsesregler.

1.2 Konkurs

Konkursinstituttet har vært anerkjent i norsk rett siden 1800-tallet, og dens begrunnelse har i det vesentlige vært den samme.¹ Konkurs bygger på et grunnleggende hensyn om likestilling av en insolvent debtors fordringshavere. Ved konkursåpning likestilles de usikrede kreditorer, og de må som et kreditorfelleskap dele tapet som følge av skyldners insolvens. Konkursåpningen får da som virkning at den mest pågående kreditor som ellers ville fått dekket sitt krav også må bære sin del av tapet. Kreditorfelleskapet tar dekning i det som «tilhører skyldneren» på beslagstidspunktet jf. lov 8. juni 1984 om fordringshavernes dekningsrett (heretter «deknl.») § 2-2, og fordeler restverdiene etter reglene om dividende, som innebærer en forholdsmessig fordeling på skyldnerens fordringshavere.

Beslagsregelen i deknl. § 2-2 kan også anvendes av enkeltforfølgende fordringshavere i tiden før konkurs. Dette gir fordringshaver adgang til å skaffe seg prioritert dekning gjennom utlegg eller lønnstrekk, og med det gå foran kreditorfelleskapet forøvrig. Åpning av konkurs er derfor alene et lite effektivt verktøy for å forhindre pågående fordringshavere å få bedre dekning enn kreditorfelleskapet som enhet. Årvåkne og pågående kreditorer, som ser insolvens og konkurs komme vil kunne fremprovosere forfordeling og førtidig betaling for å sikre seg mot konkursinstituttets likestilling.

Reglene om konkurs og kreditorbeslag er likevel alene ikke tilstrekkelig til å gi fordringshavere en rimelig sikkerhet for at deres dekningsmuligheter ivaretas. I perioden før konkurs kan familie, venner, enkelte fordringshavere og fremtidige samarbeidspartnere tilgodeses med debtors formuesgoder, med den følge at konkursboet står uten verdier til dekning for de utestående krav. For å begrense debtors adgang til å forfordele, tilgodese og ellers forspille kreditorfelleskapets dekningsmuligheter, har konkursboet en adgang til å *omstøte* disposisjoner foretatt i perioden før konkursbegjæringen.

Et konkursbos adgang til å omstøte er i dekningsloven kapittel 5 avgrenset til å gjelde nærmere angitte disposisjoner, situasjoner og innenfor et nærmere angitt tidsrom forut for konkurs. Adgangen er begrenset til å gjelde disposisjoner som er presumtvt illojale, i en periode i en slik nærhet til konkursbegjæringen at debitor er presumtvt insolvent på disposisjonstidspunktet.

¹ Andenæs (2009), *Konkurs* s. 10; Rt. 1860 s.123

1.3 Omstøtelse

Reglene om omstøtelse og kreditorbeslag sikrer på hver sitt vis kreditors dekningsmuligheter i skyldnerens formuesgoder. Det er ikke opp til skyldneren om og når han gjør opp sin gjeld.²

Da trengs regler som sikrer kreditors dekning. Hjemmel for dette finnes i dekningsloven § 2-2 som sier at fordringshavere kan ta dekning i det som «tilhører» skyldneren på «beslagstidspunktet». Regelen er utgangspunktet for fordringshaveres beslagsrett.³

Bestemmelsen er et alminnelig utgangspunkt, men er alene ikke tilstrekkelig for å sikre kreditorfellesskapet dekning. Når konkurs åpnes og kreditor skal søke dekning i debtors formuesmasse, eier debitor «ingenting». Huset debitor bor i er solgt til hans kone, bilen er gitt til hans sønn og midlene han hadde er forfordelt en foretrukket kreditor. Kreditorfellesskapet står igjen på bar bakke og uten formuesgoder til dekning av debtors gjeld. Det er klart at en slik løsning er uholdbar i et samfunn hvor kreditt er en hjørnestein i økonomien. Skulle kreditor måtte stole på at debitor er «hel ved» og gjør opp for seg, måtte man påført debitor store rentekostnader for å sikre seg mot den økte unndragelsesrisikoen.

Omstøtelsesreglene oppstiller i denne sammenheng en adgang for kreditorfellesskapet til å tilsidesette konkursdebtors kreditorskadelige disposisjoner i tiden før konkurs. Boet kan derfor et stykke på vei gjenopprette situasjonen før kreditorskadelige disposisjoner ble gjennomført. Vilkår for omstøtelse er at disposisjonene er illojale ovenfor kreditor, og foretatt av en insolvent debitor.⁴ Huser deler de aktuelle kategoriene av disposisjoner som omfattes i to: boforringelser og kreditorbegunstigelser.⁵ Førstnevnte er de tradisjonelle unndragelsestilfellene hvor debitor tilgodeser venner, familie eller andre i et forsøk på å unndra formuesgoder fra dekning. I slike tilfeller forsvinner midler ut av boet og fører til en redusert dekningsmulighet samtidig som de utestående fordringer består. Sistnevnte er forfordelingstilfellene som ofte ikke får en kvantitativ påvirkning på debtors formuesmasse – en gjeld på Kr. 100 000,- betales ned med Kr. 100 000,- og balansen er således uendret. Likevel har enkeltkreditor fått full dekning til ugunst for kreditorfellesskapet forøvrig, og balansen mellom kreditorene er forrykket.

² Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2019) s. 165

³ Beslagsretten behandles ikke her.

⁴ Eller en disposisjon som står i nær sammenheng med en senere insolvens.

⁵ Huser, *Gjeldsforhandling og Konkurs* (1992) s. 49

Reglene om omstøtelse har med dette en gjenopprettende side, ved at de unndratte midlene tilbakeføres til boet. De yter samtidig et preventivt formål, idet debitor kan anse det nytteløst å forøke å unndra boet midler, eller at vinningen ikke er verdt risikoen for straffansvar han kan pådra seg.⁶ Særlig prevensjonshensynet har imidlertid vesentlige svakheter etter dagens ordning idet reglene er kompliserte og lite kjent, samt at de fleste konkursbo er tomme for midler og dermed har en begrenset mulighet til å drive etterforskning.⁷

1.3.1 Objektiv omstøtelse

Et særlig hensyn som gjør seg gjeldende ved omstøtelse, er behovet for enkel og kostnadsbesparende bobehandling. Kjennetegnet ved, og selve årsaken til konkurs, er manglende likviditet og dekningsmidler. Ofte er flere parter involvert med krav de ikke ser ut til å få dekning for, med medhørende tvister. Et system som legger opp til lang boavvikling med lengre rettsaker og tvisteløsning vil her tappe konkursboene for allerede utilstrekkelige dekningsmidler.

Tidligere, og like tilbake til Romerretten har det eksistert en alminnelig subjektiv omstøtelsesregel, *actio pauliana*.⁸ Med sine krav om klanderverdig adferd og kunnskapskrav hos kreditor byr disse bestemmelsene «opp til dans» i rettssystemet. Vanskelige bevisspørsmål er her kostnads- og prosessdrivende. Et sentralt formål bak de objektive omstøtelsesreglene er derfor å være lettanvendelige regler som enkelt omgjør de vanligste formene for illojale disposisjoner i tiden før konkurs. Slike regler vil også medføre at konkursboets prosessrisiko reduseres, noe som bidrar til at konkursbo faktisk forfølger sine krav istedenfor å gi slipp som følge av prosessrisiko og kostnader ved å føre saken. En annen side av samme formål er at reglene vil fungere som rettesnor for oppgjør *utenfor* rettsalene.⁹ At reglene gir klare resultater uten for store bevisspørsmål, vil derfor også kunne redusere prosesskostnader og legge til rette for minnelige løsninger.¹⁰

Av denne grunn er de objektive omstøtelsesregler gitt uten mulighet for mottaker å forhindre omstøtelse ved å føre bevis for konkursdebitors solvens på disposisjonstidspunktet. Reglene

⁶ Straffeloven kapittel 31

⁷ Huser, *Gjeldsforhandling og Konkurs* (1992) s. 50-51.

⁸ I norsk rett kodifisert i dekl. § 5-9, jf. NOU 1972: 20 s. 281

⁹ NOU 1972: 20 s. 301: «omstøtelsesreglene [...] tjener som rettesnor for frivillige tilbakeføringer»

¹⁰ NOU 1972: 20 s. 301

er derfor *absolutt objektive*, og rammer mottaker svært strengt.¹¹ Disposisjonen kan dermed omstøtes *selv om det kan bevises at mottaker var i god tro* eller at konkursdebitor var solvent på disposisjonstidspunktet. En slik regelutforming er ikke nytt i norsk konkursrett, og har røtter helt tilbake til konkursloven av 1863 §§ 42-45. Begrunnelsen for å utforme slike strenge regler er i tillegg til de ovenfornevnte prosesshensyn at reglene «retter seg mot transaksjoner som på grunn av sitt innhold og det tidspunkt da de ble foretatt skaper en viss presumsjon for illojalitet og for at medkontrahenten har vært i ond tro».¹² Valget om å utforme absolutt objektive regler innebærer også at typen disposisjoner og det aktuelle tidsrommet er innskrenket til å omfatte tilfeller «hvor presumsjonen for insolvens og ond tro er meget sterk».¹³

1.3.2 Utmåling av objektive omstøtelseskrav

Dekningsloven § 5-11 fastsetter at mottaker skal fralegge seg «den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen». Det gis ikke en nærmere presisering av hva denne «berikelse» innebærer, og konkurslovutvalget nøyde seg med å vise til det de mener er et «forholdsvis festnet begrep». Utvalget peker i denne sammenheng på en lang praksis i nordisk rett om krav på restitusjon av ugrunnet berikelse på en annens bekostning. For å forstå utmålingsregelen i dekl. § 5-11 er det derfor hensiktsmessig å se hen til de obligasjonrettslige berikelseskravene mer allment.

Det er grunn til å understreke skillet mellom de *rettsstiftende* forhold, og den etterfølgende *rettsvirkning*. De forhold som rettferdiggjør absolutte objektive regler er hensyntatt ved utformingen av den rettsstiftende siden, og skal dermed ikke uten videre sette føringen på rettsvirkningen. Idet ond tro ikke påvises etter dekl. §§ 5-2 til 5-8 kan man ikke legge ond tro til grunn ved utmålingen. Tvert imot følger det av konkurslovutvalgets utredning at «[d]et foreligger i slike tilfeller ikke bevis for skyld hos medkontrahenten. En plikt til å erstatte boet dets fulle tap ville da være en regel om objektivt ansvar som ville virke lite rimelig».¹⁴ En finner støtte for dette i systemet forøvrig. Deknl. § 5-9 omhandler de tilfeller hvor den annen part «ikke har vært i god tro». En logisk følge av regelen i § 5-9 er da at de øvrige omstøtelsesreglene omhandler motparter i god tro. Dette støttes opp av fratrekksretten for

¹¹ Se her om ulike regeltyper i NOU 1972: 20 s. 282

¹² NOU 1972: 20 s. 282

¹³ NOU 1972: 20 s. 282

¹⁴ NOU 1972: 20 s. 300

godtroende besitters fruktrett i dekl. § 5-11 første ledd andre punktum. Oppdelingen innebærer at en presumsjon om ond tro og illojalitet grunngir en adgang til objektiv omstøtelse uten solvensbevis. At ond tro ikke kan påvises innebærer på sin side at man ved *utmålingen* av omstøtelseskravet behandler mottaker som om han var i god tro, og derfor som et utgangspunkt stiller han økonomisk som om disposisjonen ikke var hendt.¹⁵ Utmålingssiden fungerer som en motvekt mot en ellers streng omstøtelsesadgang.

Paragraf 5-11 behandler ikke tilfeller hvor mottaker er i ond tro. Av den grunn vil god tro-regler i obligasjonsretten eksemplifiseres under.¹⁶

¹⁵ Huser, *Gjeldsforhandling og Konkurs* (1992) s. 571-572

¹⁶ God/ond tro er et binært begrep, se Falkanger, *God tro* (1998), s. 19. Dette innebærer at uaktsom god tro henføres under ond tro.

2 Allment om berikelseskrav mot godtroende motpart

Berikelsesreglene er å finne som utmålingsregler, rettsgrunnlag, regelbegrunnelse, og kan dermed ikke nødvendigvis anses som en enkelt regel.¹⁷ Ved vurderingen av de obligasjonrettslige berikelseskravene må man derfor ikke miste synet av de individuelle reglers begrunnelse når man utpensler den konkursrettslige berikelsesregelen.

Fra obligasjonsretten, læren om fordringer, er de fleste kjent med krav som springer ut fra kontrakt enten dette er betaling for avtalemessig levering, eller kompensasjon for avvik. En har også krav som oppstår som følge av skyld – erstatningskrav – hvor økonomiske tap erstattes. Berikelseskravene kan ikke plasseres i noen av disse kategoriene, idet de som den klare hovedregel regulerer tilfeller hvor en part har mottatt en «ugrunnet berikelse» på bekostning av andre, uten å ha utvist den nødvendige skylden for å kunne holdes erstatningsrettslig ansvarlig. Mottakers «berikelse» er i denne sammenheng den positive endring i mottakers formuesstilling.¹⁸

Man sier at restituerende part har mottatt en «ugrunnet berikelse» idet han ikke hadde et rettslig grunnlag for den, som ved en avtale, gave eller hevd . Likevel har vedkommende gjerne vært i god tro hva gjelder et slikt grunnlags eksistens. Det blir da klart at situasjonen ikke enkelt lar seg subsumere inn under de ovenfornevnte avtale- eller skyld kategorier. Det er foreligger likevel en ugrunnet formueforskyvning som bør restitueres. Reglene om berikelseskrav regulerer i hvilke tilfeller og i hvilken utstrekning slike forskyvninger kan restitueres.

Terminologien restitusjons- og erstatningskrav innebærer også et grunnleggende skille. Der de klassiske erstatningskravene er tapsbasert kompensasjon, er berikelseskravene gevinstbaserte tilbakeføringskrav.¹⁹

¹⁷ Krokeide (1982), punkt. 3.2

¹⁸ “Berikelse” er i denne sammenheng et rent økonomisk begrep. Det er derfor den objektive økonomiske verdi som er av interesse.

¹⁹ Nerheim (2022), s. 6

2.1 Berikelseskravenes rettslige grunnlag

Det første spørsmålet som oppstår, er hva det vil si at en berikelse er «ugrunnet». Det er klart adgang til å berike seg på andres bekostning i norsk rett, eksempelvis ved å starte et konkurrerende selskap, eller ved å tilby tilsvarende tjenester.²⁰ Ens egen berikelse vil i slike tilfeller kunne gå negativt utover de øvrige aktører, uten at disse av den grunn får et berikelseskrav mot nykommeren. Tvert imot er dette ønskelig konkurranse og utvikling i markedet. Sentralt i spørsmålet om en berikelse er «ugrunnet» er hvorvidt mottaker har hatt et rettslig krav på berikelsen. I de ovenfor nevnte tilfeller er det klart at et slikt krav er rettslig forankret i de avtaler bedriften eller tjenesteyter har med sine kunder.

2.1.1 *Condictio indebiti*

Mottakeren har vanligvis ikke rettslig grunn for mottakelsen av en pengesum dersom betaleren har gjort en feilbetaling, *condictio indebiti*. Tastefeil eller andre inkurier som medfører en differanse mellom det rettslige grunnlag og den faktiske betaling medfører at mottaker har fått overført mer penger enn han rettslig hadde krav på, og har derfor mottatt en «berikelse» uten et rettslig grunnlag. I slike tilfeller ville det vært urimelig om betaler satt maktesløs uten grunnlag for etter omstendighetene å kreve restituert differansen. At mottakers berikelse har vært «ugrunnet», og på betalers bekostning, danner derfor de grunnleggende hensyn bak den ulovfestede regelen om *condictio indebiti*.²¹ Rt. 1925 s. 531 er her illustrerende.²² Førstvoterende beskrev et krav på tilbakebetaling av for mye utbetalt forsikringspremie som: «et søksmaal om tilbakebetaling av den ved kravets fremsættelse forhaandenværende berikelse hos den av de saksøkte, som maatte sitte inde med berikelsen».

2.1.2 Lov om hendelege eieendomshøve

Tilsvarende synspunkt gjør seg gjeldende i lov 4. oktober 1969 om hendeleg eieendomshøve (hendl.) §§ 5, 6, 10, 11 og 12. Sentralt for bestemmelsene er at den som mister eiendomsrett til ting som innarbeides i en hovedting, eller som tilføres en fast eiendom har rett på vederlag tilsvarende den verdi som tilføres hovedtingen eller eiendommen. Eier av hovedtingen eller

²⁰ Hov og Høgberg, *Obligasjonsrett*, s. 78-79

²¹ Se HR-2022-563-A (50) “læren om når en tilbakebetaler kan kreve tilbakebetaling av et beløp som vedkommendes ikke var forpliktet til å betale”. Hensynet har her materialisert seg i selve regelen. Denne type formulering av *condictio indebiti*-regelen er vanlig, se også HR-2016-2491-A (80).

²² Dommen er lite brukt i juridisk teori, se Nerheim (2022), kap. 2.4.3.1 for en utfyllende gjennomgang

eiendommen har ellers fått en verdiøkning basert på innarbeiding av en annen manns ting, eller som en følge av en annen manns arbeid. Mottaker av berikelsen hadde følgelig ikke et rettslig grunnlag eller krav på berikelsen, og den er mottatt på motparts bekostning idet han har mistet eiendomsretten til sin ting eller brukt tid og penger på å øke verdien på annen manns eiendom. En lignende regel finnes i hendl. § 15, som lovfester godtroende besitters frukttrett. Bestemmelsens andre ledd regulerer avkastning i perioden før og etter saksanleggelsen, og kan være illustrerende.²³ Lovens forarbeider presiserer her at i perioden etter saksanleggelsen skal besitter gi fra seg den «netto-avkastinga» han har hatt, eller sagt med andre ord, besitters berikelse.²⁴

2.1.3 Avtalerettslig ugyldighet

Det økonomiske oppgjøret etter avtalerettslig ugyldighet hvor en eller begge av partene har ytt helt eller delvis etter avtalen vil også kunne innebære restitusjon i en eller annen form. Idet det ikke foreligger en bindende avtale, vil ytelsene være rettslig *ugrunnet*. Det er imidlertid ingen automatikk mellom «ugyldighet» og en bestemt *virkning*.²⁵ Hvilke krav som kan gjøres gjeldende mot medkontrahent avhenger derfor av om vilkårene for de ulike virkningene er oppfylt. Følgelig kan krav med grunnlag i eiendomsrett (vindikasjon), ugrunnet berikelse eller skyld fremmes dersom vilkårene for dette er oppfylt.²⁶ Idet det ikke foreligger et gyldig rettslig grunnlag for overdragelse av eiendomsrett, har det ikke skjedd et derivativt erverv. Vindikasjonsretten vil derfor i mange tilfeller være i behold, og partene kan stilles som om avtalen ikke var inngått ved at det mottatte tilbakeføres. Dersom realdebitor helt eller delvis har ytt en tjeneste, det mottatte er gått under eller blitt forbrukt, kan imidlertid vindikasjonsretten være tapt. Er medkontrahent i god tro vil det da heller ikke være grunnlag for skyldansvar.²⁷ Oppgjør må da søkes i restitusjon av det mottatte i kvantitativ forstand,

²³ Se Hendl. § 15 annet ledd. Særlig viktig er skillet mellom god og ond tro, etter saksanleggelse vil besitter bare være i god tro i helt særlige tilfeller.

²⁴ Rådsegn 7. (1962) s. 29

²⁵ Avtalelovens tredje kapittel regulerer vilkårene for «ugyldighet», og sett bort fra avtl. § 31 tredje ledd reguleres ikke ugyldighets*virkingen*.

²⁶ Nerheim (2022), Kapittel 3.3

²⁷ Ond tro utelukker ikke berikelseskrav, men disse er langt mindre praktiske dersom restitusjonskreditor har et erstatningskrav.

medkontraheants «berikelse».²⁸ Støtte for et slikt krav kan finnes i Rt. 1933 s. 660 og i juridisk teori.²⁹

2.1.4 Konklusjon

Ovenfor er det skissert tilfeller hvor krav på restitusjon av ugrunnet berikelse på bekostning av andre har sitt rettslige grunnlag i lov, rettspraksis og på ulovfestet rett. Sentralt for gjennomgangen er ikke hvilke grunnlag berikelseskrav kan bygges på, men at de grunnleggende hensyn er gjennomgående; restitusjonsdebitor har mottatt en «ugrunnet berikelse» på bekostning av restitusjonskreditor, og denne kreves restituert. Hensynet gjør seg gjeldende uavhengig av sitt rettslige grunnlag.

2.2 Utmåling av berikelseskrav mot godtroende mottaker

Kravene som er drøftet ovenfor har et felles grunnlag i motparts ugrunnede berikelse. Dette innebærer at utmålingen ikke tar utgangspunkt i det avtalte, eller restitusjonskreditors tap, men den mottatte, ugrunnede, berikelse.³⁰ Det mottatte danner av den grunn utgangspunktet for den videre drøftelsen av hvordan berikelsen utmåles. Som veiledning vil oppgaven også belyse utmålingen av andre berikelseskrav i obligasjonsretten og undersøke deres overføringsverdi til omstøtelsesretten.

Innledningsvis må det trekkes en linje mellom mottaker i god og ond tro. Som nevnt ovenfor vil berikelseskrav gjerne være mindre praktiske ved ond tro idet restitusjonskreditor ofte også vil ha et erstatningskrav mot ond troende part. Det er imidlertid ikke alltid tilfellet. I særlige tilfeller, hvor et økonomisk «tap» kan være utfordrende eller umulig å påvise, kan motpart likevel ha opptrådt rettstridig, og med dette skaffet seg en ugrunnet berikelse.³¹ I slike tilfeller vil mottaker ha en lite verneverdig rettsstilling sammenlignet med de tilfeller hvor mottaker har vært i god tro. Drøftelsen i det videre vil omhandle de tilfeller hvor mottaker har vært i

²⁸ «Berikelse» må her ikke forveksles med «berikelse i behold», det drøftes her ikke hvorvidt berikelsesbegrensningen gjør seg gjeldende i ugyldighetsoppgjør.

²⁹ Se Nerheim (2022), kapittel 3.4.2 hvor dommen er gjengitt og analysert. Øvrig støtte i juridisk teori kan finnes i note 303 og Krokeide (1982), Punkt 7.1 og 7.3.

³⁰ Nerheim (2022), punkt 3.5.6

³¹ Se som eksempel inngrep i immaterielle rettigheter og brudd på konkurranseklausuler i selskapsretten og arbeidsretten.

god tro, idet det er disse regelsettene som har overføringsverdi til oppgavens tema, rekkevidden av berikelsesbegrensningen etter dekningsloven § 5-11. Forutsetningen i det videre er med dette at mottaker har vært i god tro om at berikelsen hadde et legitimt rettslig grunnlag.

Godtroende mottaker som mottar en ytelse i henhold til avtale, oppgjør for en fordring eller lignende vil kunne trekke det mottatte inn i sin egen omsetning, pådra seg utgifter eller på annet vis forbruke pengene. Den dagen restitusjonskravet tilsvarende *hele* summen kommer, er det ikke sikkert mottaker har penger til å dekke kravet. Dersom mottaker visste at han ikke hadde et legitimt krav på pengesummen, eller visste at overføringen måtte være en feil, er han selv nærmest til å måtte bære tapet han har forårsaket ved forbruket. En mottaker som er i aktsom god tro om hans krav på pengesummen har derimot ingen grunn til å tro at han ikke selv kan disponere over midlene. I et slikt tilfelle vil tungtveiende hensyn tale for å verne mottaker. Godtroende mottaker har disponert over penger han ikke hadde noen grunn til å tro han ikke var berettiget til å disponere over, og som følge av tilgangen på disse pengene kan han ha pådratt seg utgifter han ellers ikke ville pådratt seg. Dersom utmålingen av restitusjonskravet i en slik sammenheng ble satt til restitusjonskreditors tap eller hele den overførte verdien, vil mottaker ha pådratt seg en vesentlig økonomisk risiko ved å disponere over penger han har enhver grunn til å tro er til hans disposisjon. En slik løsning rokker ved grunnleggende forutsetninger i en markedsøkonomi, nemlig at en selv disponerer over det man tror er egne midler. Dersom man utsatte seg selv for økonomisk risiko ved å bruke midler en har fått inn på egen konto, fordi noen har overført for mye eller selskapet som betaler viser seg å være på randen av konkurs, vil den økonomiske usikkerheten få negative samfunnsøkonomiske følger.

Av denne grunn har utmåling av tilbakebetalingskrav etter *condictio indebiti* tradisjonelt fulgt mottakers berikelse.³² Mer presist sier man at det er mottakers berikelse *i behold* som kan kreves restituert.³³ Regler om avgrensning av restitusjonskravet til berikelsen i behold kalles *berikelsesbegrensningen*.

³² Bergsåker (2017), *Pengekravsrett* s. 285, Arnholm (1974), *Privatrett III*, s. 164-166, Arnholm (1939), *Streiftog i obligasjonsretten*, s. 209, Hagstrøm (2021), *Obligasjonsrett* s. 687

³³ Nærmere 2.2.1 under, om utmåling av krav etter *condictio indebiti*.

2.2.1 *Condictio indebiti*

Berikelsesbegrensningen har lenge vært antatt gjeldende rett i oppgjør etter *condictio indebiti*.³⁴ Synspunktet er også kommet til uttrykk i lovgivingen; folketrygdloven § 22-15 femte ledd inneholder en eksplisitt regulering av tilbakebetalingskrav ved feilutbetaling av trygd, «begrenset til det beløp som er i behold» dersom beløpet var «mottatt i aktsom god tro». Bestemmelsen må anses som en kodifisering av *condictio indebiti*.³⁵ Begrensningen har også støtte i rettspraksis, og er inntatt både i Rt. 1925 s. 531, Rt. 1934 s. 33 og forutsetningsvis i Rt. 1934 s. 400.³⁶ Arnholm uttalte i 1939 at «i den senere norske teori er berikelsesgrensen hevet over enhver tvil».³⁷ Berikelsesbegrensningen har imidlertid møtt kritikk i nyere juridisk teori. Bergsåker uttaler i denne sammenheng at det i de fleste tilfeller ikke gir «tilstrekkelig fornuftig mening å lete etter berikelsen eller nytten», og at hovedregelen følgelig må være restitusjon av «alt eller ingenting».³⁸ Hagstrøms kritikk går i samme retning: «[p]å grunn av de vanskeligheter som det kan volde å konstatere om en berikelse er til stede på det aktuelle tidspunkt - og i tilfelle hvor stor den er - er det i retts teknisk henseende utvilsomt å foretrekke at tilbakeleveringsforpliktelsen ikke innskrenkes til berikelsen».³⁹ Innvendingene svekkes imidlertid av både Bergsåker og Hagstrøm hjemler berikelsesbegrensningen i juridisk teori, og dermed ikke har sett de ovenfor nevnte dommer, eller kodifiseringen i ftrl. § 22-15 femte ledd. De skisserte ordninger vil være strenge regler ovenfor en godtroende mottaker, og vil derfor medføre en viss usikkerhet i omsetningslivet dersom forbruk av midler man har mottatt i god tro innebærer en risiko for restitusjon utover berikelsen i behold. Ordningen står også på rettskildemessig tynn grunn, idet den er basert på prosessøkonomiske hensyn og fraviker kodifisering i lov og rettspraksis. Avslutningsvis vil løsningen passe dårlig inn med de ytterligere restitusjonsregler. Som Hagstrøm påpeker vil ordningens fordeler bare foreligge der det mottatte er penger.⁴⁰ Dette vil medføre en forskjellsbehandling mellom penger og andre formuesgoder.

Kritikken i nyere juridisk teori er av rettspolitisk art idet forfatterne gir uttrykk for at de kritiserer gjeldende rett. Det må derfor legges til grunn at det også gjelder en

³⁴ Se fotnote 32

³⁵ Se i denne sammenheng Nerheim (2022), punkt 2.4.2.

³⁶ For en grundig gjennomgang se Nerheim (2022), punkt 2.4.3, å gå inn på hver enkelt dom blir å gå for langt for denne oppgaven.

³⁷ Arnholm (1939), *Streiftog i obligasjonsretten*, s. 209

³⁸ Bergsåker (2017), *Pengekravsrett*, s. 285-286.

³⁹ Hagstrøm (2021), *Obligasjonsrett* s. 742, annerledes Lilleholt (2017), *Kontraksrett og obligasjonsrett* s. 498

⁴⁰ Hagstrøm (2021), *Obligasjonsrett* . 743

berikelsesbegrensning ved anvendelse av *condictio indebiti*. Teori og praksis som omhandler *condictio indebiti* vil følgelig være relevant når omstøtelsesrettens berikelseskrav skal sammenlignes med de øvrige berikelseskrav i obligasjonsretten.

2.2.2 Avtalerettslig ugyldighet

Også ved oppgjør etter avtalerettslig ugyldighet oppstår spørsmålet om det ved restitusjon av mottatt ugrunnet berikelse gjelder en berikelsesbegrensning.⁴¹ Spørsmålet har splittet juridisk teori, og de tunge rettskildene har uteblitt. En inngående drøftelse vil her gå utenfor oppgaven, og det vises derfor til litteratur som konkluderer i ulike retninger.⁴² Det vises også til Rt. 1933 s. 660 som gir støtte for at det bør gjelde en berikelsesbegrensning også ved oppgjør etter avtalerettslig ugyldighet.⁴³

2.2.3 Lov om hendelege eigedomshøve

En tilsvarende begrensning kan ikke legges til grunn etter hendl. §§ 5, 6, 10, 11 og 12. Restitusjonsdebitor kan bare kreves for «verdet som skriv seg» fra den innarbeidede gjenstanden eller «verdet som er tilført» eiendommen.⁴⁴ Dette innebærer at det er mottakers berikelse på skjæringstidspunktet som legges til grunn. Skjæringstidspunktet er likevel satt slik at det ikke gir mening å spørre om berikelsen er «i behold».⁴⁵ Restitusjonsdebitor beskyttes dermed ved at vederlagskravet begrenses til den mottatte berikelse, men han nyter ikke vern for forbruk, verdisvingninger eller hendelige uhell frem mot saksanleggelse. At hendl. §§ 5, 6, 10, 11 og 12 ikke innehar en berikelsesbegrensning må hensyntas dersom bestemmelsene skal brukes til veiledning ved utpenslingen av berikelsesregelen i dekl. § 5-11.

Berikelsesbegrensningen gjør seg imidlertid gjeldende etter regelen i hendl. § 15. Bestemmelsen regulerer godtroende besitters rett til det «tingen kastar av seg», og restitusjonsplikt for berikelsen i perioden etter saksanleggelse. Bestemmelsens forarbeider

⁴¹ Altså tilfeller hvor vindikasjonsretten er bortfalt og vilkårene for erstatningskrav ikke er oppfylt.

⁴² Nerheim (2022), note 385

⁴³ Nerheim (2022) punkt. 3.6.1 med etterfølgende konklusjon i punkt 3.6.4

⁴⁴ Vederlagskrav etter §§ 10 eller 11 forutsetter at tingen ikke kan skilles ut og vindiseres “utan for stor skade og kostnad” jf. § 8. Bestemmelsen legger opp til en forholdsmessighetsvurdering mellom tingens verdi og kostnadene ved utskillelse jf. NUT 1969:4 s. 26 jf. s. 20.

⁴⁵ Se om skjæringstidspunktet under punkt 3. Idet disposisjonstidspunktet er skjæringstidspunktet innebærer at mottaker har risiko for verdisvingninger frem til kravsfremsettelsen.

innfører samtidig en presisering av rekkevidden av godtroende besitters fruktrett. For tilfeller der «det er utteke eit forråd som rettsleg skulle ha vara lenge frametter [...] bør ikkje [ansvaret] gå så langt som når det gjeld avkastninga i søksmålstida. [...] Ansvaret bør [...] avgrensast til den vinning han framleis sit med».⁴⁶ Utvalget presiserer her at besitter som har gjort inngrep i substansen, er pliktig å restituere *berikelsen i behold*.⁴⁷ Også i perioden etter saksanleggelse rettes et berikelseskrav mot besitter. Han svarer for «avkastning og nytte han har hatt av tingen [...] med frådrag for kostnad til vanlig stell og vedlikehald». I forarbeidene er dette presisert til at «[d]et ansvaret gjeld, er prinsipielt netto-avkastniga».⁴⁸

2.3 Forholdet til konkursretten

En kan spørre hvordan de ovenfornevnte berikelsesregler passer inn i konkursretten. Den konkursrettslige regel om berikelseskrav er festnet i dekl. § 5-11, og har derfor sitt grunnlag direkte i lov. Huser skriver i denne sammenheng at begrunnelsen bak objektiv omstøtelse er en «helt annen» enn i de obligasjonrettslige berikelsesreglene fordi en forfordelt fordringshaver har hatt krav på oppgjør.⁴⁹ Det er min mening at dette er å trekke forskjellene for langt. Selv om disposisjonen *i seg selv* kan hjemles i avtalen mellom partene står ikke konkursdebitor fritt til å disponere over midler til ugunst for kreditorfellesskapet.⁵⁰ Dekningsloven setter eksplisitte skranker for insolvent debtors kompetanse til å råde over sine midler i tiden før konkurs.⁵¹ Dersom debitor er insolvent⁵² faller en rekke disposisjoner utenfor det lovens ordning aksepterer. Forfordelt kreditor som hevder å ha et legitimt krav på betaling er følgelig avhengig av rettstridige handlinger fra konkursdebitor for å oppnå den dekning han har fått ved den omstøtelige disposisjonen.⁵³ Den omstøtelige disposisjonen er som en konsekvens av lovens ordning rettstridig, og følgelig ikke rettslig begrunnet; kreditor har mottatt en «ubegrunnet berikelse» på kreditorfellesskapets bekostning som danner grunnlaget for et restitusjonskrav.

⁴⁶ Rådsegn 7 (1962) s. 29. Nærmere punkt 4.1 om godtroende besitters fruktrett

⁴⁷ Se om grensen mellom avkastning etter hendl. § 15 og inngrep i substansen i punkt 4.1

⁴⁸ Rådsegn 7 (1962) s. 29.

⁴⁹ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 566-567

⁵⁰ Dette følger av helt grunnleggende hensyn i konkursretten, se punkt 1.2.

⁵¹ Dekningsloven er *lex specialis* sammenlignet med avtaleloven og andre ulovfestede avtaleregler. Se dekl. kapittel 5.

⁵² Eller presumtvt insolvent ved objektiv omstøtelse, se punkt 1.3.1 over.

⁵³ Disposisjonene vil ofte også være straffbare, se straffeloven § 402

Berikelsesreglenes viktigste rolle ved objektiv omstøtelse er som utmålingsregel. Det følger av dekningslovens forarbeider at dekl. § 5-11 bygger på den alminnelige og «festnede» berikelseslæren i norsk rett. For konkursretten innebærer dette at man har ansett godtroende mottaker for å være i en tilsvarende verneverdig posisjon som mottaker etter *conditio indebiti* eller *hendl.* De grunnleggende hensyn om vern av godtroende mottaker får derfor tilsvarende vekt også ved konkursrettslig omstøtelse.⁵⁴ Til forskjell fra utmåling etter erstatningsrettslige regler ser man ikke på boets tap, men hvilken ugrunnet fordel mottaker har fått som en følge av den omstøtelige disposisjonen. Utgangspunktet er derfor, som ved restitusjon ved de øvrige berikelsesregler, den mottatte ubegrunnede berikelse. Tanken er gjenspeilet i den juridiske teorien. Huser beskriver utmålingsprinsippet ved objektiv omstøtelse som et prinsipp om at «*boets omstøtelseskrav skal utmåles slik at den annen part økonomisk settes i den stilling han ville ha vært om den omstøtelige disposisjonen ikke hadde funnet sted*». Skal mottaker stilles «som om den omstøtelige disposisjonen ikke hadde funnet sted» må også etterfølgende økonomiske hendelser som har årsakssammenheng med disposisjonen hensyntas slik at det er mottakers berikelse *i behold* som omstøtes. Høyesterett formulerte dette utgangspunktet som at «mottakeren skal fralegge seg den nettogevinst som disposisjonen har gitt».⁵⁵ Dette innebærer at *berikelsesbegrensningen* også må gjøres gjeldende ved omstøtelse etter dekl. § 5-11.

Konklusjonen er sammenfallende med rettstilstanden før dekningsloven. Dette på tross av at lov om *Concurs* og *Concursboenes Behandlings* omstøtelsesregler brukte ord som «erstatte»⁵⁶ eller «tilbakegi til boet det mottatte eller dets verdi».⁵⁷ Hagerup sa om berikelsesmålestokken «[m]aa man således opstille en fælles regel for ansvaret i alle de i konkursloven omhandlede tilfælde, synes det ikke at kunne blive nogen anden end den, at medkontrahtenten, hvor naturalrestitusjon ikke kan foregaa, alene hefter med berigelsen».⁵⁸ Også Brækhus, konkurslovutvalgets leder, uttalte at «[e]r man uskyldig bør man ikke lide tap p.g.a transaksjonen, men stilles som om man ikke hadde inngått avtalen».⁵⁹

⁵⁴ Se likevel drøftelsen om illojalitetspresumsjonen i punkt 1.3.1.

⁵⁵ Rt. 1996 s.1647 (Aksel Bruvik). Høyesterett delte seg (3-2), men uenigheten omhandlet hvorvidt det var *adgang* til å omstøte, ikke utmålingsspørsmålet.

⁵⁶ C §§ 42, 43, 45.

⁵⁷ C § 44

⁵⁸ Hagerup (1932), *Konkurs og Akkordforhandling* s. 257. Nærmere Huser (1992), *Gjeldsforhandling og konkurs*, 568-569

⁵⁹ Brækhus (1969), *Materiell konkurs- og eksekusjonsrett*, s. 125

Mottaker skal ved anvendelse av berikelsesbegrensningen som målestokk holdes økonomisk skadeløs. Lovens forarbeider inneholder imidlertid en rekke uttalelser som tilsynelatende strider med berikelsesbegrensningens utmålingsprinsipper. Dette er særtilfeller hvor konkurslovutvalget har skapt usikkerhet ved dette utgangspunktet, og hvorvidt utgangspunktet kan følges helt ut. Oppgaven skal i det videre ta for seg disse særtilfellene, og drøfte berikelsesbegrensningens rekkevidde i dekl. § 5-11.

3 Skjæringstidspunktet

3.1 Skjæringstidspunktets betydning

Idet boet kan omstøte «berikelsen i behold» er et naturlig følgespørsmål på hvilket tidspunkt «berikelsen» må være «i behold». Sentralt er at risiko for tingen flytter seg fra boet og over på mottaker på skjæringstidspunktet. Skjæringstidspunktet vil derfor kunne være avgjørende for hvilke poster som faller innenfor mottakers «berikelse», og hvilke utgifter som kan trekkes fra. Dekningsloven angir ikke hva som skal regnes som skjæringstidspunktet ved omstøtelse. Hva som skal anses som skjæringstidspunkt må derfor bygge på de grunnleggende hensyn som begrunner utmålingsregelen i dekl. § 5-11. En må videre være oppmerksom på de krav som stilles til ansvar i dekningslovens system, og på hvilket grunnlag ansvar og risiko kan plasseres på restituerende part. Andre regelverk som benytter en berikelsesmålestokk, kan være illustrerende.

3.1.1 Skjæringstidspunkter i lov om hendelege eidegdomshøve

Lov om hendeleg eidegdomshøve § 5 legger «disposisjonstidspunktet» til grunn som skjæringstidspunkt for vurderingen av den tilførte berikelse. Med «disposisjonstidspunkt» menes her tidspunktet for tilvirkning/sammenblanding som resulterer i at rette eier mister sin eiendomsrett til tingen, og dermed får et vederlagskrav etter § 5. Vederlaget beregnes etter priser og forhold på «den tid då rettsomskipinga gjekk for seg.»⁶⁰ Det uttales i denne sammenheng at «[b]åde von og vågnad bør her følgja retten til tingen».⁶¹ Tilsvarende gjelder for tilvirkning på fast eiendom.⁶² En sier gjerne at skjæringstidspunktet er ved overgang av retten til tingen.⁶³ Skjæringstidspunktet er her illustrerende for fraværet av en berikelsesbegrensning idet restitusjonskreditor selv bærer risiko for den mottatte berikelse i tiden fra berikelsen tilføres og restitueres.

I motsatt ende havner ordlyden hendl. § 15 første ledd jf. annet ledd. Bestemmelsen setter skjæringspunktet for godtroende besitters frukttrett til saksanleggelsen. Dette er en naturlig

⁶⁰ Rådsegn 7 (1962) s. 24

⁶¹ Rådsegn 7 (1962) s. 24. Motsatt hendl. § 15 som setter skjæringspunkt for godtroende besitters frukttrett ved saksanleggelsen. Skjæringstidspunktet følger forutsetningsvis av bestemmelsens annet ledd.

⁶² Rådsegn 7 (1962) s. 27 viser tilbake til utredningen av § 5 på s. 23-24.

⁶³ Nerheim (2022), s. 50

følge av at mottaker da ikke lenger er i god tro. Dekningsloven § 5-11 første ledd annet punktum, som bygger på hendl. § 15, har et tilsvarende skjæringstidspunkt. Det fremgår her at boet ikke kan kreve tilbakeført utbytte som den annen part har vunnet av det mottatte «før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål». ⁶⁴ Dette følges opp i forarbeidene som gjentar det som er fastslått i bestemmelsen. ⁶⁵ Også praksis etter lov om Concurs og Concursboers Behandling satte her skjæringstidspunktet ved saksanleggelse. ⁶⁶ Hendl. § 15 annet ledd regulerer restitusjonsoppgjøret for den avkastning mottaker har hatt i tiden etter saksanleggelsen. Skjæringstidspunktet kan ikke leses ut av verken lovteksten eller forarbeidene. Det følger imidlertid forutsetningsvis av regelens hensyn, nemlig at besitter skal kunne ta av avkastningen for å vedlikeholde tingen i rette eiers interesse. ⁶⁷ Skal formålet få fullt utløp må regelen gjelde frem til restitusjonstidspunktet.

3.1.2 Forholdet mellom god tro, ond tro og skjæringstidspunktet

Idet motpart ikke kan være i god tro etter saksanleggelsen med mindre helt særegne tilfeller foreligger, er skjæringstidspunktet i *condictio indebiti* satt til saksanleggelsen. At skjæringspunktet settes til det tidspunkt hvor motpart ikke lenger er i god tro henger godt sammen med grunnlaget for berikelsesbegrensningens beskyttelse av godtroende motpart. En ondtroende part bør ikke beskyttes av berikelsesbegrensningen. ⁶⁸ Det er imidlertid ikke klart at en slik løsning er rimelig i alle tilfeller. Mottaker er ikke lenger i god tro, og kan med det ikke lenger påberope seg berikelsesbegrensningen. Mottaker har derimot ikke utvist nødvendig skyld slik at mottaker kan anses *erstatningsansvarlig* ovenfor boet i perioden etter saksanleggelse. ⁶⁹ Hendelige uhell som medfører at det mottatte ødelegges eller reduseres i verdi må følgelig gå til fratregg også i tiden etter saksanleggelse. ⁷⁰ Tilsvarende må gjelde verdisvingninger på det mottatte under saksgangen, mottaker bør verken kunne påføres et tap eller tilføres en fordel som følge av markedsmessige svingninger under saksgangen. Tar man

⁶⁴ Mer om utbytte og avkastning under punkt 4.1

⁶⁵ NOU 1972: 20 s.300, Et tilsvarende skjæringspunkt er lagt til grunn i hendl. § 15 jf. § 15 annet ledd, som var forbildet til deknl. § 5-11 første ledd annet punktum.

⁶⁶ Jf. Rt. 1892 s. 679 hvor restituerende part måtte restituere aksjeutbytte som var utbetalt etter saksanlegget, men ikke før.

⁶⁷ Rådsegn 7 (1962) s. 29.

⁶⁸ *Condictio indebiti*-tilfellene er noe enklere å regulere. Idet de i de aller fleste tilfeller gjelder penger vil risikoen for verdisvingninger i tiden etter saksanleggelsen være liten.

⁶⁹ Selv om mottaker ikke lenger er i god tro har han havnet i sin rettsstilling i god tro, og senere blitt informert om at denne er ugrunnet. Hendelser mottaker ikke kan kontrollere kan han derfor ikke hefte for som om han var havnet i sin rettsstilling i ond tro.

⁷⁰ Tilsvarende Nerheim (2022), s. 23

ikke et slikt forbehold vil omstøtelse «in natura» og verdimessig omstøtelse gis ulike skjæringspunkt og dermed omfang. Dette fordi verdifastsettelsen vil finne sted ved saksanleggelsen, og in natura omstøtelse vil foregå etter avsagt dom.⁷¹ Det samme kan derimot ikke være tilfellet for ekstraordinært forbruk som følge av disposisjonen, eksempelvis ferieturer, utdanning eller forbruk av tingen.⁷² I et slikt tilfelle vil mottaker i ond tro ha forbrukt boets midler og dermed påført boet et økonomisk tap. I et slikt tilfelle bør forbruket *ikke* gå til fratrekk fra «berikelsen i behold».⁷³

Illustrerende er spørsmålet om «utbytte» av det mottatte. I tiden forut for saksanleggelse kan boet ikke kreve tilbakeført det «utbytte som den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelse».⁷⁴ På den andre siden kan ikke mottaker kreve fratrekk for «utgifter til å sikre avkastningen».⁷⁵ Etter saksgangen kan derimot boet kreve utbytte omstøtt idet mottaker ikke lenger er i god tro. Videre kan utgifter mottaker påtar seg for å sikre boets mergevinst tilbakeføres. Mottakers nettogevinst før saksanleggelse blir da boets nettogevinst under saksgangen.⁷⁶

Berikelsesbegrensningens grunnleggende hensyn og vilkårene for kravstypene blir styrende for hvilket ansvar som kan flyttes over på mottaker, og dermed hva boet kan kreve omstøtt. Tidspunktet for berikelsesberegningen vil måtte settes til omstøtelsestidspunktet for å unngå ulike resultater mellom verdimessig- og in natura omstøtelse, ansvar for hendelige uhell og ytre omstendigheter som verdisvingninger på tingen. Mottakers gode tro blir så avgjørende i spørsmålet om rett til fratrekk i perioden etter saksanleggelsen. Berikelsesbegrensningen får ikke lenger anvendelse og mottaker må vurderes som ondtroende i perioden.

⁷¹ NOU 1972: 20 s. 300 fastslår klart at omstøtelsesform ikke skal få påvirkning på kravets omfang, se også Huser, s.582 note 36.

⁷² Gitt at forbruket skjer etter saksanleggelsen

⁷³ Mer om fratrekk under punkt 5.

⁷⁴ Dekningsloven § 5-11 første ledd første punktum.

⁷⁵ NOU 1972: 20 s. 300

⁷⁶ Hendl. § 15 annet ledd jf. Rådsegn 7 (1962) s. 29 og Rt. 1892 s. 679. Se mer om avkastning under punkt 4.1

4 Om avkastning på det mottatte

4.1 Avkastning

Dekningsloven § 5-11 annet ledd sier at «[b]oet kan likevel ikke kreve tilbakeført det utbytte den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelse». I forarbeidene er dette omtalt som en «presisering for (...) avkastning på gjenstanden».⁷⁷ Regelen er en presisering av gjeldende rett som følger av godtroende besitters fruktrett etter lov om hendeleg eigedomshøve § 15.⁷⁸ Bestemmelsen regulerer oppgjør ved vindikasjon av gjenstander eller eiendom en mottaker har vært i besittelse av i god tro, herunder refusjon for reparasjonskostnader. Den sterke sammenhengen mellom bestemmelsene innebærer at rettskilder tilknyttet hendl. § 15 også vil være relevant ved avgrensning av «utbytte» etter dekl. § 5-11 første ledd annet punktum. Avkastning vil som et utgangspunkt inngå som en del av mottakers positive berikelse. Dekningsloven inneholder imidlertid et eksplisitt unntak fra konkursboets omstøtelsesadgang. I det videre skal unntakets rekkevidde undersøkes.

Bestemmelsen i hendl. § 15 og dekl. § 5-11 annet ledd holder avkastning og utbytte som ellers ville inngått i mottakers berikelse utenfor utmålingen av omstøtelseskravet. Regelen har røtter tilbake til romerretten og er særlig praktisk i tingsretten. Sauebonden som fikk med seg en sau for mye tilbake fra fjellet, og som har klippet og stelt sauene for sesongen kan beholde ullen, men må levere fra seg sauene når nabobonden påpeker feilen og krever sauene vindisert. Etter hendl. § 15 skiller man da hovedtingen fra den «avkastning» man har hatt av tingen. En kan derfor trekke et naturlig skille mellom avkastning og *inngrep i substansen*. Dersom sauebonden også slakter sauene, «er kjøttet og huden ikke frukter».⁷⁹ Et praktisk eksempel er LB-1994-1867. Overdragelse av sameieandel mot sletting av gjeld kunne omstøtes etter dekl. § 5-5 om ekstraordinær betaling. Mottaker krevde restitusjon *in natura*, og måtte betale vederlag for senere salg av eierseksjoner. Salget, som var et klart innlegg i substansen, måtte «anses som realisasjon, ikke som avkastning».⁸⁰

⁷⁷ NOU 1972: 20 s. 300

⁷⁸ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 606, Andenæs (2009), *Konkurs*, s. 378

⁷⁹ Brækhus/Hærem (1964), *Norsk Tingsrett* s. 561-562. Omtalen handler om tidligere NL 5-5-6 som hendl. § 15 avløste jf. Rådsegn 7 (1962) s. 28.

⁸⁰ LB-1994-1867

Av særlig interesse er hendl. § 15 annet ledd som sier at dersom godtroende besitter blir dømt til å betale vederlag til rette eier, skal han betale vederlag for «avkastning og nytte han har hatt av tingen etter at søksmålet vart reist» (min utheving). Dersom den nytte besitter har hatt etter saksanlegg skal kompenseres, er en logisk følge at nytte *før* saksanleggelsen ikke skal anses som en «berikelse» på besitters hånd. Dette er gjengitt i forarbeidene: «[d]et er ikkje grunn til å gjera noko skilnad etter om [besitter av et hus] leiger det ut mot ei avgift eller om han brukar det sjølv». ⁸¹ Boet vil av denne grunn være avskåret fra å rette vederlagskrav for bruk av ting og fast eiendom i besittelsesperioden.

Også «borgerlige frukter» inngår i godtroende besitters fruktrett. ⁸² Støtte for dette kan finnes i den overfor siterte forarbeidsuttalelse som også inkluderte utleie av fast eiendom. Et ytterlig eksempel er her renter på mottatte penger. Som ovenfor skissert er de enkleste tilfeller de hvor penger er overført og står på konto frem til omstøtelseskravet fremmes. Pengene har i mellomtiden «kastet av seg» i form av renter. Etter dekningslovens objektive omstøtelsesregel er det klart at mottaker får beholde de renter som er påløpt i perioden frem til saksanleggelsen. ⁸³ De påløpte rentene som isolert sett inngår i mottakers berikelse, skal derfor trekkes fra. ⁸⁴

4.1.1 Avkastning av verdipapirer

Finansielle obligasjoner har normalt en kupongrente som betales ut årlig. Effekten tilsvarer ytt kreditt med en løpende rente, og bør betraktes tilsvarende. Også her er det nærliggende å konkludere med at pengene «kastar av seg» i form av renter. En kan så vurdere egenkapitalbeviser og aksjer. Dette er to verdipapirkategorier som vil kunne tilføre besitter en berikelse i form av både *utbytte* og verdistigning. En må igjen sortere mellom «hovedting» og dens «avkastning». For egenkapitalbeviser og aksjer faller utbytte i kategorien «avkastning», mens verdistigning av aksjer eller egenkapitalbeviser må anses tilsvarende verdistigning på hus, løsøre eller andre «hovedting», og vil dermed inngå i mottakers «berikelse i behold». Sentralt her er at «utbytte» må anses som en fordring på selskapet som en følge av eierskap, og dermed er separat fra substansens verdi. At utbytte på aksjer falt før saksanleggelse holdes utenfor restitusjonsoppgjøret, var lagt til grunn allerede i Rt. 1892 s. 679.

⁸¹ Rådsegn 7 (1962) s. 29

⁸² Brækhus/Hærem (1964), *Norsk Tingsrett* s. 562 omhandler NL 5-5-6 som er forgjengeren til hendl. § 15.

⁸³ Jf. dekl. § 5-11 første ledd annet punktum.

⁸⁴ Også renters rente bør behandles tilsvarende, Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs* s. 608.

Et grensetilfelle som kan medføre vanskeligheter, er tilfellene hvor berikelsen er i behold som eierandeler i fond. Investeringsfond vil gjerne kjøpe en rekke verdipapirer, for eksempel statsobligasjoner, egenkapitalbevis eller aksjer. Ved eierskap av andeler i fond vil skillet mellom verdistigning og utbytte av aksjer og egenkapitalbevis eller renter fra obligasjoner være av liten praktisk betydning. Uavhengig av kilden, vil utbytte, renter og verdistigning øke fondets totale verdi, mens mottakers andel forblir den samme og dermed mer verdifull. I et slikt tilfelle taler mye for å betrakte eierandel i fond tilsvarende eierandel i et aksjeselskap, og at enhver verdistigning av eierandelen anses som en omstøtelig berikelse uavhengig av hvilke underliggende verdipapirer verdien stammer fra. Til forskjell fra utbytte på enkeltaksjer vil utbytte på aksjer i fond inngå i, og øke verdien av selve substansen, fondet. En alternativ løsning, hvor en sorterte ut renter og verdistigning fra aksjer mm. i fond, ville medført en slik prosessdrivende og kostbar regel i strid med de objektive omstøtelsesreglers formål om enkle og lettanvendelige regler. Utbytte fra fond som ikke utbetales som en pengesum, bør derfor ikke anses som «utbytte» i dekningslovens forstand.

4.1.2 Avkastning på fast eiendom eller løsøre

Dersom formuesgodet som kreves omstøtt er fast eiendom eller løsøreobjekter er man nærmere den reguleringen hendl. § 15 opprinnelig tok sikte på å regulere, nemlig fysisk bruk av ting. Dette innebærer at også etter dekningslovens omstøtelsesregler vil den godtroende bonden få beholde både lam og ull, men måtte gi fra seg sauen han fikk i gave fra den som senere gikk konkurs.

Det klassiske eksempelet er «fruktrett»-tilfellene, nemlig at man selv høster eiendommens frukter og får beholde disse dersom man har vært i god tro. Dersom huset som omstøtes har epletrær i hagen vil derfor eplene som er høstet ikke kreves omstøtt. Mer praktisk vil det samme gjelde for landbruk, dyr, gartneri og lignende som produserer verdier. Tilsvarende vil gjelde borgerlige frukter som tingen «kaster av seg». Særlig praktisk i dag er utleie av fast eiendom eller løsøre, hvor «besitter» fragår den fysiske besittelse (men fortsatt er i god tro om sin juridiske besittelse) i bytte mot et avtalt vederlag. Som nevnt ovenfor skiller ikke hendl. § 15 mellom besitters egen nytte eller besparelse og mottatte leieinntekter.⁸⁵ Også

⁸⁵ Rådsegn 7 (1962) s. 29

utleieinntekter som tingen eller eiendommen gir må derfor anses som «utbytte» etter dekl. § 5-11.

Skillet mellom «avkastning» og inngrep i substansen kan i enkelte tilfeller by på vanskelige grensedragninger. I hendl § 15 annet ledd siste punktum oppstilles det en regel om at godtroende besitter bare hefter for «vinning som ikkje høyrer til den årlege avkastinga eller nytta». Bestemmelsen peker på de tilfeller hvor inngrep i substansen er en naturlig del av den årlige drift. Som eksempel kan en her vise til slakting av dyr eller skoghogst. Hvert år vil enkelte dyr slaktes, og nye fødes; enkelte trær vil hugges ned, og nye trær plantes. Sedvanlig hogst og slakt er dermed å anse som «avkastning», og går til fratrekk fra mottakers berikelse: «den vanlege jamne avkastinga [tilfell] innehavaren utan vederlag». ⁸⁶ Besitter av en skog vil kunne få fratrekk for den hogst «det efter almindelige prinsipper for forsvarlig skogskjøtsel er naturlig å hugge». ⁸⁷

⁸⁶ Tilsvarende Brækhus/Hærem (1964), *Norsk tingsrett* s. 561-562.

⁸⁷ Brækhus/Hærem (1964), *Norsk Tingsrett* s. 562, tilsvarende Rådsegn 7 (1962) s. 29.

5 Om restituerende parts fratrekksrett

5.1 Generelt

Som ovenfor nevnt, er det «berikelsen i behold» på skjæringstidspunktet mottaker av den omstøtelige disposisjonen skal restituere. Dersom mottaker skal stilles som om disposisjonen ikke var hendt, må hans økonomiske stilling være upåvirket av disposisjonen og dens etterfølgende omstøtelse. Som påpekt i Aksel Bruvik er det «nettogevinsten» som skal restitueres.⁸⁸ En «netto» gevinst innebærer fratrekk for påløpte utgifter. En må likevel reise spørsmål om hvilke disposisjoner på den restituerende parts hånd som kan gå til fratrekk fra den mottatte berikelse.

Konkurslovutvalgets utredning, gir en kort oversikt over utgifter som trekkes fra ved utmålingen av mottakers berikelse. Der nevnes omkostninger «i anledning ytelsen» som et eventuelt vederlag, omkostninger ved tinglysning, og lignende. Eventuelt salær til megler eller advokat ved salg eller utleggsforretning vil også gå til fratrekk.⁸⁹ Opplistingen er ikke ment å være uttømmende.

Utover det som ovenfor er nevnt, er imidlertid forarbeidenes veiledning svært begrenset, og man faller tilbake på det som tidligere er beskrevet som et «forholdsvis festnet» berikelsesbegrep. En nærmere analyse av mottakers fratrekksrett må derfor gjøres i lys av de prinsipper og hensyn som er styrende for berikelsesbegrensningen.⁹⁰ Ved fratrekk er det som Huser påpeker et krav at fradragspostene er «påløpt som en følge av disposisjonen».⁹¹ Sentralt er årsakssammenhengen mellom den disposisjon som nå omstøtes, og utgifter mottaker har hatt som en følge av den.

Utgiftene konkurslovutvalget nevner står i en slik direkte sammenheng med selve gjennomførelsen av disposisjonen at det neppe kan reises spørsmålstegn ved fratrekksretten. Mer avledede utgifter reiser derimot vanskelige grensdragninger. Konkursutvalget nevner i denne sammenheng at fratrekksretten også gjelder utgifter til reparasjon eller påkostning «innen visse grenser».⁹² Det uttales at boet ikke «ubetinget» er forpliktet til å «refundere

⁸⁸ Rt. 1996 s. 1647

⁸⁹ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 597

⁹⁰ Nærmere punkt 2.

⁹¹ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 597

⁹² NOU 1972: 20 s. 300

investeringer som ikke øker salgsverdien», og det vises til det svenske utkastet som bare åpner for fratrekk for «nødig eller nyttig kostnad».⁹³ Hvilke utgifter som i denne sammenheng faller utenfor fradragsretten er imidlertid ikke nærmere presisert.

Det er klart at ulike formuesgoder medfører en rekke ulike behov for vedlikehold, og muligheter for investeringer. Dette vil i de fleste tilfeller være kostnader som er en direkte følge av den omstøtelige disposisjonen – en vedlikeholder ikke formuesgoder man ikke eier. Det er derfor overraskende at utvalget tilsynelatende innsnevrer restituerende parts fratrekksrett for slike utgifter.

5.2 Forholdet til berikelsesbegrensningen

5.2.1 Fratrekksretten ved utgifter påløpt som en følge av den omstøtelige disposisjonen

En avgrensning av mottakers fratrekksrett for utgifter som står i sammenheng med den omstøtelige disposisjonen, innebærer ifølge Huser en «modifikasjon» av berikelsesbegrensningen.⁹⁴ Forarbeidene har likevel ikke bemerket at regelen innebærer et inngrep i et ellers «festnet» begrep. Dersom mottaker ikke får refundert sine kostnader som er «påløpt som en følge av disposisjonen», stilles han ikke «som om disposisjonen ikke var hendt». Den eventuelle modifikasjonen innebærer derfor en vesentlig brist i regelstrukturen som danner utgangspunktet i de objektive omstøtelsestilfellene. En slik endring bør derfor være bevisst, gjennomtenkt og begrunnet.

Forarbeidene drøfter ikke hvorvidt endringen bør innføres eller dens begrunnelse, men nøyer seg med å vise til Rt.1951 s. 737 og det svenske utkastet som begrenser fratrekksretten til «nødig og nyttig» kostnad. Den eventuelle modifikasjonens manglende begrunnelse er her en vesentlig svakhet. Selv om berikelsesbegrensningen i sin kjerne er en regel som verner godtroende mottakere, viser utvalget til en dom som omhandlet utgifter en landssviker hadde pådratt seg for ombygging og påkostninger på en eiendom han i ond tro anskaffet under andre verdenskrig. Det er helt klart at en ondtroende mottaker ikke får refundert påkostninger han

⁹³ NOU 1972: 20 s. 300

⁹⁴ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs* s. 598

«uberettiget og i ond tro har foretatt» på eiendommen. I slike tilfeller anvendes ingen berikelsesbegrensning. Å oppstille en regel om refusjon av kostnader som er «nyttig» eller «nødvendig» etter § 5-12, er etter en erstatningstankegang ikke utenkelig. Å gi en slik regel anvendelse på berikelsesbegrensningen medfører derimot et betydelig skifte av tap fra boet over på mottaker som ikke er tilsiktet i lovens todelte system. Huser avfeier henvisningen til Rt.1951 s. 737, og anser den som «ikke (...) særlig relevant».⁹⁵ Henvisningen til Rt.1951 s. 737 reiser imidlertid spørsmål ved om utvalget egentlig har forstått regelen de modifierer.

Også konkurslovutvalgets henvisning til svensk rett tyder på at konkurslovutvalget har bygget på en misforståelse. Den svenske konkursloven kapittel 4. 15 § tredje ledd oppstiller en rett på «ersättning för [...] nödvändig eller nyttig kostnad» om ikke særlige grunner taler imot det. Misforståelsen er imidlertid knyttet til sammenhengen med de øvrige omstøtelsesreglene. Den svenske konkurslov inneholder ikke en tilsvarende todeling av omstøtelsesvirkningen som norsk rett. Istedenfor er unntak og særregler inntatt i de individuelle paragrafer.

Utgangspunktet ved omstøtelse etter svensk rett er derfor at ved omstøtelse «skall den eendom som gäldenären har utgett återbäras till konkursboet». Dersom det mottatte ikke lenger er i behold «skall ersättning för dess värde utges».⁹⁶ Den svenske omstøtelsesvirkningen bygger derfor på en erstatningsregel, og ikke på tilbakelevering av den mottatte berikelse i behold.⁹⁷ Det grunnleggende utgangspunkt er derfor ikke det samme etter dekl. § 5-11 og svensk rett, og en bør derfor bare anvende analogier eller etterligninger så langt de passer.

Skal mottaker stilles skadeløs etter de svenske regler må han kreve fratrukket etter de nærere regler, eksempelvis etter 17 §, som sier at krav for andre enn konkursboet «kan jämkas, om det finns synnerliga skäl». At bare berikelsen i behold omstøtes *kan* bli resultatet dersom retten kommer til at dette er et rimelig resultat og lemper kravet, men dette er ikke den løsningen lovgivningen legger opp til. Særlig etter § 15 tredje ledd stilles ikke mottaker «som om disposisjonen aldri var hendt» idet den bare hjemler refusjon for utgifter som har kommet boet til gode.⁹⁸ Det er dermed konkursboets økonomiske stilling som er avgjørende. Et system

⁹⁵ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 600 note 89.

⁹⁶ Konkurslag (1987:672) 6. november 1987 Kapittel 4, 14 §

⁹⁷ Konkurslovutvalget bemerker også dette innledningsvis i drøftelsen av § 5-11, se NOU 1972: 20 s. 300.

⁹⁸ Tilsvarende reglene fratrukket retten i § 5-12, jf. Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 633

hvor utgangspunktet for utmålingen er boets tap har konkurslovutvalget eksplisitt tatt avstand fra ved å innføre «festnede» regler som avgrenser boets krav til berikelsen i behold.⁹⁹

I berikelsesteorien har Augdahl uttalt seg om fratrekksretten i berikelseslæren: «Har han hatt påkostninger på en ting som han må levere tilbake in natura, vil berikelsessynspunktet føre til at han kan kreve disse godtgjort uavhengig av om de i tilsvarende grad har forøket tingens verdi».¹⁰⁰ Til dette tilkommer at uttalelsen kommer i forbindelse med en drøftelse om en slik begrensning skal anvendes på *conditio indebiti*-tilfeller, det er likevel klart at dersom man først anvender berikelsesbegrensningen vil godtroende besitter som et utgangspunkt kunne kreve fratrekk for sine utgifter. Synspunktet er fulgt opp i nyere juridisk teori.¹⁰¹

I konkursteorien er det bare Kristian Huser som har gjennomført en nærmere analyse av problemstillingen.¹⁰² Huser viser til lov om hendeleg eieendomshøve § 11 jf. § 10, og prinsippet om at godtroende besitter får vederlag for «verdet som er tilført eiedommen».¹⁰³ Dette er også gjengitt i berikelsesteorien. Krokeide skriver følgende om vindikasjon av fast eiendom: «hvilke utgifter som faktisk er lagt ned på eiendommen, vil ikke ha noen betydning såfremt de ikke samtidig har ledet til en verdiøkning».¹⁰⁴ Resonnementet bygger på hendl. §§ 10 og 11 samt forarbeidene til dekl. § 5-11.

Det er imidlertid klart at hendl. § 11 jf. § 10 ikke får direkte anvendelse på tilfellet, idet omstøtelsesreglene regulerer utmålingen av kravet. Hendl. § 1 sier eksplisitt at loven gjelder bare så langt ikke annet følger av «serlege rettshøve». Prinsippene kan likevel gis anvendelse så langt de passer, og ikke strider mot dekningslovens regulering. Hendl. § 11 jf. § 10 sier at den som mister retten til ting som innarbeides i en annens faste eiendom har krav på vederlag, men ikke mer enn «verdet som er tilført eiedommen». Idet restituerende part har fått en ugrunnet berikelse i form av en verdistigning på tingens rette eiers bekostning, er restitusjonskravet begrenset til verdistigningen.¹⁰⁵ Berikelsens utmåling må følgelig utgjøre enten verdistigningen, eller den besparelse mottaker har fått. Sentralt er her at regelstrukturen hendl. § 10 regulerer en inngrepssituasjon, og følgelig ikke passer på omstøtelses situasjonen.

⁹⁹ Nærmere punkt 2.3 over.

¹⁰⁰ Augdahl (1978), *Den norske obligasjonsretts alminnelige del*, s. 404

¹⁰¹ Hagstrøm (2021), *Obligasjonsrett* s. 743, Hov og Høgberg (2017), *Obligasjonsrett* s. 381, Lilleholt (2017), *Kontraksrett og obligasjonsrett*, s. 498.

¹⁰² Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs* s. 595-601.

¹⁰³ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs* s. 600 note 89.

¹⁰⁴ Krokeide artikkel punkt 3.3 v)

¹⁰⁵ Ved ond tro kan vederlaget settes ned eller falle bort, se hendl. § 10 annet ledd.

En inngrepssituasjon er der «mottakeren urettmessig har oppnådd en gevinst ved egen handling».¹⁰⁶ Det eksisterer heller ingen berikelsesbegrensning for restitusjonskrav etter hendl. § 10. Skjæringstidspunktet for vederlagsfastsettelsen er satt til «den tid då rettsomskipinga gjekk for seg».¹⁰⁷ Dette innebærer at «korleis det seinare går med tingen» ikke påvirker vederlaget, «både von og vågnad» følger tingen.¹⁰⁸ Regelen har derfor liten overføringsverdi ved beregning av berikelsen *i behold* i dekl. § 5-11.

Videre viser Huser til at krav om «nyttig» eller «nødvendig» kostnad også tidligere har vært nevnt i norsk konkursteori.¹⁰⁹ Getz uttalte blant annet i Rt. 1881 s. 209 at godtroende erverver kan kreve fradrag for sine utgifter «der ere anvendte paa Tingen, og som enten have været nødvendige eller have øget dennes Værdi». Fratrekksretten er ellers lite drøftet i konkursteorien.

Huser uttaler så at «[h]ensett til det faktum at berikelsesprinsippet vanligvis er svært gunstig for den annen part, som ikke alltid nødvendigvis har vært i aktsom god tro, kan det neppe sies å foreligge sterke reelle hensyn som taler mot en slik modifikasjon av berikelsesprinsippet i den annen parts disfavør».¹¹⁰ Uttalelsen er overraskende, først og fremst fordi den annen part som følge av prinsippet skal stilles som om disposisjonen ikke var hendt. Det er da vanskelig å se at den annen part ved anvendelse av prinsippet begunstiges. Konklusjonen må i så fall stamme fra en sammenligning med alternativet, nemlig erstatningsregelen i dekl. § 5-12. En sammenligning med § 5-12 og ond tro er imidlertid heller ikke særlig relevant. Den annen parts gode eller onde tro vurderes før man kommer til utmålingsspørsmålet. Ond tro må påvises, og kan man ikke påvise slik ond tro behandles tilfellet etter de objektive reglene i §§ 5-2 til 5-8 og kravet utmåles etter § 5-11. At den annen part «ikke alltid nødvendigvis» har vært i god tro er som nevnt hensyntatt på den rettsstiftende siden, og er dermed lite relevant ved utpensling av utmålingsregelen i § 5-11.¹¹¹

Å avgrense fratrekksretten for vedlikehold og investeringer eller påkostninger til de tiltak som er «nødvendig» eller «nyttig» skaper en ubalanse i omstøtelsesregelverket og skaper flere nye problemer enn regelen løser. Eksempelvis eksisterer ingen tilsvarende begrensning på andre

¹⁰⁶ Nerheim (2022), s. 7

¹⁰⁷ Rådsegn 7 (1962) s.24

¹⁰⁸ Rådsegn 7 (1962) s.24

¹⁰⁹ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 600

¹¹⁰ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 600

¹¹¹ Om forholdet mellom den rettsstiftende siden og rettsvirkningssiden se punkt 1.3.1 og 1.3.2

utgifter ved formuesgodet. Det er i den sammenheng grunn til å spørre om utgifter til advokat, megler eller regnskapsfører kan overgå det som er «nødvendig». Dersom mottaker bytter megler eller advokat langt inn i en salgsprosess og dermed betaler dobbelt opp, eller benytter et svært dyrt selskap, vil kostnadene overstige det som er «nødvendig». Det eksisterer derimot ingen holdepunkter for at denne kostnaden ikke kan gå til fratrukk for mottakers berikelse. Det er vanskelig å se at det er en prinsipiell viktig forskjell på slike kostnader og kostnader ved «unødvendig» vedlikehold. Videre medfører en slik regel en ulik behandling av ting og rent økonomiske verdier. Økte utgifter som en følge av mottatte pengebeløp går til fratrukk uavhengig av hva pengene er brukt til.¹¹² Er de økte utgiftene knyttet til en mottatt eiendom stilles det derimot krav til verdistigning eller nødvendighet. Mottaker av fast eiendom kan også selge denne og forbruke pengene, for så å få forbruket trukket fra sin berikelse. Også her er det vanskelig å påpeke en prinsipiell forskjell som grunngir ulike resultater.

En slik regel som forarbeidene legger opp til, gir selve konkursboet den beskyttelsen berikelsesbegrensningen innebærer, og frarøver samtidig restituerende part den samme beskyttelse. Konkursboet blir stående skadeløs med hensyn til mottakers utgifter på eiendommen eller tingen, og risiko for økt forbruk flyttes tilbake på mottaker. Det er vanskelig å se at denne type utgifter står i en slik særstilling som begrunner en fravikelse av det klare utgangspunkt om at mottaker skal stilles som om disposisjonen ikke var hendt.

Bemerkelsesverdig er det også at få teoretikere tilsynelatende har vurdert bevisspørsmålene som tilkommer ved en slik regulering. De objektive omstøtelsesreglene har som et grunnleggende formål å forenkle saker ved å redusere kompliserte bevisspørsmål og legge opp til minnelige løsninger utenfor rettssalene. Likevel medfører den foreslåtte modifikasjonen vanskelige bevisspørsmål om forskjellen mellom vedlikehold og standardheving. Bevissituasjonen *etter* vedlikeholdet er gjennomført er komplisert og dermed prosessdrivende. Grensen mellom nødvendig og unødvendig vedlikehold, samt grensen mellom nødvendig vedlikehold og standardheving er vanskelig å trekke, og medfører ytterligere bevisføring man ønsker å unngå. Man fraviker dermed en ellers klar regel om fratrukk til fordel for en regel som medfører vesentlige bevisvansker. Det er heller ikke klart at en slik regulering vil begunstige boet. At de økte inntektene som følge av en modifisert fratrukkregel overstiger de økte prosessutgifter, er ikke åpenbart.

¹¹² Gitt at forbruket har en tilstrekkelig årsakssammenheng med den omstøtelige disposisjonen og dermed ikke kan betegnes som en “besparelse”, se punkt 5.2.2.

Å avgrense mottakers fratrekksrett til «nødvendig» vedlikehold eller påkostninger som «øker salgsverdien», er et klart brudd på berikelsesbegrensningen. Bruddet er imidlertid ikke begrunnet og de etterfølgende henvisninger og argumentasjon sår tvil om konkurslovutvalgets forståelse av endringen de foreslår. Utvalget har heller ikke begrunnet hvorfor reglene vil passe inn ved utmåling av objektive omstøtelseskrav. Teorien, som i ettertiden har forsøkt å forsvare regelen, har hentet analogier fra regelsett uten en berikelsesbegrensning og bygger på andre grunnleggende hensyn enn dekningslovens § 5-11. Den foreslåtte modifikasjonen bygger derfor på en feil forståelse av den underliggende hovedregel, med henvisninger til heterogene regelsett stikk i strid med regelens overordnede formål om å stille mottaker som om disposisjonen ikke var hendt. Utvalgets uttalelser er i denne sammenheng ikke godt nok begrunnet til å kunne etablere et unntak fra hovedregelen om at mottaker skal stilles som om disposisjonen ikke var hendt. Videre henger unntaket dårlig sammen med det øvrige regelverket, og gir ikke en god regel.

5.2.2 Forbruk av det mottatte

Mottaker kan ha mottatt oppgjør eller gave i form av penger eller andre forbruksvarer. Et spørsmål som oppstår, er da om forbruket av det mottatte er å anse som en berikelse. Dekningslovens ordlyd besvarer ikke spørsmålet. Forarbeidene påpeker imidlertid at «[h]vis medkontrahtenten har forbrukt ytelsen, vil berikelsen kunne være i behold i de surrogater ytelsen eventuelt er transformert til».¹¹³ Konklusjonen følger av berikelsessynspunktet - surrogatene utgjør en økonomisk verdi på mottakers hånd. Mer interessant er situasjonen hvor forbruket medfører at deler av eller hele den mottatte økonomiske verdi er oppbrukt. I dansk rett er problemstillingen regulert slik at «[h]ar den begunstigede modtaget kontante penge [...] påvirkes kravet mod den begunstigede ikke af den måde, hvorpå pengene er anvendt».¹¹⁴ Dansk rett gir med dette *ikke* fratrekk for mottakers forbruk av det mottatte. Konkurslovutvalget uttalte i denne sammenheng at selv om regelen har bevismessige fordeler «bryter [regelen] sterkt med innarbeidede regler hos oss». Utvalget nevner «utdanning, ferie e.l.» som forbruk som ikke anses som en berikelse. Også her må berikelsesbegrensningen være styrende slik at vurderingen som ellers blir hvorvidt mottakers formuesstilling er upåvirket.

¹¹³ NOU 1972: 20 s. 300

¹¹⁴ DK § 75 andre setning.

Stiller man dette spørsmålet faller svarene naturlig - man sammenligner mottakers forbruk med det forbruket han ville hatt om disposisjonen ikke var skjedd, og positiv påvirkning av mottakers formuesstilling er en berikelse på mottakers hånd. Har disposisjonen medført en *besparelse* for mottaker, idet han uansett ville kjøpt varer tilsvarende det mottatte, eller brukt sine egne penger på det han har brukt de mottatte penger på, er hans berikelse tilsvarende besparelsen. Har han imidlertid pådratt seg økte utgifter som en følge av det mottatte, har hans utgifter økt som en direkte følge av den omstøtelige disposisjonen. Slikt forbruk kan ikke inngå i mottakers berikelse. En slik løsning støttes av at den også legges til grunn ved oppgjør etter *condictio indebiti*.¹¹⁵

5.2.3 Utgifter til å sikre avkastningen

Forarbeidene oppstiller et ganske tydelig unntak for tilfellene hvor mottaker får utgifter som er nødvendige for å «sikre avkastningen».¹¹⁶ Reguleringen kom inn i sammenheng med lovfesting av godtroende besitters rett på avkastningen i omstøtelsestilfellene. Huser bruker her som eksempel at mottaker av et hus som han så leier ut, kan beholde leieinntektene, men må i slike tilfeller selv dekke kostnadene som er nødvendige for å sikre inntektene, herunder vedlikehold, kommunale avgifter osv.¹¹⁷ Reguleringen fremstår som rimelig, og må ses i lys av reglene om godtroende besitters fruktrett i lov om hendeleg egedomshøve.¹¹⁸ Som eksempel kan en se for seg en bonde som får med seg en sau for mye hjem fra fjellet. Etter hendl. § 15 er det klart at han får beholde ull som sauen nytter, men han kan samtidig ikke kreve fratrett for kostnader med mat til sauen. Det er rimelig at et tilsvarende prinsipp skal gjelde ved objektiv omstøtelse.

¹¹⁵ Hagstrøm (2021), *Obligasjonsrett* s. 743, Hov og Høgberg (2017), *Obligasjonsrett* s. 381, Lilleholt (2017), *Kontraksrett og obligasjonsrett*, s. 498.

¹¹⁶ NOU 1972: 20 s. 300

¹¹⁷ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s. 598-599

¹¹⁸ Nærmere under punkt 4.

5.2.4 Fratreck for frafalt sikkerhet

Mottaker kan også lide et tap som følge av frigitt sikkerhet. Har konkursdebitor stillet sikkerhet som oppgis ved oppgjør, vil mottaker lide et tap dersom disposisjonen omstøtes uten fratreck for den dekningsgrad sikkerheten ville gitt. Til dette kommer at for de tilfeller hvor sikkerheten er dekkende for konkursdebitors gjeld, vil det sjelden foreligge en berikelse for mottaker idet hans krav ville vært dekket fullt ut også i en konkurs. Kun tilfeller hvor sikkerheten bare delvis sikrer mottakers krav vil det kunne foreligge en relevant berikelse. Dette var tilfellet i Rt. 1934 s. 33 hvor et forsikringsselskap rettet tilbakesøkingskrav etter *condictio indebiti* mot en bank som hadde mottatt en forsikringsutbetaling til en kunde, som viste seg å være ugrunnet. Banken unnlot, som en følge av en assuransebetaling, å realisere sin sikkerhet i kundens formuesgoder. Da banken senere realiserte sin sikkerhet hadde formuesgodene falt i verdi, noe som førte til at banken ikke fikk full dekning.¹¹⁹ Førstvoterende uttalte i denne sammenheng at «der maa tas hensyn til dette tap ved spørsmålet om innbetalingen har resultert i nogen berikelse for banken».¹²⁰

Den ovenfor nevnte dom omhandlet et svært spesielt tilfelle. Som nevnt vil bare tilfeller hvor sikkerheten bare delvis sikrer mottakers krav medføre en berikelse Mer relevant for problemstillingen er derfor tredjemannssikkerhet. Dersom mottaker har hatt tredjemannssikkerhet vil man nemlig ikke få prioritert dekning i konkursdebitors dekningsmidler, men måtte søke slik dekning hos tredjemann. Mottaker vil i slike tilfeller ha mottatt en berikelse ved å få større dekning fra konkursdebitor enn han ville i et konkursoppgjør. Dekningsloven inneholder i denne sammenheng en adgang til å gjenopprette sikkerheten dersom disposisjonen kan omstøtes og tredjeperson «visste eller burde visst at skyldneren var insolvent».¹²¹ Adgangen til gjenoprettelse er her betinget av ond tro hos tredjemann som har latt sin sikkerhetsstilling falle fra vel vitende om at hovedskylder er insolvent. Har tredjemann derimot vært i god tro kan ikke mottaker gjenopprette sin sikkerhet, og vil lide et tap dersom dette ikke går til fratreck. Forarbeidene til § 5-11 presiserer her at «[d]et beløp pantet eller kausjonen ville gitt dekning for, må komme til fradrag i

¹¹⁹ Rt. 1934 s. 33 (s. 37). Forsikringsselskapet krevde assuransebetalingen tilbakeført, førstvoterende sammenholdt derfor bankens berikelse som følge av betalingen med dens tap som følge av sikkerhetens verdifall.

¹²⁰ Banken ble frifunnet (4-3), se Nerheim (2022) punkt 2.4.3.2 for en gjennomgang av de tre fraksjoners votum.

¹²¹ Deknl. § 5-13 første ledd. Annet ledd oppstiller et erstatningsansvar for tredjemann der sikkerhet som pant ikke kan gjenoprettes. Erstatningskravet utmåles til «det beløp som sikkerheten må antas å ville innbrakt».

medkontrahtentens ansvar». Reguleringen er også her i tråd med berikelsesbegrensningen, og stiller godtroende mottaker økonomisk skadeløs.

5.2.5 Om mottakers fratreksrett ved arbeid på tingen

Etter dekl. § 5-11 kan boet omstøte den «berikelse» mottaker har hatt «ved den omstøtelige disposisjonen». Som drøftet ovenfor er spørsmålet om årsakssammenheng mellom den omstøtelige disposisjonen og berikelsen i behold sentralt. Berikelse er også et rent økonomisk begrep, slik at berikelsen er enhver positiv endring i mottakers formuesstilling som en følge av disposisjonen. Idet berikelsesbegrensningen retter seg mot mottakers formuesstilling, kan derfor nedlagt arbeid på tingen alene ikke begrunne et krav om fratrekk fra mottakers berikelse. Har mottakers arbeid medført en verdistingning har imidlertid arbeidet påvirket det mottattes verdi, og dermed mottakers formuesstilling. Dersom denne merverdi inngår i mottakers berikelse og ikke er en følge av «den omstøtelige disposisjonen», blir spørsmålet om det er en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom disposisjonen og berikelsen til at den kan omstøtes etter dekl. § 5-11. Vurderingen kan ikke gjennomføres utelukkende med utgangspunkt i dekningslovens ordlyd. Løsningen må også kunne begrunnes i de legislative hensyn bak regelen, og gi en god sammenheng i systemet forøvrig. Som et klart utgangspunkt må det presiseres at det er omstøtelseskravet som må begrunnes, kravet kan ikke gå lenger enn dekningsloven åpner for.

Ordlyden i § 5-11 er imidlertid et naturlig utgangspunkt for drøftelsen. Formuleringen «han har oppnådd *ved den omstøtelige disposisjonen*» (min utheving) oppstiller et krav om årsakssammenheng mellom den omstøtelige disposisjonen og den berikelse mottaker har i behold. I Aksel Bruvik er kravet til årsakssammenheng formulert som at man skal «se på hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt».¹²² Også konkursteorien har forstått regelen slik. Huser skriver at mottakers berikelse er «den formuesøkningen det mottatte har materialisert seg i hos den annen part».¹²³ Hvor strengt kravet til årsakssammenheng er, gir imidlertid verken teorien eller ordlyden et svar på.

Forarbeidene gir heller ikke et klart svar på problemstillingen. Det uttales imidlertid at «[b]oet kan ikke ubetinget være forpliktet til å refundere investeringer som ikke øker

¹²² Rt. 1996 s.1647

¹²³ Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs*, s.582. Se tilsvarende Andenæs (2009), *Konkurs* s. 376

salgsverdien».¹²⁴ Uttalelsen kan leses slik at den impliserer en plikt for boet til å refundere investeringer som har medført en verdistigning. Det må likevel være klart at refusjonsplikten i så fall er rettet mot mottakers «investeringer», og ikke økningen i «salgsverdien». Idet mottakers økonomiske bidrag eventuelt skal refunderes, og ikke verdistigningen, gir heller ikke forarbeidene støtte for motkrav basert på verdistigning som følge av nedlagt arbeid. Tvert imot underbygger uttalelsen at det er mottakers utgifter som trekkes fra, og ikke det resultat disse har ført med seg.¹²⁵ Sentralt er poenget at mottaker får refundert sine utgifter. Det ville medført en ubalanse dersom boet måtte finne seg i å dekke samtlige utgifter mottaker har, uten å kunne nyte av deres merverdi. I tråd med dekl. § 5-11 forøvrig, bærer boet all risiko for opp- og nedside.

Konklusjonen samsvarer med reglene om surrogater i omstøtelsesretten. Forarbeidene sier i denne sammenheng at dersom det mottatte er forbrukt «vil berikelsen kunne være i behold i de surrogater ytelsen eventuelt er transformert til».¹²⁶ Også Andenæs påpeker at «berikelsen [vil] bestå i [...] surrogatet».¹²⁷ Dersom surrogatet har steget i verdi, kan hele verdien omstøtes selv om transformasjonen har sin årsak i kloke valg av mottaker. Dersom en pengesum investeres i aksjer vil verdien av aksjene kunne omstøtes uavhengig av om disse har steget eller sunket i verdi. Aksjespekulanten kan ikke kreve verdistigningen holdt utenfor omstøtelsesoppgjøret *fordi* han er en dyktig spekulant. Boet bærer den hele risiko for både opp- og nedside. Er det gjennomført en lang rekke bytter vil imidlertid årsakssammenhenger bli mindre klar.¹²⁸

Dersom mottaker skal kreve verdistigningen holdt utenfor omstøtelsesoppgjøret må han påvise en manglende årsakssammenheng mellom den omstøtelige disposisjonen og verdistigningen. Det er imidlertid klart at mottaker som har pusset opp et hus og dermed tilført en verdistigning ikke kunne utført arbeidet uten den omstøtelige disposisjonen. Tilsynelatende er derfor årsakssammenhengen tilstrekkelig for å omstøte huset uten at boet må yte et vederlag.

¹²⁴ Uttalelsen er drøftet over i punkt 5.2.1 hvor det rettes kritikk mot uttalelsen. Kritikken er imidlertid rettet mot hvilke utgifter som refunderes, ikke utmålingen. Å refundere utgiftene er i tråd med berikelsesbegrensningen.

¹²⁵ Nærmere under punkt 5.2 hvor det rettes kritikk mot uttalelsen forøvrig.

¹²⁶ NOU 1972: 20 s. 300.

¹²⁷ Andenæs (2009), *Konkurs* s. 377

¹²⁸ Se Huser (1992), *Gjeldsforhandling og Konkurs* s. 587, “det kan hevdes at verdiøkningen skyldes den annen parts arbeid [...] med andre ord at det ikke er tilstrekkelig årsakssammenheng mellom alt det beholdne og det mottatte”. Uttalelsen er ikke begrunnet, og baserer seg på et lite praktisk og ekstremt eksempel. Overføringsverdien er derfor lav.

Regelen sammenfaller med bestemmelsens formål idet mottaker stilles økonomisk som om disposisjonen ikke var hendt. En slik ordning vil også passe godt inn i systemet forøvrig idet risiko for påløpte utgifter, verdifall eller verdistigninger påfaller boet. Samtidig er regelen retts teknisk enkel – vanskelige bevisspørsmål om hvilken verdistigning påkostninger og arbeid har hatt unngås, og dokumenterbare utgifter refunderes. Regelen vil derfor være forutsigbar, og kunne fungere som rettesnor for minnelige løsninger utenfor rettssalene. De sentrale legislative hensyn bak de objektive omstøtelsesreglene og berikelsesbegrensningen er følgelig ivaretatt ved å ikke åpne for vederlag for nedlagt arbeid.¹²⁹

¹²⁹ Et annet spørsmål er om mottaker kan reise et motkrav mot boet som følge av at boet har oppnådd en «ugrunnet berikelse» på mottakers bekostning. Et slikt krav må i så fall bygges på analogier fra hendl. §§ 5 og 10, eller ulovfestet grunnlag. En inngående redegjørelse for ulovfestede berikelseskrav blir imidlertid for langt for denne oppgaven.

6 Forholdet mellom mottakers berikelse og boets tap

6.1 Systemets todeling

Berikelsesbegrensningen av omstøtelsekrav på objektivt grunnlag er en halvdel av et tosporet system i omstøtelsesretten. Dekningsloven § 5-12 og dens erstatningsregel regulerer utmålingen av omstøtelsekrav hvor mottaker ikke har vært i aktsom god tro, jf. § 5-9. En kan gjerne si at tilfeller hvor boet ikke kan eller ønsker å bevise ond tro faller innenfor § 5-11. Drøftelser om regelen i § 5-11 må følgelig også vurderes opp mot dens plassering i systemet forøvrig. Regelen må ses i en større sammenheng og gis en rekkevidde og resultater som kan gi et helhetlig regelverk.

Mottaker blir etter § 5-9 erstatningsansvarlig ovenfor boet. Utmålingen av omstøtelsekravet beror da på boets tap. Dette følger direkte av lovteksten som sier at «boet [kan] kreve at den annen part erstatter boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjonen».¹³⁰ Bestemmelsen speiler på mange måter § 5-11 idet utgangspunktet for vurderingen er den samme, nemlig det mottattes verdi på skjæringstidspunktet. Bestemmelsen innebærer likevel en vesentlig endring, etter § 5-12 er det mottaker som bærer risikoen for det mottatte i besittelsesperioden. Verdifall som følge av forbruk, uhell, brann, tyveri eller lignende går dermed ikke til fratregg etter § 5-12. Det samme gjelder utgifter mottaker har pådratt seg som en følge av disposisjonen. Mottaker kan heller ikke påberope seg godtroende besitters fruktrett, og må derfor belage seg på å refundere avkastning eller utbytte han har hatt av tingen.

Risikoforflytningen er av vesentlig betydning der tingen er solgt og erstattet med surrogater eller en pengeverdi. Etter § 5-12 får boet et verdikrav mot mottaker tilsvarende det mottattes verdi på skjæringstidspunktet. Kravet kan alternativt gjøres opp in natura dersom det mottatte er i behold og boet krever det jf. annet ledd. Etter § 5-11 utmåles verdikravet til den berikelse *i behold* på skjæringstidspunktet, etter fratregg for avkastning og utgifter. Også etter § 5-11 kan kravet gjøres opp in natura dersom det mottatte er i behold og en av partene krever det. Dersom det mottatte er omgjort til surrogater vil mottakers berikelse være i behold i

¹³⁰ Dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum

surrogatet. Risikoen for en eventuell differanse mellom surrogatet og boets tap, bærer den ondtroende mottaker etter § 5-12. Etter § 5-11 påhviler denne risikoen boet.

6.2 Berikelsen overstiger tapet

Systemet har her en god intern logikk. Godtroende mottaker bærer selv ingen risiko for verdisvingninger på det mottatte sammenlignet med surrogatet eller salgssummen mottaker sitter igjen med, mens ondtroende mottaker bærer den fulle risiko. Dette innebærer derimot at dersom surrogatets verdi overstiger det mottattes verdi på skjæringstidspunktet, vil mottakers berikelse overstige boets tap. Følgelig vil omstøtelseskravet mot en godtroende mottaker overstige kravet mot en ondtroende mottaker, og ondtroende mottaker får beholde differansen.

Problemstillingen kan illustreres slik: A mottar en pengesum og investerer i aksjer. Når omstøtelseskravet fremsettes blir så spørsmålet hva som skal omstøtes. Dersom mottaker var i god tro, er berikelsen i behold i aksjenes verdi. Som drøftet over har boet risiko for verdisvingninger, og kan med dette kreve omstøtt aksjenes fulle verdi. Dersom mottaker derimot er i ond tro må han erstatte boets tap, som tilsvarer den mottatte pengesummen med påløpte renter. Dersom aksjenes verdi overstiger den overførte sum, vil ondtroende mottaker derfor sitte igjen med differansen, mens godtroende part som ellers stilles som om disposisjonen ikke var hendt må fralegge seg hele sin berikelse. Resultatet fremstår merkelig, det lønner seg å være i ond tro.

Til dette skal det bemerkes at selv om en kan finne konkrete eksempler som gir urimelige resultater er ikke dette automatisk diskvalifiserende for reglenes system. Det er likevel en intern brist at loven åpner for løsninger hvor ond tro kan utgjøre en økonomisk fordel for mottaker uten at dette er et resultat av helt særegne omstendigheter. Resultatet vil bli tilsvarende for ethvert tilfelle hvor berikelsen i behold overstiger boets tap. Differansen kan også bli vesentlig. Omstøtelsesfristen etter dekl. § 5-9 er ti år, som gir god tid for verdisvingninger.

Et spørsmål en kan stille er så om reguleringen er bevisst, eller om den er et resultat av at konkursutvalget har oversett problematikken.

I konkursutvalgets utredning er forholdet mellom tap og berikelse nevnt ved to anledninger. Først ved drøftelsen av utkastets § 5-13 (lovens § 5-11) under en kort sammenligning med regulering i dansk rett. Den danske konkurslov § 75 tilsvarende langt på vei dekl. § 5-11 og sier at «[o]mstødes en disposition (...) skal den begunstigede fralægge sig den berikelse, han har vundet, dog ikke ud over boets tab». I denne sammenheng uttalte konkursutvalget at «[i] dansk utkast er berikelsen maksimert til boets tap. Utvalget antar at det ikke er noen reell begrunnelse for en slik grense, og man har ikke tatt inn en tilsvarende begrensning i norsk utkast».¹³¹ Det er noe uklart hva utkastet her mener med at de antar det ikke er noen reell begrunnelse for den danske regel som begrenser mottakers berikelse. Likevel er det klart at man i forarbeidene har tatt stilling til, og avvist en slik regel for norsk rett.

Forholdet til boets tap var også tema i Rt. 1996 s. 1647. I dommen uttalte flertallet at «er situasjonen unntaksvis slik at mottakerens berikelse er større enn boets tap, kan det hevdes å være urimelig dersom mottakeren får en videre betalingsplikt når omstøtelsen skjer på objektivt grunnlag enn når den skjer på subjektivt grunnlag». Det ble deretter påpekt at «jeg kan ikke se at det isolert sett er urimelig om mottakeren må gi fra seg berikelsen».¹³² Ellers er problematikken ikke berørt av Høyesterett.

En regel som begrenser godtroende mottakers tilbakebetalingsplikt til boets tap, medfører et skifte i den balansen som i dag eksisterer i virkningsbestemmelsene. Etter dekl. § 5-11 bærer boet risiko for verdiforringelser av det mottatte, samtidig som det nyter av verdistigninger i de unntakstilfeller mottakers berikelse overstiger boets tap. Idet bare berikelsen restitueres er denne gevinst for boet ikke på andres bekostning. En slik endring vil på den andre siden innføre en rettstilstand hvor godtroende mottaker vil sitte igjen med enhver gevinst over boets tap. En slik regel endrer insentivstrukturen i konkursreglene. Etter dagens regulering er det poenngløst å forfordele sine kreditorer eller unndra midler fra dekning, idet disse vil omstøtes uten at den konkursdebitor ønsket å begunstige sitter igjen med noen gevinst eller «berikelse». Dersom det likevel åpnes for at mottaker kan sitte igjen med gevinst innfører man på nytt et insentiv til forfordeling av godtroende mottakere. Det er heller ikke urimelig at mottaker må fralægge seg sin berikelse. Å innføre en «tapsbegrensning» i dekl. § 5-11 er derfor ikke den riktige løsningen.

¹³¹ NOU 1972: 20 s. 300

¹³² Flertallet fant ikke grunn til å se nærmere på spørsmålet idet de fant at boets tap og mottakers berikelse var den samme. Uttalelsen er derfor obiter dictum og av begrenset rettskildemessig verdi.

6.3 Berikelseskrav mot ondtroende part?

Det andre tilfellet hvor utvalget påpeker forholdet mellom berikelse og boets tap, kommer i sammenheng med den ny innførte lempningsregelen i utkastets § 5-14 (lovens § 5-12).¹³³

Lempningsregelen åpner for at dersom mottaker bare har utvist «uaktsomhet» kan dennes ansvar ovenfor boet «nedsettes eller eventuelt falle helt bort». Siste punktum presiserer deretter at mottaker «likevel ikke kan stilles gunstigere enn vedkommende ville vært stilt etter § 5-11».

Lempningsregelen innebærer at kravet kan settes ned, men med forbehold om en nedre grense ved mottakers «berikelse». Regelen og dens begrensning innebærer at et erstatningskrav mot en uaktsom mottaker kan settes lavere enn dersom mottaker forsettlig mottok en omstøtelig disposisjon, men ikke lavere enn krav mot en godtroende mottaker. Lempningsregelen passer naturlig inn i en sammenheng mellom utmåling av krav mot godtroende og ondtroende parter og åpner for en mellomløsning i de tilfeller særlige grunner taler for det. Utvalget som gikk inn for å innføre lempningsregelen kommenterer også forholdet mellom god og ond tro.

Deretter uttaler utvalget at «[a]nsvaret ved omstøtelse på subjektivt grunnlag bør selvsagt ikke kunne bli mindre enn ansvaret ved omstøtelse på objektivt grunnlag».

Et regelverk som behandler ond tro fordelaktig sammenlignet med god tro, vil utgjøre et brudd på langt mer grunnleggende prinsipper enn de som grunngir prioriteringer innenfor et konkret rettsområde: «ondtroende bør ikke kunne ta seg til rette og derved vinne rett».¹³⁴ Det er riktig som det tidligere er uttalt at det ikke er urimelig at en godtroende mottaker må fralegge seg sin berikelse. Hva gjelder ondtroende mottaker kan en nok gå lenger og si at det er urimelig dersom han *ikke* må fralegge seg sin fulle berikelse. Med dagens regulering kan en ondtroende mottaker spekulere i at hans investeringer vil gi større avkastning enn den pengeverdien han mottar, og med dette i realiteten motta et alminnelig lån hvor det eneste som må tilbakebetales er prinsipalen med påfølgende rentetapserstatning. En slik regulering skaper insentiver for unndragelse idet selv en ondtroende mottaker kan tjene penger på unndragelsen.

En kan her spørre om det foreligger grunn til å innta en generell begrensning i § 5-12, slik at kravet ikke kan settes lavere enn mottakers berikelse, alternativt om boet kan velge om de

¹³³ NOU 1972: 20 s. 302

¹³⁴ Falkanger (1998), *God tro*, s. 58

ønsker å omstøte etter § 5-11 eller § 5-12. Idet utvalget legger til grunn at dagens objektive omstøtelsesregler, herunder berikelsesbegrensningen er enkelt anvendbare regler, er det vanskelig å kunne se at dette skal medføre særlige prosessdrivende regler. Tvert imot vil en slik regulering medføre at man i tvilstilfeller om det er §§ 5-2 til 5-8 eller § 5-9 som skal anvendes forenkle prosessen idet mottaker gjerne godtar å stemples som godtroende uten en kostbar sak dersom utfallet – berikelsen omstøtes - er det samme uansett. En slik begrensning har også en positiv effekt ved at muligheten til å spekulere i verdiforskjeller mellom «berikelse» og «tap» etter dekl. § 5-9 jf. § 5-12 forsvinner. *De lege lata* er det ingen tvil om at en slik adgang ikke eksisterer. *De lege ferenda* bør imidlertid en adgang for konkursboet til å rette berikelseskrav også mot ondtroende mottaker innføres.

7 Kildeliste

7.1 Lover

7.1.1 Norske lover

Lov 15. april 1687, Kong Christian Den Femtis Norske (opphevede bestemmelser)

Lov 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers behandling (opphevet)

Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fulmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 4. oktober 1969 om hendelege eieendomshøve

Lov 6. august 1984 om fordringshavernes dekningsrett

Lov 28. februar 1997 om folketrygd

Lov 20. mai 2005 om straff

7.1.2 Andre lands lover

Konkurslag (1987:672) 6. november 1987 (svensk konkurslov)

LBK nr 775 af 03/05/2021 (dansk konkurslov)

7.2 Forarbeider

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

NUT 1969:4 Rådsegn 7 om hendelege eieendomshøve

7.3 Rettspraksis

7.3.1 Praksis fra Høyesterett

Rt. 1860 s. 123

Rt. 1892 s. 679

Rt. 1925 s. 531

Rt. 1933 s. 660

Rt. 1934 s. 33

Rt. 1934 s. 400

Rt-1951-737

Rt. 1996 s.1647

HR-2016-2491-A

HR-2022-563-A

7.3.2 Underrettspraksis

LB 1994 s. 1867 (Borgarting)

7.4 Juridisk teori

Aagaard, Marianne Mathilde Rødvei, *Restitusjon: Om virkninger av formuerettslig ugyldighet*, Oslo, 2019, Cappelen Damm

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave, 2009, Oslo

Arnholt, Carl Jacob, *Streiftog i obligasjonsretten*, Oslo, 1939

Arnholt, Carl Jacob *Privatrett III: Almindelig obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo, 1974

- Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsrettens alminnelige del*, 5. utgave, Oslo, 1978.
- Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utgave, 2017, Oslo, Gyldendal
- Brækhus, Sjur, *Materiell konkurs- og eksekusjonsrett: Referat av professor Sjur Brækhus' forelesninger ved Hans Petter Lundgaard*, Oslo, 1969
- Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, Oslo, 1964, Universitetsforlaget
- Falkanger, Aage Thor, *God tro: En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Universitetsforlaget, Tromsø, 1998,
- Getz, Bernhard, «Kreditorenes Adgang til at omstøde sin Skyldners Retshandler», *Norsk Retstidende* 1881, s. 209-315.
- Hagerup, Francis, *Konkurs og akkordforhandling*, 4. utgave v/P.I Paulsen, 1932
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 3. utgave ved Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen, og Inger B. Ørstavik, 2021, Oslo, Universitetsforlaget
- Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2017, Papinian
- Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og Konkurs Bind 3: Omstøtelse*, 1992
- Krokeide, Kjetil «Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1982 s. 353-533.
- Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og Obligasjonsrett*, Cappelen Damm Akademisk, 1. utgave, 2017, Oslo
- Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene: Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2. utgave, 2019, Bergen, Cappelen Damm Akademisk
- Nerheim, Viljar Johnsen, «Berikelsesbegrensning ved restitusjon av formuesoverføring utenfor kontrakt?», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1 (2022) s. 3-111