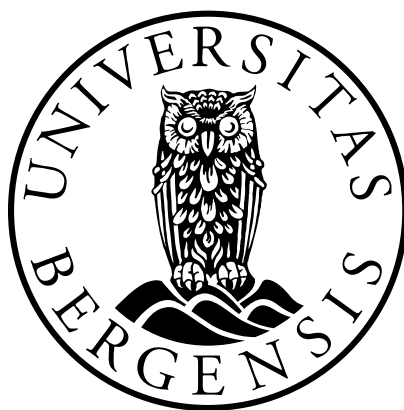


# Berikelseskravets innhold etter dekningsloven § 5-11

Kandidatnummer: 202

Antall ord: 14985



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2017

# INNHOLDSFORTEGNELSE

INNHOLDSFORTEGNELSE .....	1
1 INNLEDNING .....	3
1.1 Tema .....	3
1.2 Avgrensninger og begrepsbruk .....	4
1.3 Rettskilder og metode .....	4
1.3.1 Nordiske og internasjonale kilder .....	5
1.3.2 Berikelsesproblematikk på andre rettsområder .....	6
1.4 Fremstillingen videre .....	7
2 BERIKELSESKRAVETS INNHOLD .....	8
2.1 Introduksjon og legislative hensyn .....	8
2.2 Tidspunkt for berikelsesvurderingen .....	9
2.3 Hovedprinsipper for utmåling av berikelse .....	12
2.4 Sannsynlighetsvurderingen knyttet til den hypotetiske situasjon. Særlig om Rt-1996-1647 ( <i>Bruvik</i> ) .....	13
2.5 Erstatningsansvar for tap som følge av den annen parts uaktsomhet .....	15
2.6 Den annen parts kostnader .....	17
2.7 Forbruk, besparelse og surrogat .....	20
2.7.1 Forbruk og besparelse .....	21
2.7.2 Surrogat .....	24
2.8 Sammenblanding og inkorporasjon .....	28
2.9 Verdiendringer .....	29
3 UNNTAKSREGELN FOR UTBYTTE .....	32
3.1 Utbytteregelens hovedinnhold og begrunnelse .....	32
3.2 Kort om bruk som utbytte .....	33
3.3 Utgifter for å sikre utbytte .....	35
3.4 Når er utbyttet "vunnet"? .....	36
3.5 Grunn til revidering av utbytteregelen? .....	39
4 SÆRLIG OM ENKELTE TYPETILFELLER .....	41
4.1 Dekningsloven § 5-5 – ekstraordinær betaling .....	41
4.1.1 Betaling til kreditor med separatistsrett .....	41
4.1.2 Betaling "før normal betalingstid" .....	42

4.2	Dekningsloven § 5-7 – sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.....	45
4.2.1	Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld sammen med ny kreditt .....	45
4.2.2	Kausjon.....	47
4.2.3	Ombytning.....	47
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....	49
6	KILDER .....	50
6.1	Lover.....	50
6.2	For- og etterarbeider .....	51
6.3	Rettspraksis.....	51
6.4	Bøker og artikler .....	52
6.5	Øvrige kilder.....	54

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Tema

Avhandlingens tema er berikelseskravets innhold ved omstøtelse etter de objektive omstøtelsesreglene etter dekningsloven § 5-11 første ledd første punktum.

Omstøtelsesreglene er helt sentrale for å sikre en rettferdig bobehandling, og for å ivareta det grunnleggende likhetsprinsippet som gjelder i konkurs. Likhetsprinsippet springer ut av rettferdighetsidealer om at alle kreditorer skal behandles likt, slik at ingen begunstiges på de øvriges bekostning. Det bør ikke bero på tilfeldigheter eller være opp til debitors skjønn hvilke kreditorer som skal få dekning.<sup>1</sup> Omstøtelsesreglene sikrer derfor at disposisjoner som er gyldig stiftet og har rettsvern kan omgjøres til fordel for boet dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Omstøtelsesreglene virker dermed gjenopprettende i de tilfeller der det har skjedd en ubegrunnet krenkelse av likhetsprinsippet. Denne funksjonen kommer til uttrykk ved at boet kan kreve midlene tilbakeført. Reglene antas også å ha en viktig preventiv funksjon, ved at antallet omstøtelige disposisjoner reduseres som følge av risikoen for omstøtelse.<sup>2</sup>

Omstøtelsesreglene står i dekningsloven kapittel 5, og er ellers noe spredt i lovgivningen.<sup>3</sup> Grovt skissert rammer omstøtelsesreglene i dekningsloven disposisjoner som er av en bestemt art og gjennomført innenfor et bestemt tidsrom før konkursåpning. En viktig gruppe av omstøtelsesreglene rammer uavhengig av skyld hos den annen part. Dette er de *objektive omstøtelsesregler*. Et viktig hensyn bak de objektive reglene er at de skal være retts teknisk enkle å anvende for boet.<sup>4</sup>

Ettersom de objektive omstøtelsesreglene rammer uten hensyn til skyld hos den annen part, er det i loven inntatt en berikelsesbegrensning for å oppveie det inngrep omstøtelse kan innebære overfor en potensielt godtroende part. Hvilket nærmere innhold som ligger i

---

<sup>1</sup> Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 s. 10.

<sup>2</sup> Andenæs 2009 s. 286, Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3: Omstøtelse*, Bergen 1992 s. 49.

<sup>3</sup> F.eks. forsikringsavtaleloven § 16-2, ekteskapsloven §§ 51 og 52.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153.

"berikelse" er imidlertid noe uklart. Avhandlingens siktemål er derfor å forsøke å klargjøre berikelseskravets innhold ved å drøfte ulike underproblemstillinger og typetilfeller.

## 1.2 Avgrensninger og begrepsbruk

Oppgaven avgrenses til å behandle berikelseskravets innhold etter dekningsloven § 5-11 første ledd første punktum. Dette er rettsvirkningen av objektiv omstøtelse, og forutsetter at vilkårene for å gjennomføre omstøtelse er oppfylt.

Innenfor oppgavens rammer vil det ikke være rom for å foreta noen drøftelse av hvilke oppgjørsmåter som er tilgjengelige. Rettsvirkningen ved omstøtelse etter den subjektive regel i dekningsloven § 5-9 behandles heller ikke, ettersom dette er et erstatningskrav og ikke et berikelseskrav.

I oppgaven brukes "debitor" om skyldneren som har gått konkurs. "Boet" vil si debitors konkursbo. Debtors medkontrahent, den som er begünstiget ved den omstøtelige disposisjonen, refereres til som "den annen part".

## 1.3 Rettskilder og metode

Basert på alminnelig juridisk metode vil lovteksten være det rettskildemessige utgangspunktet. Begrepet "*berikelse*" gir imidlertid kun begrenset veiledning, se punkt 2.1. Dekningslovens forarbeider er NOU 1972: 20 og Ot.prp. nr. 50 (1980-1981). Forarbeider får vanligvis mindre vekt etter hvert som reglene tolkes og anvendes i praksis. Imidlertid er dette et relativt statisk rettsområde, og forarbeidene er forholdsvis grundige. Derfor er særlig NOU 1972: 20 fremdeles en sentral kilde. Imidlertid har forarbeidene naturligvis ikke tatt i betraktning rettsutvikling i etterkant av lovens vedtakelse.

Det er lite rettspraksis knyttet til dekningsloven § 5-11. Ettersom dekningsloven bygger på eldre rett, kan man imidlertid anvende eldre rettspraksis.<sup>5</sup> Underrettspraksis vil være relevant der det ikke foreligger avgjørelser fra Høyesterett.

---

<sup>5</sup> Huser 1992 s. 128.

Det er en del teori om temaet. Argumentasjonskvaliteten vil være avgjørende for gjennomslagskraften til de juridiske fremstillingene.

Når det er forholdsvis få positive kilder, vil reelle hensyn få stor betydning. Dette innebærer at sentrale formuerettslige hensyn og særlige konkursrettslige hensyn får stor betydning, jf. punkt 2.1 om legislative hensyn.

### 1.3.1 Nordiske og internasjonale kilder

Dekningsloven bygger på et nordisk lovsamarbeid mellom Norge, Sverige, Finland<sup>6</sup> og Danmark. Reglene i Norge har store likhetstrekk med dem som er lovfestet i de andre nordiske land, både i ordlyd og i innhold. Dette medfører at nordiske rettskilder kan ha betydning for å fastlegge innholdet i norske regler.<sup>7</sup> Den rettslige situasjonen i de øvrige nordiske land kan også være av interesse der landene bevisst har valgt ulike løsninger.

I svensk rett har man valgt et annet utgangspunkt enn berikelse, nemlig at dersom naturalrestitusjon ikke skjer, skal boets tap erstattes.<sup>8</sup> Imidlertid er det regler som nyanserer dette utgangspunktet, slik at det endelige resultatet ikke er så fjernt fra det vi har i norsk rett.<sup>9</sup> Det er derfor forsvarlig å hente veiledning fra svensk rett, så lenge man er oppmerksom på ulikhetene.

Dagens rettskildebilde blir stadig mer preget av internasjonale kilder. Av interesse for avhandlingen er arbeidet utført av Study Group on a European Civil Code, Principles of European Law, herunder Draft Common Frame of Reference (DCFR) og Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.).<sup>10</sup> Det er formelt tale om akademiske verk, uten noen autorisert normativ gjennomslagskraft. Arbeidsgruppen består imidlertid av fremstående representanter fra rettsvitenskapen i Europa, og er følgelig en svært nyttig kilde til inspirasjon, presisering og utvikling av nasjonal rett.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Finsk lag om återvinning till konkursbo har flere fellestrekk med svensk konkurslag kap. 4. Som følge av språkbarriere avgrenses det mot finsk rett.

<sup>7</sup> Huser 1992 s. 129.

<sup>8</sup> Konkurslagen 4:14 § tredje ledd.

<sup>9</sup> Eksempelvis konkurslagen 4:14 og 4:15 §§ om vederlag, utbytte og kostnader, samt lempning i 4:17 §.

<sup>10</sup> Christian von Bar og Stephen Swann, *Study Group on a European Civil Code: Principles of European Law. Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, München 2010.

<sup>11</sup> Erik Monsen, "Study Group on a European Civil Code: Principles of European Law. Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)" *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2010 nr. 4/5 s. 875-883 (s. 875).

PEL Unjustified Enrichment er tematisk svært lik DCFR Book VII Unjustified Enrichment, og det er knapt nevneverdige forskjeller.<sup>12</sup> I oppgaven anvendes PEL Unjustified Enrichment. I det akademiske verket formuleres felleseuropeiske spørsmål, og det gis prinsipper (soft law) til løsningene på ulike privatrettslige problemstillinger. Deretter gis forklarende kommentarer og noter, der det i sistnevnte knyttes bemerkninger til rettstilstanden i de respektive europeiske landene.

Ved anvendelsen av denne typen kilder er det viktig å være oppmerksom på hvilke forutsetninger og begrensninger som ligger i et slikt arbeid. PEL Unjustified Enrichment trekkes inn i de ulike underproblemstillingene der de kan gi veiledning til hva løsningen bør bli i norsk rett.

### **1.3.2 Berikelsesproblematikk på andre rettsområder**

Berikelsesproblemstikken er ikke unik for omstøtelsestilfellene. Problemstillingen i dette punktet er hvorvidt berikelsesproblematikk på andre områder kan ha overføringsverdi til konkurstilfellene.

Ved andre former for berikelse, som negotiorum gestio (uanmodet forretningsførsel) og *condictio indebiti*, har den annen part oppnådd en "ugrunnet" eller "tilfeldig" berikelse, ettersom det ikke forelå noen rettslig forpliktelse bak ytelsen. Vedkommende har derfor ikke noe rimelig krav på å få beholde den. I omstøtelsestilfellene vil imidlertid den annen part normalt ha en rett til ytelsen basert på det underliggende rettsforholdet med debitor, slik at det ikke foreligger noen tilfeldig fordel.<sup>13</sup> Ofte har heller ikke den annen part blitt "beriket" ved at hans formue er forøket som følge av disposisjonen, ettersom kreditorene nettopp har krav på betaling. Omstøtelseskravet er begrunnet i tredjemenns, kreditorenes, berettigede forventning om å få lik rett til dekning for sine krav i debtors formue.<sup>14</sup> De nevnte berikelsestilfellene har som fellestrekk at det er tale om en part som må tilbakeføre en ytelse han forutsetningsvis kan ha mottatt i god tro.

Ettersom grunnlaget for berikelsen er en annen i omstøtelsestilfellene, kan det tenkes å oppstå ulikheter i beregningene som foretas ved vurderingen av den annen parts berikelse.<sup>15</sup> Det er

---

<sup>12</sup> Monsen 2010 s. 876.

<sup>13</sup> Huser 1992 s. 566.

<sup>14</sup> Huser 1992 s. 566.

<sup>15</sup> Huser 1992 s. 567.

viktig å være oppmerksom på dette ved anvendelsen av kilder fra den alminnelige berikelseslæren.

## 1.4 Fremstillingen videre

Fremstillingen videre deles i tre hoveddeler. I første del (punkt 2) behandles berikelseskravets hovedinnhold. I andre del (punkt 3) behandles den annen parts rett til utbytte, som er et unntak fra berikelsesregelen.

I tredje del (punkt 4) drøftes enkelte typetilfeller. Disse illustrerer mitt syn situasjoner der det må foretas en særlig avveining av kryssende hensyn.

Innenfor oppgavens omfang vil det ikke være anledning til å gi noen *uttømmende* fremstilling av berikelseskravet eller utbytteregelen. Det vil derfor fokuseres på særlige interessante underproblemstillinger. Eksempelvis analyseres problemstillinger knyttet til den annen parts kostnader, forbruk og surrogater i punkt 2.



## 2 BERIKELSESKRAVETS INNHOLD

### 2.1 Introduksjon og legislative hensyn

Det fremgår av dekningsloven § 5-11 at dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-1 til 5-8 foreligger, kan boet kreve at den annen part tilbakefører den "berikelse" han har oppnådd ved disposisjonen. Begrepet "berikelse" tyder på at en formuesfordel må ha tilflytt den annen part, typisk ved at han er tilført aktiva eller fått sine forpliktelser redusert.

At det kun er "berikelse[n]" som skal restitueres innebærer etter en alminnelig forståelse at den annen part ikke skal lide noe tap ved tilbakeføringen. Den annen part skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde funnet sted; han skal verken vinne eller tape.<sup>16</sup>

De objektive reglene er gitt for å lette boets adgang til å omstøte disposisjoner som presumptivt er kreditorskadelige. En retts teknisk forenkling er at reglene rammer uavhengig av hvorvidt den annen part har vært i ond tro. Vilårene er tilsiktet utformet slik at de rammer kjernen av kreditorillojale disposisjoner, som gaver og betaling av gjeld med ekstraordinære midler, foretatt i et visst tidsrom forut for fristdagen.<sup>17</sup> Når det foreligger en presumptivt illojal disposisjon i konkurs, taler hensynet til likebehandling og rettferdighet for at tilbakeføringskravet underlegges færrest mulig begrensninger slik at boet blir tilført mest mulig midler til fordeling til kreditorfellesskapet.

Det er også et poeng at den annen part også etter de objektive reglene antakelig har vært i ond tro, uten at boet må bevise dette, jf. eksempelvis Rt-1996-1647 (*Bruvik*) der samme fysiske person var involvert i begge selskaper.

Disposisjoner kan imidlertid omstøtes selv om den annen part er i god tro og har innrettet seg etter disposisjonen. Omstøtelsesreglene rammer følgelig også tilfeller der den annen part ikke er noe å bebreide. Berikelsesbegrensningen er derfor svært viktig for å balansere det inngrep et omstøtelseskrav representerer overfor en part som forutsetningsvis kan ha mottatt en ytelse i god tro. Dersom den annen part ikke har vært i god tro, kan boet alltid fremme et krav etter

---

<sup>16</sup> Huser 1992 s. 572.

<sup>17</sup> NOU 1972: 20 s. 282.

den subjektive omstøtelsesregel i dekningsloven § 5-9. Dette taler for at berikelsesbegrensningen må være reell, slik at hensynet til den annen part ivaretas.

Et annet viktig grep for å beskytte den annen part er at de objektive reglene oppstiller forholdsvis korte frister for omstøtelse. Etter dekningsloven §§ 5-5, 5-6 og 5-7 er fristen tre måneder før frisdagen, mens for gaver etter § 5-2 er den ett år. Fristen er to år for disposisjoner som tilgodeser nærstående.

I praksis er det forholdsvis få omstøtelsessaker sammenlignet med hvor mange konkurser som årlig finner sted.<sup>18</sup> Dette er trolig fordi omstøtelsesprosessen kan være krevende for boet i tid og ressurser. Det er derfor viktig at de objektive reglene tolkes og praktiseres slik at boet effektivt kan kreve og gjennomføre omstøtelse når disposisjonens art tilsier det.

De legislative hensynene vil være viktige kilder ved drøftelsen av de underproblemstillinger berikelsesregelen reiser. Der det er få autoritative kilder vil konklusjonen måtte bero på en avveining av hensynet til den (potensielt godtroende) annen part og hensynet til omstøtelsesreglenes effektivitet. Avveiningene kan by på vanskeligheter. Hvilket hensyn som veier tyngst vil kunne bero på den særlige problematikken som reises ved den enkelte underproblemstilling. Videre drøftelse vil illustrere samspillet og spenningsforholdet mellom hensynene.

## 2.2 Tidspunkt for berikelsesvurderingen

Hvilket tidspunkt som legges til grunn for beregningen av berikelsen, kan få stor betydning for eksistensen av og størrelsen på boets krav. Tidspunktet for beregningen er avgjørende for hvordan risikoen for berikelsen, deriblant risikoen for hendelige begivenheter og verdisvingninger, fordeles mellom konkursboet og den annen part. Det kan tenkes flere alternativer, herunder disposisjonstidspunktet, tidspunktet omstøtelseskravet gjøres gjeldende fra bostyrer, stevningstidspunktet og domstidspunktet.

Begrepet "*oppnådd*" i dekningsloven § 5-11 første ledd tyder på at berikelsen må være oppebåret. Strengt tatt kan det foreligge en oppebåret berikelse selv om denne senere er tapt.

---

<sup>18</sup> Oslo Byfogdembetes årsmeldinger viser 13 omstøtelsestvister og 797 konkursåpninger i 2015. I 2016 var det 14 tvister, og 809 konkursåpninger. Selv om dette er grove tall, og mange omstøtelsessaker løses utenom domstolene, gir dette et visst bilde.

Imidlertid tyder forarbeidene på at berikelsen må være i behold på et senere relevant tidspunkt for å være "oppnådd", jf. NOU 1972: 20 s. 300 gjennom formuleringen "*vil berikelsen kunne være i behold*". Det er noe uklart hvilket tidspunkt "i behold" sikter til. Etter mitt syn tyder forarbeidene på at det ikke foreligger noen *oppnådd* berikelse å tilbakeføre dersom denne er tapt på det tidspunkt omstøtelseskravet gjøres gjeldende.

I Rt-2008-1170 (*Rema 1000*), avsnitt 58, la Høyesterett til grunn at verdien på overtakelsestidspunktet var den annen parts "berikelse". Tidspunktet for berikelsesvurderingen synes ikke å ha vært problematisert av partene, slik at problemstillingen antakeligvis ikke har blitt viet særlig oppmerksomhet under prosedyrene eller ved domstolens avgjørelse. Standpunktet er verken begrunnet eller drøftet. Dette medfører etter mitt syn at rettsavgjørelsen på dette punktet ikke bør tillegges avgjørende vekt.

I teorien skriver Huser at vurderingen for beregning av berikelse ikke låses "*til noe bestemt tidspunkt*", men at "*utgangspunktet er at berikelsen skal være i behold når omstøtelseskravet avgjøres, dvs. på domstidspunktet*".<sup>19</sup>

Andenæs hevder at det avgjørende er hva som er i behold på omstøtelsestiden.<sup>20</sup> Dette er imidlertid lite klargjørende ettersom det ikke presiseres hvorvidt dette knytter seg til tidspunktet da kravet gjøres gjeldende, stevningstidspunktet eller domstidspunktet.

Hagstrøm legger til grunn at utgangspunktet for berikelsesvurderingen er at verdien er i behold på det "tidspunkt kravet gjøres gjeldende", noe som i konkurssituasjonen må bety det tidspunkt bostyrer fremsetter kravet.<sup>21</sup> Vinding Kruse tar utgangspunkt i at berikelsesgrunnsetningen stiller som krav at berikelsen er i behold ved saksanlegget.<sup>22</sup> Imidlertid problematiserer ingen av forfatterne tidspunktet for berikelsesvurderingen nærmere, slik at det er uklart hvilken rettskildemessig verdi standpunktene kan tillegges.

Et viktig hensyn bak berikelsesbegrensningen er at den annen part skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde funnet sted. For at dette hensynet skal realiseres i størst mulig grad bør berikelseskravet utmåles så sent som mulig. Det vil da i videst mulig omfang tas hensyn til at berikelsen innen tilbakeføringstidspunktet kan ha gått til grunne eller sunket i

---

<sup>19</sup> Huser 1992 s. 575 og s. 582.

<sup>20</sup> Andenæs 2009 s. 376.

<sup>21</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 711.

<sup>22</sup> Anders Vinding Kruse, *Restitusioner*, København 1950 s. 163.

verdi, eksempelvis gjennom hendelige uhell.<sup>23</sup> Dette taler for at tidspunktet for rettskraftig dom bør være avgjørende. Hensynet til å beskytte boet vil kunne ivaretas gjennom et eventuelt erstatningskrav dersom den annen part foretar illojale eller rettsstridige handlinger etter å ha fått kunnskap om omstøtelseskravet, jf. punkt 2.5.

På den annen side handler fastleggelsen av hvilket tidspunkt som er avgjørende i realiteten om å plassere risikoen for verditap. Etter mitt syn er det derfor klart at tidspunktet kan stille seg annerledes avhengig av hvordan tilbakeføring skjer, og hvilke hendelser som har inntrådt.<sup>24</sup>

Risikoen for hendelige uhell bør bæres av boet frem til omstøtelse rent faktisk finner sted, ettersom det ville stride mot hensynene bak berikelsesbegrensningen dersom den annen part må bære risikoen for hendelser utenfor vedkommendes kontroll. Den annen part bør også kunne trekke fra fradragsberettigede kostnader frem til dette tidspunkt, typisk nødvendige kostnader til å ta vare på tingen (oppbevaring, forsikring e.l.). Dersom det foreligger rettstvist er imidlertid domstidspunktet retsteknisk enklere å håndtere. Fremtidige utgifter bør utmåles skjønnsmessig.

Verdiendringer som skyldes rene markedssvingninger bør etter min mening også være boets risiko frem til domstidspunktet. Prissvingninger på bolig, verdipapir og lignende er forhold som vanligvis ligger utenfor den annen parts kontroll. Skjæringstidspunktet bør derfor være domstidspunktet. Det må muligens gjøres et unntak for spesielle tilfeller der den annen part har en særlig oppfordring til å handle for å ivareta berikelsens verdi.

På den andre side bør risikoen for verditap som er forårsaket av den annen parts disposisjoner ligge hos vedkommende etter at omstøtelseskravet gjøres gjeldende, under forutsetning av at det foreligger klanderverdighet bak den tapsbringende disposisjon. Det samme gjelder risikoen for skader ved uaktsomhet hos den annen part, jf. punkt 2.5. På dette tidspunktet kjenner den annen part til omstøtelseskravet, og bør anses å ha et større ansvar for å ivareta det mottatte.

---

<sup>23</sup> I denne retning Birgitte Jørgensen, *Rettsvirkninger af omstødelse*, København 2003 s. 74.

<sup>24</sup> Også Kjetil Krokeide, "Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1982 nr. 3 s. 353-522 (s. 436-437) nyanserer verdsettelsestidspunktet.

Konklusjonen er at domstidspunktet som hovedregel bør være skjæringstidspunktet for berikelsesvurderingen, men at det må foretas visse nyanser der verdiendringer skyldes den annen parts disposisjoner eller uaktsomhet etter at omstøtelseskravet er fremmet.

## 2.3 Hovedprinsipper for utmåling av berikelse

Foruten at det må ha skjedd en formuesforøkelse som den annen part ikke ville hatt uten den omstøtelige disposisjonen, gir ordlyden i dekningsloven § 5-11 liten veiledning.

NOU 1972: 20 s. 300 gir uttrykk for at "*berikelse...er et forholdsvis festnet begrep*".

Forarbeidene sikter antakelig til konkursrettslige teori og praksis knyttet til berikelsesbegrepet.<sup>25</sup>

Hovedprinsippet for utmåling av berikelse er at boets omstøtelseskrav skal utmåles slik at den annen part økonomisk stilles som om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde funnet sted.<sup>26</sup>

Det er denne berikelsen som er "*oppnådd ved den omstøtelige disposisjon*", verken mer eller mindre. Man må foreta en sammenligning av den faktiske situasjon for den annen part og den alternative, hypotetiske situasjon vedkommende ville ha vært i dersom den omstøtelige disposisjon aldri hadde blitt foretatt. Det er nettogevinsten som omstøtes.

Ofte er det mottatte i behold, enten det er en gjenstand eller penger. Det klare utgangspunktet er at dette i sin helhet skal tilbakeføres. Dette modifieres i den grad den annen part har betalt vederlag, har hatt kostnader e.l. Denne typen underproblemstillinger drøftes nedenfor.

For alle typer berikelse må det oppstilles et vilkår om årsakssammenheng, jf. "*oppnådd ved den omstøtelige disposisjon*".

Et viktig poeng er at fokuset i berikelsesvurderingen rettes mot den annen parts økonomiske stilling, i motsetning til omstøtelse etter den subjektive regelen der det er boets tap som er avgjørende, jf. dekningsloven § 5-12.

---

<sup>25</sup> Huser 1992 s. 571.

<sup>26</sup> Huser 1992 s. 571-572.

Berikelsen er ikke begrenset til boets tap, jf. Rt-2008-1170 (*Rema 1000*), som viser til dekningslovens etterarbeider i Ot.prp. nr. 26 (1998-1999). Dette medfører at boet ikke må bevise noe tap ved disposisjonen, selv om kreditorfellesskapet vanligvis har hatt et tap.

## 2.4 Sannsynlighetsvurderingen knyttet til den hypotetiske situasjon. Særlig om Rt-1996-1647 (*Bruvik*)

Det er få rettsavgjørelser som tar stilling til innholdet i "berikelse". I Rt-1996-1647 (*Bruvik*) (dissens 3-2) heter det på s. 1653 at ved berikelsesberegningen

*"må det i utgangspunktet være riktig å se på hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt - mottakeren skal fralegge seg den nettogevinst som disposisjonen har gitt."*

Deretter gir retten uttrykk for at det er tvilsomt hva nettogevinsten er. Etter førstvoterendes oppfatning hadde dette sammenheng med at det var tale om en langvarig leiekontrakt mellom et driftsselskap og et eiendomsselskap, der det ikke er enkelt å fastslå at

*"ett bestemt alternativt forløp ville vært klart mer sannsynlig enn noe annet hvis den omstøtelige disposisjonen ikke hadde vært foretatt. De hypotesene som kan settes opp, blir lett meget spekulative. Etter min mening er det da mest naturlig å legge til grunn en utvikling som ligger nær opptil det som faktisk skjedde."<sup>27</sup>*

Det fremstår som forsvarlig å ta utgangspunkt i den faktiske situasjon, og dette må åpenbart være riktig startpunkt for vurderingen. I vurderingen bør man legge til grunn konstaterbare fakta, og i størst mulig grad unngå spekulasjoner om "*hvilke eventuelle alternative disposisjoner debitor og den annen part kunne tenkes å ville ha foretatt*".<sup>28</sup>

Det er imidlertid grunn til å være kritisk til den sannsynlighetsvurderingen førstvoterende faktisk foretar. Førstvoterende viser til at eiendomsselskapet utvilsomt hadde adgang til å heve hovedleieavtalen som følge av betalingsmisligholdet. I sannsynlighetsvurderingen viser hun til at eiendomsselskapet faktisk ikke hadde hevet avtalen, til tross for lang tids

---

<sup>27</sup> Rt-1996-1647 (s. 1653-1654).  
<sup>28</sup> Huser 1992 s. 573.

betalingsmislighold. På den bakgrunn legger hun til grunn at eiendomsselskapet ville fortsette å forholde seg passiv til betalingsmisligholdet frem til konkurs.<sup>29</sup>

Selv om man bør være kritisk til den annen parts påstander om alternative handlinger eller avtaler fra debtors side, er det etter mitt syn lite sannsynlig at et eiendomsselskap ville fortsette å forholde seg passiv til et vedvarende betalingsmislighold. I den relasjon er det et viktig faktisk forhold at eiendomsselskapet nettopp hadde grepet inn – nok fikk være nok.

Etter min mening har derfor annenvoterende Scheis votum mer for seg. Han skriver at:

*"Den eneste løsningen man med sannsynlighet kan si hadde vært mer fordelaktig for driftsselskapet, var at eiendomsselskapet ikke gjorde noe som helst, men fortsatte hovedleieforholdet i sin helhet og da stadig slik at driftsselskapet ikke betalte noe av leien etter avtalen. Jeg kan vanskelig se at boet kan forlange at dette skal være sammenligningsgrunnlaget".<sup>30</sup>*

Oppsummert kan det hevdes at utgangspunktet som tas i Rt-1996-1647 er forsvarlig, ettersom det åpenbart er riktig at man må anvende de faktiske forhold for å fastslå det sannsynlige hypotetiske hendelsesforløp. Det er imidlertid kritisk at man i den vurderingen vurderer sentrale forretningsmessige forhold, ulike alternativer og lignende, slik at man ikke blir for fastbundet i hva som faktisk skjedde. I nevnte sak var det neppe riktig å legge til grunn det mest gunstige alternative for boet, ettersom det faktisk var foretatt skritt for å ta tak i misligholdet. Det er viktig å holde fast ved at det skal foretas en sannsynlighetsvurdering, der man må tilstrebe å finne en realistisk balanse mellom boet og den annen part.<sup>31</sup> Når berikelsesregelen er valgt for å beskytte en potensielt godtroende part, bør man kanskje være noe forsiktig i bevisvurderingen. Man har alltid den subjektive regel i § 5-9 å falle tilbake på.

Flere av underproblemstillingene nedenfor krever at det foretas tilsvarende sannsynlighetsvurderinger, eksempelvis i tilknytning til den annen parts kostnader i punkt 2.6 og surrogater i punkt 2.7.2. Også der må man tilstrebe å finne en realistisk balanse.

---

<sup>29</sup> Rt-1996-1647 (s. 1654).

<sup>30</sup> Rt-1996-1647 (s. 1656).

<sup>31</sup> Andenæs 2009 s. 294 og s. 298 note 18 er også kritisk til rettsavgjørelsen.

## 2.5 Erstatningsansvar for tap som følge av den annen parts uaktsomhet

Dersom "berikelse[n]" er tapt, er det ingenting å tilbakeføre og den annen part har i utgangspunktet intet ansvar overfor boet.<sup>32</sup> Imidlertid antydes det i NOU 1972: 20 s. 300 at dersom tapet av berikelsen er forårsaket av uaktsom opptreden fra den annen part, "*kan spørsmålet [om ansvar] være mer tvilsomt*". At man har sett det slik at uaktsomhet kan medføre ansvar, antydes også i lovteksten ved at Justisdepartementet valgte å innta en lempningsregel i dekningsloven § 5-11 første ledd siste punktum. Departementet tok imidlertid ikke stilling til den tvil utvalget uttrykte.

I teorien har det blitt drøftet hvorvidt den annen parts uaktsomme handlinger kan medføre ansvar overfor boet. Krokeide finner det vanskelig å oppstille noen bestemt løsning for nordisk rett. Han hevder at dersom mottakeren hefter ved uaktsomhet, bør det stilles lave krav til aktsomheten. Dersom man ikke oppstiller et ansvar for uaktsomme handlinger, bør den annen part likevel pålegges risikoen for disposisjoner "*som er ufornuftige eller rent frem forkastelige*".<sup>33</sup>

Det kan imidlertid nevnes at danske forarbeider etter mitt syn tyder på at den annen part ikke er ansvarlig overfor boet for uaktsomme eller forsettlige handlinger, med mindre vedkommende er i ond tro om omstøtelseskravet mot ham. Det heter nemlig at

*"[e]r tingen gået til grunde, haves intet krav, selv om den er blevet ødelagt ved modtagerens fejl. Har han med forsæt eller ved uagtsomhed slået den i stykker efter at være blevet klar over omstødelseskravet, må han dog være erstatningsansvarlig efter almindelige regler*".<sup>34</sup> (understreket her)

Huser tar i norsk rett til orde for at den annen part kan gjøre med det mottatte som han vil, og at noe ansvar sjelden vil være aktuelt før han er kjent med omstøtelseskravet.<sup>35</sup>

Et eventuelt erstatningsansvar for den annen part reiser prinsipielle spørsmål. Det er et særtrekk ved de objektive omstøtelsesregler at den annen part kan være i god tro om sin rett

---

<sup>32</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>33</sup> Krokeide 1982 s. 426-427.

<sup>34</sup> Betænkning II nr. 606/1971 s. 164-165.

<sup>35</sup> Huser 1992 s. 592.



til ytelsen. Et utslag av alminnelig privatautonomi er at man som utgangspunkt kan gjøre som man vil med egne eiendeler. Krokeide hevder at dette er et prinsipp "*som etter hvert stemmer dårlig med moderne tids rettsoppfatning*".<sup>36</sup> Det fremgår ikke tydelig hva forfatteren sikter til, men det kan nok være slik at det i dag generelt stilles strengere lojalitetskrav, og at man i noe mindre grad anerkjenner en privatautonomi der en eier kan gjøre hva enn han vil. Imidlertid bør det etter mitt syn ikke ha betydning for berikelseskravet hvorvidt den annen part gir bort det mottatte vederlagsfritt<sup>37</sup> eller om det blir ødelagt som følge av den annen parts uaktsomme eller forsettlige handlinger. Begge deler bør anses som utslag av vedkommendes privatautonomi.

Det kan innvendes at boet trenger beskyttelse, ettersom boet ikke har mulighet til å hindre at den annen part uaktsomt eller forsettlig ødelegger det mottatte.

Mot dette er det et viktig argument at den annen part normalt ikke har noen interesse i å ødelegge det mottatte før vedkommende er i ond tro om sin rett til berikelsen. Dermed vil boet normalt være tilstrekkelig beskyttet ved at det kan fremme et erstatningskrav for uaktsomme eller forsettlige handlinger som finner sted etter at den annen part har kommet i ond tro.

Selv om det er vanskelig å oppstille en bestemt løsning i nordisk rett, bør man etter mitt syn ta de prinsipielle innvendingene på alvor. Den annen part kan være i god tro, og kan da ikke bebreides for handlinger som er et utslag av hans privatautonomi. Boet vil som regel være tilstrekkelig beskyttet ved at den annen part først kan bli ansvarlig ved ond tro om sin rett til berikelsen. Konklusjonen bør derfor være at den annen part kun kan bli erstatningsansvarlig for tap av berikelsen etter at vedkommende har kommet i ond tro om sin rett til berikelsen.

Avslutningsvis tilføyes at dersom det er tale om kostnader eller tap som den annen part ville hatt *uavhengig* av berikelsen, bør man etter mitt syn se det slik at berikelsen likevel er i behold. Tapet står da ikke i tilstrekkelig årsakssammenheng med berikelsen, og bør derfor ikke redusere den annen parts ansvar overfor boet. Denne løsningen er også lagt til grunn i PEL Unjustified Enrichment i artikkel 6:101(1).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Krokeide 1982 s. 426.

<sup>37</sup> Det er sikker rett at berikelseskravet er tapt i slike tilfeller, jf. eksempelvis Henriette Nazarian, *Konkursrett*, Oslo 2012 s. 238, med mindre det kan påvises en besparelse eller vilkårene i § 5-11 tredje ledd er oppfylt overfor tredjemann.

<sup>38</sup> Bar/Swann 2010 s. 483.

## 2.6 Den annen parts kostnader

Problemstillingen i dette delkapitlet er i hvilken grad kostnader i tilknytning til det mottatte er fradragsberettigede, og dermed reduserer berikelseskravet. Utgifter eller kostnader som knytter seg til å vinne avkastning, typisk driftsutgifter, drøftes i punkt 3.3.

Ettersom ordlyden tyder på at kun nettogevinsten skal tilbakebetales, tilsier dette at alle omkostninger skal redusere berikelseskravet. Dette er i tråd med hovedprinsippet om at den annen part økonomisk skal stilles som om den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted. I den grad den annen part har betalt delvis vederlag, skal dette redusere berikelseskravet. Det samme vil gjelde dersom vederlaget besto i at den annen part overtok debitors gjeldsforpliktelse som vederlag, og har betalt renter og avdrag. Utgifter knyttet til omstøtelsen, som utgifter til transport, montering e.l. må anses fradragsberettigede og redusere berikelseskravet.

På tilsvarende måte må man etter mitt syn også ta i betraktning eventuelle inntekter som den annen part ville mottatt uansett. I Rt-1996-1647 (*Bruvik*) burde retten derfor tatt i betraktning at den annen part hadde rett på leieinntekter, og således bare omstøtt fremleiedelen.

Det heter i NOU 1972: 20 s. 300 at "*omkostninger i anledning ytelsen*" skal redusere berikelseskravet. Dette innebærer at også andre kostnader må anses fradragsberettigede. Det er naturligvis en forutsetning at det foreligger årsakssammenheng mellom kostnadene og berikelsen, jf. "*i anledning*". Dersom kostnadene ville ha vært pådratt uansett, reduserer de ikke egentlig berikelsen og en eventuell reduksjon av berikelseskravet ville dermed stille den annen part bedre enn om den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted.

Etter forarbeidene skal den annen parts utgifter til for eksempel stemping, tinglysing, reparasjon eller påkostning redusere berikelseskravet "*innen visse grenser*".<sup>39</sup>

I samme avsnitt heter det at "*[b]oet kan ikke ubetinget være forpliktet til å refundere investeringer som ikke øker salgsverdien*". I denne forbindelse vises det til svensk rett, som gir fradrag for "*nødig eller nyttig kostnad*".<sup>40</sup> Uttalelsen tyder på at boet ikke alltid vil være forpliktet til å redusere berikelseskravet med utgifter som verken har vært nødvendige eller økt verdien på gjenstanden. Dette er trolig begrunnet i at boet ikke skal påføres unødige

---

<sup>39</sup> NOU 1972: 20 s. 300, se f.eks. RG 1973.727 om utgifter til assurance, opplegg og tilsyn m.v.

<sup>40</sup> Konkurslag 4:15 § tredje ledd.

kostnader. En begrensning av fradragsretten står imidlertid i et spenningsforhold med prinsippet om at den annen part ikke skal lide noe tap ved den omstøtelige disposisjon.

En begrensning av hvilke kostnader som er fradragsberettigede er i tråd med lov om hendelege eigedomshøve § 10, som fastslår den som mister retten til en ting har krav på vederlag, men "*ikkje meir enn det verdet som er tilført eigedomen*". Dette trekker i retning av at man bør legge forarbeidenes avgrensning til grunn.

Flere norske teoretikere tar til orde for at man må respektere forarbeidenes forutsetning om at ikke alle utgifter skal redusere berikelseskravet.<sup>41</sup> Det er derfor grunn til å hente veiledning fra svensk rett, der regelen er at "*nödvändig eller nyttig*" kostnad kan redusere omstøtelseskravet.<sup>42</sup>

Etter svensk rett skal kostnadens karakter vurderes objektivt.<sup>43</sup> Som "*nödvändig*" kostnad omfattes eksempelvis kostnader til brannforsikring eller skjøte, mens "*nyttig[e]*" kostnader typisk vil være kostnader som er egnet til å medføre en varig forbedring av eiendelen.<sup>44</sup>

Overflødige kostnader reduserer ikke omstøtelseskravet. Arbeid bør likestilles med kostnad.<sup>45</sup> Etersom omstøtelseskravet i svensk rett utmåles som et erstatningskrav, kan det være at adgangen til fradrag bør være videre i norsk rett. Berikelsesbegrensningen er nettopp valgt av hensyn til den annen part.

For norsk rett må det være klart at kostnader som er nødvendige og nyttige som utgangspunkt skal redusere berikelseskravet. Arbeid bør likestilles med kostnad, idet det kan være tilfeldig om den annen part leier inn arbeidskraft eller utfører arbeidet selv. Dersom kostnader og arbeid ikke reduserte berikelseskravet, ville boet fått en uberettiget berikelse på den annen parts bekostning. Det er ikke rimelig. Problemstillingen er imidlertid i hvilket omfang kostnader eller arbeidsinnsats som *verken er nyttige eller nødvendige* skal redusere berikelseskravet.

---

<sup>41</sup> Huser 1992 s. 600 med videre henvisninger. Motsatt Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utgave, Oslo 1978, s. 404 om at oppofrelser på vindikable ting må godtgjøres "uansett om de i tilsvarende grad har forøket tingens verdi".

<sup>42</sup> Konkurslagen 4:15 § tredje ledd.

<sup>43</sup> Gertrud Lennander, *Återvinning i konkurs*, 3. opplag, Stockholm 2004 s. 358.

<sup>44</sup> Lennander 2004 s. 358.

<sup>45</sup> Prop. 1975:6 s. 245.

I dansk teori tas det til orde for at den balanseringen av hensyn som foretas på andre rettsområder mellom en eier og en besitter, ikke er overførbart til omstøtelsestilfellene.<sup>46</sup> Det hevdes at avveiningen i omstøtelsestilfeller allerede er foretatt ved berikelsesbegrensningen. Dersom det fastholdes at den begunstigede skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde funnet sted, kan den annen part kreve alle sine utgifter refundert, uavhengig av hvorvidt utgiftene har noen verdi for boet.<sup>47</sup> Berikelsen kan imidlertid ikke bli negativ, slik at et eventuelt nettunderskudd må bæres av den annen part, jf. dekningsloven § 5-11 "*kan boet kreve*".

Også PEL Unjustified Enrichment tar som utgangspunkt at kostnader og arbeidsinnsats kan være "*disenrichment*" som reduserer berikelseskravet.<sup>48</sup> Det synes ikke å være noe krav at kostnadene har resultert i verdiøkning på gjenstanden. Dette er godt i tråd med at den annen part skal stilles som om berikelsen aldri hadde funnet sted.

De objektive omstøtelsesreglene innebærer at den annen part kan være i god tro om sin rett til gjenstanden og sin berettigelse til å pådra kostnader. Når man først har valgt en berikelsesbegrensning av hensyn til å beskytte den annen part, taler dette for at avveiningen av de motstridende hensynene bør falle ut i den annen parts favør. Dette bør lede til at kostnader kan redusere berikelseskravet selv om de verken er nødvendige eller nyttige. Kostnader som står i forbindelse med ytelsen, og som er pådratt i god tro, bør være fradragsberettigede uavhengig av hvorvidt gjenstandens verdi øker. Eksempelvis gjelder dette dersom den annen part i god tro har foretatt ombygninger på en eiendom for å tilpasse den vedkommendes behov. Dersom kostnadene ikke reduserer berikelseskravet, stilles den annen part dårligere enn om den omstøtelige disposisjon aldri hadde funnet sted. Dette bryter etter mitt syn med den grunnleggende avveiningen av hensyn som er foretatt gjennom dekningsloven § 5-11.

Dersom utgangspunktet bør være at utgifter pådratt i god tro og i forbindelse med ytelsen er fradragsberettigede, er det i tråd med berikelsesbegrensningen at det kreves noe kvalifisert for å fravike hovedformålet om at den annen part skal stilles skadesløs ved omstøtelsen. For å nekte reduksjon av berikelseskravet bør det være tale om utgifter som ikke rimelig kan forsvares. Dette vil typisk være tilfellet der den annen part ikke har vært i god tro om sin rett

---

<sup>46</sup> Jørgensen 2003 s. 177.

<sup>47</sup> Jørgensen 2003 s. 178.

<sup>48</sup> Bar/Swann 2010 s. 489.

til berikelsen og til å pådra kostnader i den anledning eller har utgifter som ikke står i rimelig årsakssammenheng med berikelsen. I slike tilfeller kan boet imøtegå den annen parts refusjonskrav ved å kreve erstatning eller påberope manglende årsakssammenheng.

Det kan imidlertid innvendes at det ved omstøtelse etter de objektive reglene ikke er nødvendig å føre bevis for god eller ond tro. Dersom det kreves ond tro for å nekte å redusere berikelseskravet tilsvarende kostnadene, kan formålet om retts teknisk enkle regler undergraves. I tillegg kan et slikt krav svekke boets posisjon, ettersom det kan være vanskelig å imøtegå den annen parts påstander om motivasjonen bak kostnadene, tidspunktet for ond tro m.v.

Dette argumentet bør imidlertid ikke overdrives, ettersom det også ved nødvendige og nyttige kostnader vil være flytende grenser, som kan by på bevismessige utfordringer. Dette gjelder eksempelvis bevisføring knyttet til hvorvidt kostnadene har økt gjenstandens verdi e.l.

Det er heller ikke urimelig å anta at kostnadens karakter ofte vil være innlysende, slik at det ikke er skaper nevneverdige bevisutfordringer knyttet til god eller ond tro. Kostnader som fremstår som meningsløse, som ren sløsing e.l. vil gjerne ikke være pådratt av den annen part i god tro.

Konklusjonen bør etter mitt syn være at kostnader pådratt i god tro og i forbindelse med berikelsen, skal refunderes av boet. Denne løsningen er best i tråd med begrunnelsen for og hensynene bak berikelsesbegrensningen og risikoavveiningen som er foretatt gjennom dekningsloven § 5-11. Også kostnader som er nødvendige eller nyttige er det rimelig at boet refunderes, ettersom disse kommer boet til gode.

## **2.7 Forbruk, besparelse og surrogat**

Begrepet "berikelse" omfatter i prinsippet enhver formuesfordel, herunder også besparelser og surrogater. Det heter i NOU 1972: 20 s. 300 at "*[h]vis medkontrahenten har forbrukt ytelsen, vil berikelsen kunne være i behold i de surrogater ytelsen eventuelt er transformer til.*"

Forbruk og surrogater henger svært tett sammen. Som hovedregel vil det foreligge en

berikelse dersom det mottatte er omgjort til et annet formuesgode (et surrogat) eller dersom forbruket har ført til en besparelse.<sup>49</sup>

Forbruk, besparelse og surrogat reiser litt ulike problemstillinger, og behandles derfor separat. Forbruk av det mottatte ved at det er oppnådd en ny formuesgjenstand behandles under punkt 2.7.2 som surrogat. Forbruk uten at det oppnås en ny gjenstand eller et surrogat, behandles i punkt 2.7.1. Forbruk og besparelse har også en nær sammenheng med berikelse ved bruk av det mottatte, men dette er en type fordel som behandles under utbytte i punkt 3. Her drøftes også grensen mellom utbytte og forbruk.

For alle typer berikelse kreves det årsakssammenheng, jf. "*oppnådd ved den omstøtelige disposisjon*".

## 2.7.1 Forbruk og besparelse

Et første spørsmål er om forbruk og besparelse i det hele tatt kan være en "*berikelse*". Som nevnt tilsier "*berikelse*" at enhver økonomisk fordel omfattes, herunder forbruk og besparelser. Dette er også langt til grunn i PEL Unjustified Enrichment, der berikelse i artikkel 5:102 er "any saving", noe som etter artikkel 5:103(2) omfatter faktisk besparelse.<sup>50</sup>

At faktisk besparelse kan bli tillagt vesentlig vekt etter alminnelige berikelses- og restitusjonsprinsipper fremgår også av rettspraksis. I Rt-2000-1089, som gjaldt vederlagskrav til en samboer for omfattende stell og pleie, la retten til grunn at omsorg kan være en økonomisk fordel ved at det trer i stedet for annet hjelpeapparat.<sup>51</sup> Dette var derfor naturlig å anse som en berikelse eller besparelse.<sup>52</sup>

Etter dette må det være klart at faktisk besparelse kan være en "*berikelse*" etter dekningsloven § 5-11.

I forarbeidene forutsettes det at hvorvidt det foreligger noen "*berikelse*" beror på hva det mottatte er brukt til. Eksempelvis uttales det at penger "*brukt til utdanning, feriereise e.l. kan*

---

<sup>49</sup> Nazarian 2012 s. 238.

<sup>50</sup> Bar/Swann 2010 s. 461 flg. og s. 470 flg.

<sup>51</sup> Slik også Monsen 2010 ved note 8.

<sup>52</sup> Rt-2000-1089 (s. 1094).

*normalt ikke anses ha ført til berikelse som medkontrahenten kan pålegges å fralegge seg i penger".<sup>53</sup>*

Det antas derfor i teorien at berikelsen svarer til det den annen part sannsynligvis ville ha brukt til samme formål dersom han ikke hadde mottatt noe fra debitor.<sup>54</sup> Dette er godt i tråd med formålet om at den annen part skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde skjedd. Det avgjørende synes å være hvorvidt forbruket er motivert av det mottatte.

Med denne tilnærmingen er det klart at allerede eksisterende forpliktelser eller planlagte utgifter, f.eks. en bestilt eller planlagt luksustur, ikke innebærer noen berikelse. Det må også være klart at reduksjon av forpliktelser vil være en berikelse. Dette medfører at nedbetaling av gjeld ikke vil redusere den berikelsen boet kan kreve tilbakeført, selv om den annen part uten den mottatte berikelsen ikke ville hatt midler til å nedbetale gjeld.<sup>55</sup> Begrunnelsen for dette er at gjeldsnedbetaling har direkte innvirkning på den annen parts formuesstilling ved at gjeldsforpliktelsen reduseres, og det foreligger således en berikelse.

En annen konsekvens av denne tilnærmingen er at luksusforbruk eller merforbruk som ikke ville ha funnet sted uten den omstøtelige disposisjon, ikke anses som noen berikelse.<sup>56</sup> Dette er også lagt til grunn i de alminnelige prinsippene i PEL Unjustified Enrichment.<sup>57</sup>

Derimot vil alminnelig, løpende og nøkternt forbruk være en berikelse, ettersom dette er forbruk den annen part ville hatt uansett. Dermed har den annen part hatt en besparelse tilsvarende berikelsen, og berikelsen er strengt tatt i behold.<sup>58</sup>

Etter mitt syn er det åpenbart at en vurdering av den annen parts motivasjon bak forbruket, kan medføre vanskelige bevissituasjoner. Selv om det tilsynelatende ikke er særlig vanlig at dette kommer på spissen i praksis, vil det være vanskelig for boet å imøtegå slike påstander.<sup>59</sup>

Det er også uheldig at denne tilnærmingen belønner en mottaker som bedriver sløsing og luksusforbruk, men straffer den fornuftige og sparsommelige. Det bør ikke oppfordres til

---

<sup>53</sup> NOU 1972: 20 s. 300. Man bør riktignok være kritisk til dette eksemplet, uten at jeg går inn på det, jf. Huser 1992 s. 589.

<sup>54</sup> Huser 1992 s. 588, Nazarian 2012 s. 238, Andenæs 2009 s. 377.

<sup>55</sup> Huser 1992 s. 590.

<sup>56</sup> Huser 1992 s. 589 om "ekstraforbruk", Jørgensen 2003 s. 202.

<sup>57</sup> Bar/Swann 2010 s. 493-494.

<sup>58</sup> Huser 1992 s. 588, Bar/Swann 2010 s. 493.

<sup>59</sup> Jørgensen 2003 s. 202.

luksusturer til Bora Bora. I dansk rett er det flere teoretikere som er kritiske til at berikelseskravet bortfaller ved luksusforbruk.<sup>60</sup>

Også Krokeide er kritisk, og hevder at det som hyppigst forekommer er at pengeytelser inngår i mottakerens ordinære husholdningsbudsjett, og *"forbrukes på samme måte som de øvrige inntekter..., uten at det er mulig å skille ut hvilke midler som skriver seg fra hvilken kilde"*.<sup>61</sup>

I en slik situasjon er det vanskelig å konstatere noen besparelse, og dermed en berikelse. De fleste bruker det de har til rådighet.<sup>62</sup> Dette er etter mitt syn en treffende beskrivelse. Det vanlige er nok at man forbruker midler etter evne, slik at det selv ikke ved alminnelig forbruk alltid er berettiget å påstå at berikelsen er i behold.

Angående favoriseringen av mer- eller luksusforbruk kan man etter mitt syn vurdere å trekke på en løsning som har vært fremmet av Andersen i dansk teori.<sup>63</sup> Han hevder meget taler for å nekte merforbruket å innvirke på berikelsesberegningen, ettersom merforbruket tross alt stemmer med den annen parts interesser eller ønsker. Andersen viser også til retts tekniske hensyn, ettersom det er vanskelig å klarlegge forbindelsen mellom berikelsen og et senere påstått merforbruk. Ved en slik tilnærming vil merforbruk og vanlig forbruk i prinsippet kunne utgjøre en berikelse. Dette er etter min mening en riktigere tilnærming enn å favorisere luksusbruk. Dersom ansvaret blir tyngende, kan man vurdere lempning.

Det kan spørres om man ikke bør gå enda lenger når det gjelder pengeforbruk, ettersom en vurdering av motivasjonen for pengebruken kan være komplisert. I dansk rett valgt man en regel som innebærer at det er irrelevant hvordan pengene er anvendt.<sup>64</sup> Dette gjelder naturligvis ikke der pengene er tapt uten å være anvendt, eksempelvis ved tyveri.<sup>65</sup> Dette er en retts teknisk forenkling sammenlignet med den norske løsningen.

I NOU 1972: 20 s. 300 gis det uttrykk for at selv om den danske regelen har bevismessige fordeler, bryter regelen for sterkt med innarbeidede regler i Norge. En slik regel vil imidlertid være bedre i tråd med formålet om retts teknisk enkle regler. Dersom man supplerer med en

---

<sup>60</sup> Jørgensen 2003 s. 202 med videre henvisninger.

<sup>61</sup> Krokeide 1982 s. 434.

<sup>62</sup> Krokeide 1982 s. 434 med videre henvisninger.

<sup>63</sup> Eigil Lego Andersen, *Gavebegrebet*, København 1988 s. 182.

<sup>64</sup> Dansk konkurslov § 75 1. stk 2. punktum.

<sup>65</sup> Betænkning II nr. 606/1971 s. 165.



lempingsadgang, som i dansk rett, vil hensynet til den annen part kunne ivaretas. Dette vil også bidra til å styrke de objektive reglene og hindre kreative omgåelser.

Også Krokeide argumenterer med at mye "*taler for at det også for norsk retts vedkommende vil kunne være en fordel å anvende et tilsvarende prinsipp*".<sup>66</sup> Han hevder at dette særlig gjelder når man tar i betraktning at dekningsloven §§ 5-4 og 5-7 rammer urimelige lønnsutbetalinger og ekstraordinære betalinger som "betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne", ettersom "*[m]an kan spørre seg om slike omstøtelseskrav vil kunne være effektive dersom de samtidig skal begrenses til berikelsen*".<sup>67</sup>

Etter mitt syn bør konklusjonen være at alt forbruk i prinsippet regnes som berikelse, slik at hele verdien av det mottatte skal tilbakeføres. Hensynet til den annen part bør ivaretas ved at et eventuelt ansvar kan lempes, og ved at det ikke stilles for strenge krav til når lemping er aktuelt. En slik regel vil gjøre boets tilbakeføringskrav mer effektivt, være retts teknisk enkel å anvende, minske behovet for bevisføring rundt bruk av penger og motvirke kreative disposisjoner hos den annen part.

Selv om norsk konkursrettslig litteratur tyder på at det må foretas en vurdering av den annen parts motivasjon bak forbruket, og en sannsynlighetsvurdering knyttet til hvorvidt det foreligger en besparelse, er det etter mitt syn likevel mulig etter gjeldende rett å komme til en løsning i tråd med ovennevnte synspunkter. Dette kan gjøres ved at man opererer med en presumsjon om at alt forbruk innebærer en berikelse, slik at den annen part med en viss grad av sannsynlighet må bevise at berikelsen motiverte forbruket. Dette er rimelig, ettersom forbruk vanligvis vil innebære en berikelse. Dersom den annen part med en høy grad av sannsynlighet kan bevise en slik motivasjon, foreligger ingen berikelse.

## 2.7.2 Surrogat

Utgangspunktet om at den annen part skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde funnet sted, innebærer at man må følge berikelsens skjebne i den annen parts økonomi. Det vil si at dersom det mottatte er solgt eller ombyttet, er berikelsen i behold i vederlaget eller surrogatet, jf. dekningsloven § 5-11 og NOU 1972: 20 s. 300. Ordlyden oppstiller ingen grenser, slik at dette i utgangspunktet gjelder ved all økonomisk transformasjon, og uavhengig

---

<sup>66</sup> Krokeide 1982 s. 423-424.

<sup>67</sup> Krokeide 1982 note 135.

av hvor mange ganger det mottatte er transformert.<sup>68</sup> Et beløp tilsvarende verdien på surrogatene skal som utgangspunkt restitueres. I dette punktet drøftes hvilke grenser som eventuelt gjelder for boets rett til verdien av surrogatet. Verken forarbeider eller rettspraksis ser ut til å behandle denne problemstillingen.

Sentrale reelle hensyn, særlig likebehandlingsprinsippet, taler for at boet må ha en svært vid rett til eventuelle surrogater. Det ville være uheldig dersom den annen part kunne redusere sitt ansvar overfor boet ved å transformere ytelsen. Dette ville bidra til å gjøre boets omstøtelseskrav lite effektivt, og dermed minske den preventive virkningen.

Hensynet til den annen part vil vanligvis ikke være særlig tungtveiende. Den annen part vil fremdeles ha en berikelse, selv om denne er transformert. Det er derfor som utgangspunkt godt i tråd med berikelsesbegrensningen at verdien av surrogatet skal tilbakeføres. Hensynet til den annen part kan imidlertid være mer tungtveiende der surrogatet er et utslag av hans forretningsdyktighet, særlige ferdigheter e.l. Det vil på sett og vis være en "tilfeldig" fordel at boet får restituert et surrogat som er mer verdt enn det berikelsen opprinnelig var. Her er det imidlertid et sentralt balanserende element at det vanligvis er boet som vil ha risikoen dersom det mottatte transformeres til et mindre verdifullt surrogat.

Når det gjelder hvilke nærmere vilkår som gjelder, gir etter mitt syn Johansen et godt utgangspunkt i sin artikkel:

*"Den grunnleggende forutsetning for å kunne tale om surrogasjon, er at det foreligger et surrogat. Det må foreligge et formuesgode som er kommet i stedet for det tapte panteobjektet. Det må her oppstilles et krav om økonomisk årsakssammenheng mellom det opprinnelige panteobjekt og surrogatet. Dette kan formuleres som et krav om at det opprinnelige objektets økonomiske identitet må være i behold. Så lenge det er snakk om surrogater, vil det ikke foreligge absolutt fysisk identitet. Surrogatet vil være et annet objekt enn det opprinnelige."<sup>69</sup>*

I Rt-1993-679 (*Høyfjellsutvikling I*), som gjaldt vindikasjon av surrogater i konkurs, viste førstvoterende til at surrogasjon blir "mer problematisk når det går lenger tid". Dette begrunnes med at det kan bli vanskeligere å fastslå økonomisk identitet etter hvert som tingen

---

<sup>68</sup> Nazarian 2012 s. 238, Jørgensen 2003 s. 198-199, Huser 1992 s. 585-587.

<sup>69</sup> Johnny Johansen, "Pant i surrogater - Om panterett kan gå over på surrogater for det opprinnelige panteobjekt", *Jussens Venner*, 1994 s. 341-399 (s. 381-382).

blir en del av den annen parts alminnelige formue, og dermed kan ha blitt ombyttet, påkostet eller sammenblandet med andre ting.<sup>70</sup> Etter mitt syn er dette ingen viktig innvending mot boets rett til verdien av surrogatet. Det vises til at det vanligvis er forholdsvis korte frister etter de objektive reglene. Det avgjørende bør være om den økonomiske identiteten er i behold, slik at tidsmomentet ikke tillegges selvstendig vekt.

Hvorvidt den økonomiske identiteten er i behold, avhenger av om det foreligger årsakssammenheng mellom den det mottatte gjennom omstøtelige disposisjon og det mulige surrogatet, jf. "oppnådd ved".<sup>71</sup> Ofte byr ikke denne vurderingen på særlige problemer, idet det er klart at berikelsen omfatter typiske surrogater som salgsvederlag og forsikringsutbetaling. Imidlertid kan en vurdering av om berikelsen er i behold i surrogatet reise vanskelige grensedragnings- og bevisspørsmål, særlig der det er flere transformasjoner eller transaksjoner.

Dersom berikelsen har finansiert deler av erverv av et formuesgode, vil denne ideelle delen være "oppnådd ved" den omstøtelige disposisjon, jf. dekningsloven § 5-11. Berikelsen vil dermed være i behold i en ideell andel av det nye formuesgodet (surrogatet) som tilsvarer den forholdsmessige verdien som stammer fra berikelsen. Verdien av denne delen skal tilbakeføres til boet etter dekningsloven § 5-11.

I prinsippet vil også et mer verdifullt formuesgode være "oppnådd ved" den omstøtelige disposisjon, så fremt det foreligger årsakssammenheng. Spørsmålet om hvorvidt et surrogat er "oppnådd ved" den omstøtelige disposisjon kan være tvilsomt der det mer verdifulle formuesgodet primært er et utslag av den annen parts særlige innsats eller forretningsdyktighet.

Både Huser og Jørgensen reiser denne problemstillingen som et spørsmål om årsakssammenheng.<sup>72</sup> Begge peker på at grensegangen vil kunne bli problematisk. Jørgensen anfører at det ville ha retts tekniske fordeler dersom det oppstilles en formodning om at den annen part ved ombytingen oppnår en berikelse tilsvarende verdien av det opprinnelig mottatte.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Rt-1993-679 (s. 683).

<sup>71</sup> Bar/Swann 2010 s. 451 om at surrogatet må være "*truly the product of the original enrichment*".

<sup>72</sup> Huser 1992 s. 587, Jørgensen 2003 s. 199.

<sup>73</sup> Jørgensen 2003 s. 199-200.

At det i utgangspunktet fremstår som rimelig at den annen part får beholde utslag av særlig forretningsdyktighet eller innsats, har en viss støtte i kjøpsloven § 65. Det heter i forarbeidene at regelen om at kjøper skal godskrive selgeren avkastning, ikke gjelder avkastning som beror på kjøperens særlige innsats.<sup>74</sup>

Denne typen vurderinger i omstøtelsestilfellene vil fort bli et rent bevisspørsmål; hvor mye av det mottatte kan gjenfinnes i surrogatet? For å ivareta reglenes formål om å være retts teknisk enkle, bør det nok oppstilles en presumsjon om at hele formuesgjenstanden er å anse som et produkt av det mottatte (et surrogat). Det bør være den annen parts byrde å bevise at deler av gjenstanden er et utslag av hans forretningsferdigheter e.l. Dersom vedkommende klarer å bevise at en viss andel av formuesgodet er et utslag av hans egen dyktighet e.l., bør dette få betydning for utmålingen av tilbakeføringskravet, på samme måte som ved inkorporasjon eller sammenblanding, jf. punkt 2.8 nedenfor.

En annen gruppe av typetilfeller er der det mottatte er brukt til å kjøpe noe som har gitt stor, men mer tilfeldig, gevinst. Eksempelvis kan et mottatt pengebeløp ha blitt brukt til å kjøpe skrapelodd, til å spille på travløp e.l. Selv om man kan påvise at de mottatte midlene rent faktisk er anvendt til å finansiere kjøpet, kan det hevdes at årsakssammenhengen mellom gevinsten og den omstøtelige disposisjon vil kunne bli så fjern at man vanskelig kan si at den er "oppnådd ved" den omstøtelige disposisjon. I slike mer spesielle tilfeller kunne det kanskje vært aktuelt å begrense berikelseskravet til hva som opprinnelig ble overført ved den omstøtelige disposisjon.

På den annen side vil det som utgangspunkt være boets risiko dersom lotteri- eller rikstospillet medførte at berikelsen gikk tapt, forutsatt av at det foreligger årsakssammenheng, jf. punkt 2.5. Det medfører ingen god balanse å gi boet risikoen for tap, mens den annen part får gleden av en eventuell gevinst. Etter mitt syn er derfor den riktige løsningen at også mer tilfeldige gevinster omfattes av berikelseskravet. Rent prinsipielt er denne typen gevinster en del av berikelsen, og det er etter mitt syn ikke tilstrekkelig tungtveiende grunner til å gjøre noe unntak.

---

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 118.

Konklusjonen er etter mitt syn at alle surrogater som etter en forsvarlig bevisvurdering kan føres tilbake til det mottatte, anses som den annen parts "berikelse" og skal tilbakeføres til boet.

## 2.8 Sammenblanding og inkorporasjon

Problemstillingen i dette delkapitlet er hvordan berikelseskravet skal fastsettes i de tilfeller der det har skjedd en sammenblanding av det mottatte og den annen parts egne midler.

Inkorporasjon kan bli sett på som en form for sammenblanding eller som et surrogat. Jeg finner det mest naturlig å anse det som en form for sammenblanding. Problemstillingen er aktuell for penger og andre fungible ytelser som kan blandes slik at det ikke er mulig å fastslå eierforholdene. For gjenstander kan dette være aktuelt ved inkorporasjon og bearbeidelse.

Begrepet "berikelse" innebærer i prinsippet at enhver formuesforøkelse omfattes. Det samme synes å fremgå av forarbeidene, jf. "*vil berikelsen kunne være i behold i de surrogater ytelsen eventuelt er transformert til*".<sup>75</sup> Verken ordlyd eller forarbeider gir veiledning til hvordan berikelseskravet *utmåles* ved sammenblanding, bearbeiding eller inkorporasjon.

Andenæs tar utgangspunkt i at dersom det mottatte "*er inkorporert i eller bearbeidet til noe annet, vil berikelsen bestå i verdiøkningen eller surrogatet*".<sup>76</sup> Han skriver imidlertid ikke noe nærmere om utmålingen.

Huser hevder at dersom man kan påvise en besparelse, er det denne som utgjør berikelsen. I motsatt fall vil en eventuell verdiøkning utgjøre berikelsen.<sup>77</sup>

Ved sammenblanding og inkorporasjon kan det være en utfordring å påvise eksistensen og omfanget av en berikelse. Verdiøkningens betraktninger kan også reise retts tekniske vanskeligheter. For gjenstander vil det derfor være en retts teknisk forenkling å anvende sameiebetraktninger i tråd med lov om hendelege eigedomshøve § 2. Her fremgår det at dersom gjenstander fra ulike eiere blir blandet eller sammenbundet, "*vert det sameige*" slik at "*kvar eigar får så stor part som svarer til det verdet som skriv seg frå han*". Et eksempel er at en bilmotor som stammer fra debitor (berikelsen) blir inkorporert i den annen parts bil. Da vil

---

<sup>75</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>76</sup> Andenæs 2009 s. 377.

<sup>77</sup> Huser 1992 s. 584.

boet og den annen part anses som sameiere av bilen, og være berettiget til en ideell andel av den "nye" gjenstanden (bilen) tilsvarende den forholdsmessige verdien av deres bidrag. Dette er trolig en enklere løsning enn å foreta en skjønsmessig vurdering av verdistigningen bilmotoren har gitt eller en sannsynlighetsvurdering knyttet til hvilken besparelse den annen part har hatt.

Når det gjelder sammenblanding av penger eller andre fungible ytelser, må man gjøre visse nyanser. Etter mitt syn må man her ta konsekvensen av at alt forbruk vanligvis er en berikelse, jf. punkt 2.7.1. Dersom det mottatte er sammenblandet med debitors egne midler, og deler av dette er forbrukt, uten at det kan påvises hvorvidt det er den annen parts egne midler eller det mottatte som er borte, bør det derfor presumeres at den annen part har hatt en berikelse tilsvarende det han mottok fra debitor. Dette må gjelde med mindre den annen part kan påvise at han ikke har hatt en slik berikelse i tråd med retningslinjene i punkt 2.7.1.

Konklusjonen bør være at ved sammenblanding anses den annen part og boet berettiget til en ideell andel tilsvarende sine respektive bidrag. For penger og fungible ytelser, bør forbruk av de sammenblandende midlene formodes å være bruk av debitors egne midler, slik at berikelsen settes til verdien av det mottatte.

## 2.9 Verdiendringer

Problemstillingen i dette kapitlet er i hvilket omfang verdiendringer på det mottatte påvirker berikelseskravet.

Det klare utgangspunktet etter ordlyden må være at verdiendringer har direkte virkning på berikelseskravets størrelse. Dette er best i tråd med at den annen part skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde funnet sted.<sup>78</sup> Dette innebærer at både verdiøkninger og -reduksjoner får betydning for den annen parts restitusjonsplikt.

Berikelsesregelen innebærer at verdiendringer er boets risiko eller gevinst. Dette skaper balanse i regelverket.

---

<sup>78</sup> Jørgensen 2003 s. 141-142, Andenæs 2009 s. 377.

Dekningsloven § 5-11 inneholder bevisst ingen regel om at berikelsen er maksimert til boets tap.<sup>79</sup> I Rt-1996-1647 (*Bruvik*) er likevel flertallet inne på spørsmålet om hvorvidt tilbakebetalingskravet må begrenses til boets tap. På s. 1654 uttales det at dersom berikelsen unntaksvis er større enn boets tap,

*"kan det hevdes å være urimelig dersom mottakeren får en videre tilbakebetalingsplikt når omstøtelsen skjer på objektivt grunnlag enn når den skjer på subjektivt grunnlag. På den annen side er altså lovens ordlyd klar, og det er også forarbeidene."*

Førstvoterende finner det heller ikke urimelig at mottakeren må gi fra seg berikelsen. Det tas imidlertid ikke endelig stilling til spørsmålet, ettersom det var uten betydning for beregningen i saken.

Etter mitt syn er det liten grunn til å begrense omstøtelseskravet til boets tap i de tilfeller verdiøkningen ikke skyldes den annen parts særlige innsats, men heller alminnelig prisstigning på f.eks. bolig, verdisvingninger på aksjer og lignende. I alle disse tilfellene der verdistigningen skjer "av seg selv", er hele berikelsen "*oppnådd ved*" den omstøtelige disposisjon. Det vises til at verdisvingninger her er boets risiko, i motsetning til etter dekningsloven § 5-12 der det er den annen part som har risikoen. Når den annen part er fritatt risikoen for verdireduksjoner, er det vanskelig å se tungtveiende grunner som taler for at vedkommende skal få gleden av verdiøkninger.

Når dekningsloven § 5-11 krever at berikelsen er "*oppnådd ved*" den omstøtelige disposisjon, kan det prinsipielt sett være grunn til å skille mellom verdiøkninger som skyldes markedet og verdiøkninger som skyldes en særlig innsats fra den annen part. Fysiske forbedringer som skyldes arbeidsinnsats eller påkostninger, kan normalt ikke anses "*oppnådd ved*" den omstøtelige disposisjon.<sup>80</sup> Her er det imidlertid et viktig poeng at dersom verdiøkningen skyldes påkostninger eller arbeidsinnsats som den annen part har fått fradratt i berikelsesberegningen, jf. punkt 2.6, kan den annen part ikke få "dobbel opp" ved at boet også fradrar den verdiøkningen innsatsen resulterte i. Kostnader og arbeidsinnsats bør i utgangspunktet vurderes i tråd med punkt 2.6. Når boet godtgjør kostnader, bør boet få gleden av verdiøkningen. Dette er også en retts teknisk bedre løsning, ettersom man unngår

---

<sup>79</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>80</sup> Tone Sverdrup, "*Skjevdeling på felleseieskifte – noen uavklarte spørsmål*" i Bonus Pater Familias Festskrift til Peter Lødrup, Oslo 2002 s. 677-698 (s. 692) om ekteskapsloven § 59 "føres tilbake til".

bevisføring om tingens verdistigning. For eiendom kan det eksempelvis være vanskelig å fastslå hvilken verdistigning et nyoppusset bad har ført til, mens kostnadene enkelt kan dokumenteres.

Konklusjonen er at verdiendringer har direkte betydning for kravets omfang, uavhengig av om verdien stiger eller synker.



# 3 UNNTAKSREGELN FOR UTBYTTE

## 3.1 Utbytteregelens hovedinnhold og begrunnelse

Det den annen part har oppebåret som "utbytte" er en formuesforøkelse vunnet ved den omstøtelige disposisjon, og følgelig en del av "berikelse[n]". Det er imidlertid en særregel i dekningsloven § 5-11 første ledd annet punktum, som gjør at den annen part kan beholde "utbytte" som er "vunnet" i "god tro". At dette er et unntak fra hovedregelen om at den annen part skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde skjedd, fremgår også av innledningsordene "[b]oet kan likevel ikke..." Problemstillingen i dette delkapitlet er hva som inngår i "utbytte".

Alminnelig språkbruk tilsier at "utbytte" omfatter alle fordeler av økonomisk verdi som frembringes ved hjelp av det mottatte formuesgodet. Dette omtales ofte som avkastning.

NOU 1972: 20 gir ingen nærmere anvisning på hva som inngår i "utbytte". Regelen antas imidlertid å være i samsvar med eldre rett, som er nedfelt i lov om hendelege eiedomshøve § 15 om godtroende besitters fruktrett.<sup>81</sup> Her heter det at den som besitter en annens ting, får rett til "*avling, avdrått og anna som tingen kaster av seg*", så fremt han er i god tro om sin rett til avkastningen.

Uttrykket "kaster av seg" har tilnærmet samme innhold som "avkastning" og "utbytte". Det må være noe av økonomisk verdi som genereres av et formuesgode, uten å forringe det opprinnelige godet.

Denne forståelsen stemmer godt med det som er lagt til grunn i forarbeidene til lov om hendelege eiedomshøve. Der heter det at avkastning "*i alle fall må det vera slikt som eiedomen kastar av seg med vanleg forsvarleg bruk og utnytting*", mens resultatet av rovdrift ikke anses som avkastning.<sup>82</sup> Det avgjørende synes å være at man skal skille mellom "*normal avverking og utvinning og innhogg i sjølve substansen*".<sup>83</sup> Samme sted fremgår det at i

---

<sup>81</sup> Huser 1992 s. 603.

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 30 (1967-1968) s. 8, NUT 1969: 4 s. 14-15.

<sup>83</sup> Ot.prp. nr. 30 (1967-1968) s. 8.

avkastningen inngår vederlag for rett til utvinning og vederlag for annen bruk, som eksempelvis leie for husrom.

Det er vanlig å skille mellom naturlige og borgerlige frukter.<sup>84</sup> Førstnevnte er fysiske ting som tingen selv produserer, mens sistnevnte omfatter inntekter ved juridiske disposisjoner over det mottatte, som leieinntekter.<sup>85</sup>

Det avgjørende for begge synes å være at utbytte er det som vinnes ved naturlig utnyttning, og som ikke varig forringer formuesgodet. Dersom selve substansen angripes eller forbrukes, er det ikke tale om utbytte. Eksempelvis vil melk fra en ku være avkastning, mens det å slakte kuen vil innebære et innhugg i selve substansen og er ikke avkastning. Tilsvarende vil leieinntekter fra eiendom være avkastning, mens et vederlag for salg av eiendommen ikke vil være det. Det samme gjelder aksjer, der utbytte er unntatt fra berikelsen, mens salgsgevinst ikke er det.

Begrunnelsen for regelen må nok finnes i dens tingsrettslige opphav, der det fremsto som praktisk og rimelig at den som stelte åkeren, også fikk beholde avlingen.<sup>86</sup> Det er rimelig at den som yter innsats i god tro får høste fruktene av sitt arbeide. Det var nok også et viktig hensyn at man stimulerer til fortsatt drift, ved at den som står for driften, får beholde avkastningen.

I dag har antakelig regelen svakere støtte i de reelle hensyn, se punkt 3.5.

Retten til utbytte gjelder bare så fremt den annen part er i god tro, og frem til omstøtelse blir gjort gjeldende ved søksmål, jf. dekningsloven § 5-11 første ledd annet punktum. Etter dette skal avkastning tilbakeføres til boet sammen med den øvrige berikelsen. Kravet om "god tro" drøftes ikke nærmere.<sup>87</sup>

## 3.2 Kort om bruk som utbytte

Bruk av en formuesgjenstand vil vanligvis innebære en økonomisk fordel og dermed være en "berikelse" etter dekningsloven § 5-11. I forarbeidene til lov om hendelege eigedomshøve

---

<sup>84</sup> Betegnelsen "borgerlig" anvendes selv om den er språklig utdatert.

<sup>85</sup> Huser 1992 s. 606.

<sup>86</sup> Huser 1992 s. 604.

<sup>87</sup> Det vises til Huser 1992 s. 604 flg.

heter det at "*eigen bruk bør i denne sammenhengen reknast for eit slag avkastning som det skal setjast eit høvelig vederlag for*".<sup>88</sup>

At bruk er å anse som en berikelse er også lagt til grunn i PEL Unjustified Enrichment. Der er regelen at for bruk i god tro skal kun "savings" tilbakeføres, mens det skal betales vederlag for bruken dersom besitteren var i ond tro.<sup>89</sup>

At bruk anses som utbytte innebærer at dersom den annen part har brukt det mottatte i god tro, skal vedkommende ikke tilbakeføre verdien av bruksnytt. Dersom vedkommende ikke har vært i god tro, gir utbytteregelen ingen beskyttelse. Den annen part skal derfor betale et vederlag tilsvarende bruksnytt.

I teorien er det noe uenighet om hvorvidt bruk som innebærer verdiforringelse av det mottatte og en besparelse for den annen part skal inngå i berikelsen. Huser hevder utbytteregelen må være avgjørende, mens Krokeide argumenterer i retning av at vil berikelsen være det beløp motparten under enhver omstendighet ville ha brukt til tilsvarende formål.<sup>90</sup>

Bruk vil normalt innebære en økonomisk fordel på den ene eller andre måten. Det bør etter mitt syn være uten betydning hvorvidt den annen part har utbytte i form av leieinntekter eller en besparelse ved å bo gratis i det mottatte, så fremt ingen av delene er av en slik art at det gjør *innhugg* i substansen. Slik jeg leser NUT 1969: 4 er dette også best i tråd med lovmotivene, jf. særlig setningen "*nytte som innehavaren har hatt av tingen på annan måte enn i naturalia eller pengar...bør koma under same regel som eigenleg avkastning*".<sup>91</sup>

Konklusjonen er at bruk anses som utbytte, og følgelig ikke inngår i den berikelsen som skal tilbakeføres, forutsatt av at den annen part er i god tro og bruken finner sted før omstøtelseskravet er fremmet gjennom søksmål. Å behandle "fruits" og "use" likt er også best i tråd med prinsippene i PEL Unjustified Enrichment.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> NUT 1969: 4 s. 29.

<sup>89</sup> Bar/Swann 2010 s. 475-476.

<sup>90</sup> Huser 1992 s. 608, Krokeide 1982 s. 427.

<sup>91</sup> NUT 1969: 4 s. 29.

<sup>92</sup> Bar/Swann 2010 s. 475 flg.

### 3.3 Utgifter for å sikre utbytte

Utgangspunktet er at den annen part selv må dekke kostnader til å sikre utbytte. Dette fremgår ikke direkte av bestemmelsens ordlyd, men fremgår klart av forarbeidene.<sup>93</sup> Dette vil typisk være driftsutgifter og vedlikeholdskostnader knyttet til det mottatte, eksempelvis i forbindelse med drift av en utleieeiendom eller dyrking av mark. Det er bare nettoavkastningen den annen part får glede av.

Problemstillingen er imidlertid hvordan kostnadsspørsmålet stiller seg i de tilfeller der utgiftene for å sikre utbyttet overstiger inntektene. Forarbeidene tar ikke direkte stilling til dette. Ettersom det heter at "*utgifter til å sikre avkastningen må han selv dekke*", kan det argumenteres for at det *i det minste* må foreligge en avkastning å trekke utgiftene fra.<sup>94</sup> I motsatt fall vil jo ikke kostnadene "sikre" noen "avkastning".<sup>95</sup> I et slikt tilfelle bør utgiftene kunne fradras i selve berikelseskravet i henhold til retningslinjene i punkt 2.6.

En annen situasjon er der det foreligger en avkastning, men denne er mindre enn utgiftene. Verken ordlyden eller forarbeidene gir noe klart svar på hvordan denne situasjonen skal håndteres, og det gis liten veiledning i juridisk litteratur. Etter forarbeidene synes det å være tilstrekkelig at utgiftene sikrer en eller annen avkastning. Forarbeidene er imidlertid knappe på dette punktet, slik at det ikke kan trekkes noen avgjørende slutning derfra.

Begrunnelsen for at kostnadene skal bæres av den annen part må være at han får nyte godt av avkastningen. Det ville gitt dårlig sammenheng dersom vedkommende fikk avkastningen, og samtidig fradratt utgifter.

Det kan argumenteres både for og mot en rett til å fradra underskudd i berikelseskravet. På den ene siden kan det hevdes at den som får rett til en eventuell avkastning, bør ha risikoen for et tap ved at utgiftene overstiger avkastningen. Dette synes godt i tråd med det som må være begrunnelsen for uttalelsen om kostnadene i forarbeidene.

Et viktig motargument er at retten til avkastningen etter hvert går over på boet. Derfor kan det argumenteres med at når retten til avkastningen er delt, bør også utgiftene fordeles. Dersom

---

<sup>93</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>94</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>95</sup> I samme retning Huser 1992 s. 599.

utbytte realiseres senere enn utgiftene pådras, hvilket er det vanlige, bør boet ta del i utgiftene som sikret avkastningen.

I teorien argumenteres det også med at man bør oppmuntre til at den annen part fortsetter driften og foretar alminnelig vedlikehold.<sup>96</sup> Dersom det er en risiko for at han selv må bære tapet, kan dette redusere villigheten til å drive videre. Det må imidlertid innvendes at boet vil kunne ha et erstatningskrav dersom den annen part bevisst lar det mottatte forfalle, jf. punkt 2.5.

Enkelte teoretikere kan leses slik at de tilsynelatende forutsetter at utgifter kun holdes helt utenfor berikelsesregelen i den grad de oppveies av tilsvarende avkastnings- eller utbytteinntekter. Eksempelvis skriver Munch at den annen part har rett til å få refusjon av utgifter *"for så vidt de ikke modsvarer af den nytte, han har haft av tingen"*.<sup>97</sup>

Utbytteregelen generelt utgjør et unntak fra berikelsesbegrensningen av hensyn til den annen part, hans arbeid og innsats. Vilkåret om at den annen part er i god tro gjør at hans interesser veier tungt. Etter mitt syn bør derfor konklusjonen være at utgifter til avkastning som overstiger utbyttet kan fradras i berikelseskravet i det omfang de kunne ha vært fradratt i tråd med retningslinjene i punkt 2.6.

### 3.4 Når er utbyttet "vunnet"?

Et vilkår for at den annen part kan beholde utbyttet er at dette er "vunnet" før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål. Problemstillingen er på hvilket tidspunkt den annen part har "vunnet" utbyttet slik at vedkommende har rett til å beholde det.

Ordet "vunnet" åpner for flere tolkningsalternativer. Hva som er som en naturlig forståelse av begrepet stiller seg ulikt for henholdsvis naturlige og borgerlige frukter.

For naturlige frukter er det nærliggende å hevde at utbyttet er vunnet når avkastningen høstes. Dette er i tråd med vanlig tingsrettslig forståelse, der det avgjørende er når *"avkastninga fysisk er skild frå modertingen"*.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Jørgensen 2003 s. 159.

<sup>97</sup> Referert i Jørgensen 2003 s. 159 med videre henvisninger.

<sup>98</sup> NUT 1969: 4 s. 29.

I teorien er det tatt til orde for at der avkastningen i det vesentlige skyldes den annen parts innsats i tiden forut for atskillelsen, kan regelen virke urimelig.<sup>99</sup> Det argumenteres med at det i slike tilfeller er "*så sterke grunner for at han skal få høste fruktene av sitt arbeide, at man antakelig må fravike regelen*" om atskillelseskraft.<sup>100</sup> Dette får antakelig anvendelse i omstøtelsestilfellene, men det bør stilles strenge krav til innsatsens omfang.

Problemstillingen er hva som gjelder for borgerlige frukter, deriblant pengekrav. Det kan tenkes flere alternativer, herunder tidspunktene for opptjening, forfall og utbetaling.

Begrepet "vunnet" tyder på at den annen part må ha et krav på utbyttet. Dette tilsier at opptjeningstidspunktet er avgjørende. Det vil si at kravet er vunnet når den annen part har fått et ubetinget krav på utbyttet.

Forarbeidene gir ingen veiledning til hva som ligger i "vunnet", utover formuleringen "*avkastning som er falt før*".<sup>101</sup> Dette kan tyde på at utvalget har sett for seg *forfallstidspunktet* som avgjørende. Forarbeidene gir imidlertid ingen nærmere drøftelse av vinningstidspunktet.

At forfall er avgjørende støttes av forarbeidene til lov om hendelege eidegode, der det heter at det er best "*å la forfallstida vera avgjerande*".<sup>102</sup> Dette har Huser også lagt til grunn for omstøtelsestilfellene.<sup>103</sup>

Brækhus og Hærem hevder imidlertid at det riktige er å vektlegge hva som er påløpt (opptjent), "*slik at man ser helt bort fra forfallstiden og betalingstiden*".<sup>104</sup> Ingen av de nevnte teoretikerne ser ut til å problematisere eller begrunne de ulike standpunktene nærmere. Brækhus var imidlertid formann for utvalget som skrev NOU 1972: 20, uten at det er klart hvilken betydning det bør ha.

Etter mitt syn er det gode argumenter som taler for å anvende opptjeningstid fremfor forfallstid. Forfall beror på hva partene har avtalt, og det kan være en utfordring å fastlegge et kravs forfallstid. Det kan eksempelvis vises til at i dansk rett er regelen at utbyttet må være

---

<sup>99</sup> Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, Oslo 1964 s. 564.

<sup>100</sup> Brækhus/Hærem 1964 s. 564.

<sup>101</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>102</sup> NUT 1969: 4 s. 29.

<sup>103</sup> Huser 1992 s. 609.

<sup>104</sup> Brækhus/Hærem 1964 s. 564.

"oppebåret"(mottatt). Dette begrunnes nettopp med at "*fastlæggelsen af et kravts forfaldstid kan i visse tilfælde byde på vanskeligheder*".<sup>105</sup>

Rettsteknisk vil derfor opptjeningstidspunktet trolig også være å foretrekke. Det vil vanligvis være enkelt å fastslå når krav stiftes, ettersom dette beror på forholdsvis klare obligasjonsrettslige regler.

I svensk konkurslag 4:15 § heter det at avkastning som "*belöper på tiden efter det att återvinning påkallades*", skal avgis til konkursboet. Det resterende kan den annen part beholde. Kun "*faktisk oppburen nettoavkastning*" omfattes.<sup>106</sup> Heller ikke her er "*förfallodagen utslagsgivande*".<sup>107</sup>

Når det er tale om borgerlige frukter, eksempelvis leieinntekter, vil forfallstidspunktet være avtalt mellom partene. Avtalefrihet gjør at forfall kan inntreffe månedlig, årlig eller etter andre terminer. Det kan være tilfeldig hva som er avtalt, og det kan også tenkes mer eller mindre illojale tilpasninger, uten at ond tro kan bevises. Når et krav stiftes beror derimot på obligasjonsrettelige regler. Dette taler for at opptjeningstid bør være avgjørende.

Et annet argument er at avkastning kan være avhengig av mer eller mindre innsats fra den annen part. Dersom den annen part har hatt arbeid eller utgifter i forbindelse med opptjeningen av utbyttet, er det rimelig at vedkommende får nyte fruktene av denne innsatsen.

Det kan også nevnes at panteloven § 1-6 (1) bestemmer at for pengeavkastning er det avgjørende om "avkastningen er opptjent".<sup>108</sup>

Dersom man først skal ha en utbytteregel, begrunnet blant annet i den annen parts innsats og innrettelse, bør opptjeningstidspunktet være avgjørende. Dette er best i tråd med formålene bak regelen. Konklusjonen er derfor at utbytte som er opptjent i god tro før saksanlegg ikke skal inngå i berikelseskravet.

---

<sup>105</sup> Betænkning II nr. 606/1971 s. 166.

<sup>106</sup> Gertrud Lennander, lagkommentar på Karnov note 164.

<sup>107</sup> Prop 1975:6 s. 245.

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 39 (1977-1978) s. 87.

### 3.5 Grunn til revidering av utbytteregelen?

Regelen om godtroende besitters fruktrett har lang tradisjon i norsk rett. Som nevnt finnes begrunnelsen i dens tingsrettslige opphav, der det ble ansett rimelig at den som nedla en arbeidsinnsats også fikk høste fruktene av denne. Denne begrunnelsen slår ikke til i tilfeller der utbytte mottas mer passivt, som eksempelvis renteinntekter, aksjeutbytte og lignende. Huser argumenterer i denne retning, og skriver at det er vanskelig å se hvorfor hovedstolen må tilbakeleveres, mens rentene kan beholdes.<sup>109</sup>

Det kan derfor diskuteres om retten til utbytte burde revideres slik at den er bedre tilpasset dagens økonomiske samfunn.

I kjøpsretten skal vanlig avkastning som ikke beror på kjøperens særlige innsats godskrives selgeren ved tilbakeføring, jf. kjøpsloven § 65. Dette illustrerer at man på andre rettsområder anser det som mest rimelig å nyansere retten til utbytte ut fra graden av innsats.

Selv om flere europeiske land har en form for utbytterett for godtroende besittere, er regelen i PEL Unjustified enrichment 5:104(1) at tilbakeføring av berikelsen "*extends to the fruits and use of the enrichment or, if less, any savings from the fruits or use*".<sup>110</sup>

For utbytterett kan det argumenteres med at hensynet til den annen part veier særlig tungt når vedkommende oppfyller vilkåret om god tro. I tillegg kan det kanskje hevdes at utbytte i større grad enn annen berikelse vil bli ansett som løpende inntekter av den annen part, slik at et omstøtelseskrav vil ramme vedkommende hardere.

I motsatt retning er det etter mitt syn et argument at utbytteproblematikken sjelden oppstår. Kun få av de rettsavgjørelsene som er tilgjengelige på lovdata berører utbytte. De fleste sakene gjelder tilfeller der *boet* krever utbyttet, typisk renter.<sup>111</sup> Den praktiske betydningen taler for at dette kompliserende elementet er en unødvendig del i § 5-11.

Jørgensen argumenterer med at utbyttet kan være forbrukt og at den annen part kan være i god tro.<sup>112</sup> Etter mitt syn skiller ikke dette seg fra annen "berikelse", som også kan være forbrukt i god tro. Det kan argumenteres med at den annen part vil være tilstrekkelig beskyttet ved at

---

<sup>109</sup> Huser 1992 s. 604.

<sup>110</sup> Bar/Swann 2010 s. 475 flg.

<sup>111</sup> f.eks. LH-1998-202, LH-1993-42, RG-1993-433.

<sup>112</sup> Jørgensen 2003 s. 162.



berikelsesbegrensningen får anvendelse, slik at kun gjenstående "berikelse" av utbyttet kan omstøtes. Dette ligner PEL Unjustified Enrichment 5:104 "savings" og anses tilstrekkelig for andre typer berikelse. Det er trolig tradisjon som har satt utbytte i en særstilling, og i dag er det ikke mange overbevisende argumenter for at utbytte skal få beholde denne særstillingen.

Et annet argument er at for enkelte typer "moderne" utbytte kan forskjellsbehandlingen fremstå som tilfeldig rent økonomisk. For aksjer gir nemlig utbytte og salgsgevinst på mange måter uttrykk for den samme økonomiske realiteten, ettersom selskapets underliggende verdier realiseres enten i form av utbytte eller salgsvkastning. Den grunnleggende forskjellsbehandlingen fremstår dermed som dårlig begrunnet for "moderne" utbytte.

Hensynet til den annen part vil også til en viss grad ivaretas ved at det er forholdsvis korte frister for omstøtelse, som nevnt i punkt 2.1.

På den andre siden skaper tilsynelatende ikke utbytteregelen særlige vansker ved rettsanvendelsen, og prinsippet om godtroende besitters fruktrett har lange røtter i Norge. Dette tilsier at det bør forholdsvis tungtveiende grunner til for å endre rettstilstanden.

I Sverige og Danmark kan den annen part beholde utbytte. Imidlertid er regelen etter de objektive reglene at den annen part kan beholde utbytte uavhengig av god tro, ettersom skjæringstidspunktet er henholdsvis søksmål i Danmark og tidspunktet "återvinning påkallades" i Sverige.<sup>113</sup>

Det er etter mitt syn et tungtveiende argument at det er ønskelig å unngå bevisføring knyttet til god eller ond tro, hvilket utbytteregelen krever. Det er prosesskapende og en tilsynelatende unødvendig komplisering av regelen, i lys av dens praktiske betydning og begrunnelse. Dette argumentet må imidlertid ikke overdrives, ettersom lovbestemmelsen også har et klart skjæringstidspunkt i søksmålstidspunktet.

Min konklusjon, under noe tvil, er at det er på tide å foreta en grundig utredning av utbytteregelen, og vurdere behovet for regelendring. Regelen kan eksempelvis erstattes helt av en berikelsesregel eller endres slik at "god tro"-kravet fjernes.

---

<sup>113</sup> Konkurslov § 75 stk. 2, konkurslag 4. kap 15 § første ledd, Lennander 2004 s. 354.

## 4 SÆRLIG OM ENKELTE TYPETILFELLER

I denne delen skal de generelle retningslinjene anvendes på enkelte særlige typetilfeller etter dekningsloven §§ 5-5 og 5-7. Typetilfellene gir etter mitt syn en god illustrasjon av berikelsesproblematikken.

### 4.1 Dekningsloven § 5-5 – ekstraordinær betaling

#### 4.1.1 Betaling til kreditor med separatistsrett

Dersom den annen part som får betalt allerede har betryggende, gyldig, rettsvernet og uomstøtelig panterett eller annen separatistsrett, foreligger ingen "berikelse" etter dekningsloven § 5-11. Betryggende sikkerhetsrett innebærer at den annen part ville fått full dekning også dersom den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted. Forutsetningen er naturligvis at sikkerhetsretten ville hatt en verdi tilsvarende eller høyere enn det utbetalte dersom den ble opprettholdt. Dette er for øvrig i overensstemmelse med svensk og dansk rett, der betaling til en kreditor med betryggende separatistsrett anses uomstøtelig.<sup>114</sup>

Det samme må være tilfellet dersom den annen part hadde betryggende og uomstøtelig motregningsrett.

Dersom det er tale om tredjemannssikkerhet, foreligger det heller ingen berikelse dersom den annen part får dekning av debitor og sikkerhetsretten deretter bortfaller. I visse tilfeller kan boet imidlertid ha interesse av omstøtelse, og det er derfor en viss adgang til å omstøte og gjenopprette sikkerhetsretten etter dekningsloven § 5-13.<sup>115</sup>

Berikelsesregelen innebærer følgelig at berikelseskravet må reduseres med det den annen part ville ha fått ut av sikkerhetsretten dersom han ikke hadde fått oppfyllelse fra debitor. Det

---

<sup>114</sup> Reidar Myhre, "Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler?", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1992 s. 84-151 (s. 92).

<sup>115</sup> Huser 1992 s. 577.

avgjørende er hvorvidt den annen part hadde sikkerheten i behold da betalingen fant sted, uavhengig av om sikkerheten senere kan restitueres.<sup>116</sup>

Det ovennevnte er et godt utgangspunkt, og illustrerer et tilfelle der den hypotetiske situasjon og situasjonen etter den omstøtelige disposisjon er like, og det følgelig ikke foreligger noen "berikelse" etter dekningsloven § 5-11.

Vurderingen av hvorvidt et pant er "betryggende" kan imidlertid være problematisk. Særlig er det vanskelig å foreta en verdivurdering, litt avhengig av hva slags sikkerhetsrett det er tale om. Vurderingen av hvorvidt sikkerheten er betryggende vil bli et rent bevisspørsmål. Etter mitt syn bør man kunne hente veiledning fra rettspraksis og teori omkring konkursloven § 64 første ledd om "betryggende panterett". Dersom sikkerhetsrettens verdi ikke er betryggende, foreligger det en "berikelse" tilsvarende differansen mellom det den annen part ville fått dekket under sikkerheten og verdien av det mottatte.

#### **4.1.2 Betaling "før normal betalingstid"**

Etter dekningsloven § 5-5 kan en betaling omstøtes dersom den er foretatt "før normal betalingstid". Problemstillingen er hvorvidt det foreligger en "berikelse" dersom vanlig betalingstid ville inntrådt før konkurs og den annen part kan bevise at vedkommende ville fått (uomstøtelig) betaling.

Verken rettspraksis eller forarbeider ser ut til å ta direkte stilling til spørsmålet.<sup>117</sup>

I utgangspunktet vil det etter den sannsynlighetsvurderingen Rt-1996-1647 (*Bruvik*) legger opp til, ikke foreligge noen "berikelse" å omstøte. Både etter den faktiske og etter den hypotetiske situasjon ville den annen part fått dekning.

Berikelsesregelen går ut på at den annen part skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri fant sted. For å ivareta dette bør den annen part rent prinsipielt ikke anses å ha noen berikelse i de tilfellene der vedkommende kan bevise at han ville fått uomstøtelig betaling senere.

---

<sup>116</sup> Myhre 1992 s. 97-98.

<sup>117</sup> Imidlertid synes *etterarbeidene* i Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153-154 å forutsette at omstøtelse kan skje. Drøftelsen foretas i forbindelse med spørsmålet om å innføre et tapsvilkår. Det tas ikke stilling til hva "berikelse[n]" eventuelt vil være.

På den andre siden skal de objektive reglene være retts teknisk enkle å praktisere. Det vil alltid være en viss risiko knyttet til hvorvidt den annen part virkelig ville fått betalt før konkurs, og om betalingen ville vært uomstøtelig.<sup>118</sup> Det kan hevdes at det ikke bør være adgang til å føre slike bevis, i og med at det kan undergrave formålet om retts teknisk enkle regler. Debitors solvens er i utgangspunktet intet bevis tema. Dette taler for at enhver førtidig betaling anses som en berikelse.

I tillegg vil debitors økonomi vanligvis bli mer presset jo nærmere man kommer konkurs, noe som innebærer at sannsynligheten for oppgjør vil bli tilsvarende mindre. Risikoen vil også bli stor for at betalingen anses som en betydelig forringelse av debitors betalingsevne etter dekningsloven § 5-5. Avskjæring av slik bevisføring vil dermed ikke være noe stort innhugg i berikelsesregelen.

I dansk rett synes det imidlertid å være en viss adgang for den annen part til å bevise at han ville ha fått betalt. Dette ble resultatet i U1999.1587HD (dissens 3-2)<sup>119</sup>. Saken gjaldt et skipsverft som betalte en fordring før normal betalingstid og senere enn tre måneder før frisdagen. Betalingen ble ikke ansett som ordinær. Høyesterets flertall konkluderte med at det ikke forelå noen berikelse, ettersom det med tilstrekkelig grad av sikkerhet var bevist at fordringen ville blitt betalt til normal betalingstid. Det ble vist til at debitor verken endret betalingsmønster eller sluttet å betale kreditorer frem til frisdagen. Flertallet oppstilte krav om at "*den begunstigede godtgør, at fordringen med en betydelig grad af sikkerhed ville være blevet betalt til den normale betalingstid*".<sup>120</sup> Det er en snever unntaksregel fra utgangspunktet om at førtidig betaling kan omstøtes selv om normal betalingstid inntreffer før konkurs.<sup>121</sup>

Regelen i svensk rett er antakelig at det foreligger et tap uavhengig av om normal betalingstid inntreffer før konkurs, slik at omstøtelse kan skje.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Tilsvarende Myhre 1992 s. 110 om et eventuelt tapsvilkår.

<sup>119</sup> Mindretallsdommer Sørensen fant det ikke tilstrekkelig utvilsomt at betaling ville skjedd, og sammenliknet med "betryggende pant"-tilfellene. Mindretallsdommer Walsøe ønsket ikke å åpne for slik bevisføring.

<sup>120</sup> U1999.1578HD s. 1590.

<sup>121</sup> Jørgensen 2003 s. 120.

<sup>122</sup> Lennander 2004 s. 232, NJA 1949 s. 111.

Brækhus synes å argumentere i retning av at berikelsesgrensen kommer inn. Han påpeker imidlertid at det vil være meget vanskelig å føre slikt bevis.<sup>123</sup> I andre fremstillinger synes han imidlertid å ville innrømme boet omstøtelsesrett, ettersom han skriver at det "*ikke [er] avgjørende at gjelden likevel ville ha forfalt før konkursåpningen*".<sup>124</sup>

Myhre drøfter problemstillingen, og konkluderer med at forhåndsbetalingen innebærer en berikelse, uavhengig av om det kan godtgjøres at betaling kunne ha skjedd til normal tid.<sup>125</sup>

Dersom saksforholdet er som i U1999.1587HD, der debitor ikke endret betalingsmønster og andre fordringshavere fikk betalt, kan det spørres om ikke det er urimelig overfor den annen part å anse førtidig betaling som en "berikelse". Det kan hevdes at dette er en ugrunnet forskjellsbehandling av fordringshavere.

Etter mitt syn kan imidlertid ikke det ovennevnte tillegges særlig betydning. At betalingen fremstår som begrunnet i "*andre bestemte forhold enn debtors vanskelige økonomiske situasjon*", bør heller vurderes under "ordinær"-reservasjonen.<sup>126</sup> Dersom et tilfelle som U1999.1587HD kommer opp for norske domstoler, bør retten heller konkludere med at uendret betalingsmønster og kassarabatt på 1 % ved førtidig betaling, taler for at disposisjonen er "ordinær". Det avgjørende bør være at presumsjonen for illojalitet ikke slår til, slik at vilkårene for omstøtelse ikke foreligger.

Som nevnt bør man være forsiktig med å åpne for spekulasjoner om "*hvilke eventuelle alternative disposisjoner debitor og den annen part kunne tenkes å ville ha foretatt*".<sup>127</sup> I tråd med dette hevder Huser at spekulasjoner omkring hvorvidt debitor senere ville betalt på en uomstøtelig måte er irrelevant.<sup>128</sup> Det er dessuten et viktig argument at denne typen innvendinger er avskåret for omstøtelse av betaling med usedvanlig betalingsmiddel.<sup>129</sup>

Etter mitt syn bør det avgjørende være at de objektive reglene skal være retts teknisk enkle å praktisere. Å åpne for bevisføring rundt hypotetiske fremtidige betalinger, kan virke

---

<sup>123</sup> Sjur Brækhus "Avtalt Motregning" i *Rett og humanisme, Festskrift til Kristen Andersen*, Oslo 1977 s. 53-76 (s. 75). Han skriver direkte om motregningsrett, men uttalelsen må naturlig forstås slik at berikelsesregelen også skal kunne påberopes i betalings situasjonen, jf. Myhre 1992 s. 108.

<sup>124</sup> Sjur Brækhus, *Materiell konkurs og eksekusjonsrett: referat av Sjur Brækhus' forelesninger*, 4. utgave, Oslo 1968 s. 114.

<sup>125</sup> Myhre 1992 s. 109, Andenæs 2009 s. 323.

<sup>126</sup> Huser 1992 s. 296 om ordinær-reservasjonen.

<sup>127</sup> Huser 1992 s. 573.

<sup>128</sup> Huser 1992 s. 294.

<sup>129</sup> Myhre 1992 s. 108.

prosesskapende og vanskeliggjøre boets mulighet til å omstøte disposisjoner som burde omstøtes. Dessuten har det formodningen mot seg at debitor faktisk ville betalt, ettersom økonomien typisk blir dårligere jo nærmere man kommer konkurs. Det er derfor neppe noe kraftig innhugg i berikelsesbegrensingen å stenge for bevisføring om dette temaet.

Konklusjonen er derfor at det foreligger en "berikelse" uavhengig av om vanlig betalingstid ville inntrådt før konkurs og den annen part kan bevise at vedkommende ville fått (uomstøtelig) betaling.

Det kan imidlertid tenkes at dette stiller seg annerledes i nærstående-tilfellene, ettersom det der åpnes for å føre solvensbevis i § 5-5 annet ledd.<sup>130</sup> Man bør imidlertid være tilbakeholdne her, ettersom vilkåret "utvilsomt" oppstiller et skjerpet krav til solvensbevis. Det vil fort føre for vidt å åpne for bevisføring om en senere hypotetisk, uomstøtelig betaling.

De kryssende hensynene og argumentene i den ovennevnte drøftelsen er etter mitt syn godt egnet til å illustrere noen av de sentrale hensynene som må avveies i forbindelse med berikelsesproblematikken.

## **4.2 Dekningsloven § 5-7 – sikkerhetsstillelse for eldre gjeld**

### **4.2.1 Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld sammen med ny kreditt**

Etter dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav a kan pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt, omstøtes dersom den er stilt for gjeld "pådratt før sikkerhetsretten ble avtalt". Innledningsvis nevnes at § 5-7 ikke har noen "ordinær"-reservasjon, slik at i typiske refinansieringstilfeller kan ikke sikkerhetsstillelsen anses ordinær på samme måte som rettspraksis har ansett betaling av gjeld ordinært etter § 5-5.<sup>131</sup> Den annen parts redning må eventuelt finnes i berikelsesbegrensingen.

Det klare utgangspunktet er at dersom en kreditor yter ny kreditt på vilkår om sikkerhetsstillelse, vil sikkerheten bare kunne omstøtes i den utstrekning den også sikrer eldre

---

<sup>130</sup> Problemstillingen reises i Myhre 1992 s. 112.

<sup>131</sup> Huser 1992 s. 234-236, Rt-1969-624.

gjeld.<sup>132</sup> Så lenge sikkerhetsstillelse var et vilkår for kredittutvidelsen, har ikke kreditor noen "berikelse" i det omfang sikkerheten oppveies av kredittutvidelsen.

Dersom sikkerheten også sikrer eldre gjeld, blir kreditor bedre stilt enn om den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted og denne delen kan derfor omstøtes som kreditors "berikelse".

Disse betraktninger gjelder antakeligvis tilsvarende for de tilfeller der en kreditor får betalt gammel gjeld som en del av en større ordning der kreditor mot nedbetaling forpliktes til å yte ny kreditt og gjør dette. Omstøtelse kan bare skje i den utstrekning kreditors samlede tilgodehavende blir mindre etter transaksjonene. Kun denne differansen utgjør kreditors "berikelse".

Det er en annen problemstilling hvorvidt andre ytelser fra kreditor i forbindelse med sikkerhetsstillelsen kan være relevante i berikelsesvurderingen, eksempelvis delvis nedskrivning av eldre gjeld, reduksjon av rentesats, bedre avdragsvilkår e.l. Etter mitt syn følger det av berikelsesregelens grunnprinsipper at den annen parts motytelser er relevante ved utmålingen. For å stille den annen part som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde funnet sted, må omstøtelse av sikkerhetsretten innebære at reduksjon av rentesats, nedskrivning av gjeld og lignende ikke anses å ha blitt foretatt av den annen part.<sup>133</sup> Dette er relevant ved fastsettelsen av dividendekravet.

Et beslektet tilfelle er det som i teorien omtales som "kreditorskifte". Dersom debitor får et nytt lån og bruker dette til å nedbetale en eldre kreditor, eksempelvis i en refinansieringssituasjon, er det uenighet i teorien om hvorvidt dette er en omstøtelig sikkerhet.<sup>134</sup> Uavhengig av hvorvidt disposisjonen kan omstøtes, er det et eget spørsmål hva som er den nye, sikrede kreditorens "berikelse".

I mange tilfeller vil en refinansieringsbank sette som vilkår for lånet at det stilles sikkerhet. Selv om man kan hevde at situasjonen ligner en fordringsoverdragelse, må det rent prinsipielt vurderes hva som er "berikelse[n]". Dette krever en vurdering av det alternative hendelsesforløp. Etter mitt syn vil det i disse tilfellene fremstå som lite sannsynlig at debitor ville fått refinansieringslånet uten sikkerhet. Kreditor blir derfor ikke bedre stilt enn han ellers

---

<sup>132</sup> Rt-1958-1181, Myhre 1992 s. 128.

<sup>133</sup> I samme retning Myhre 1992 s. 128-129.

<sup>134</sup> bl.a. Huser 1992 s. 411 flg., Sjur Brækhus, *Konkursrett: utvalgte emner*, Oslo 1970 s. 112 flg.

ville blitt, i og med at lånet aldri ville blitt ytet uten sikkerhet. Det foreligger ingen "berikelse". Ettersom berikelsesregelen skal beskytte den annen part, bør man ikke strekke på sannsynlighetsvurderingen her.

Etter mitt syn må man i omgåelsestilfeller heller anvende den subjektive regel i dekningsloven § 5-9. Eventuelt kan boet kreve omstøtelse overfor betalingsmottakeren etter dekningsloven § 5-5.

### **4.2.2 Kausjon**

I teorien hevder enkelte at dersom en person kausjonerer for debtors gjeld og samtidig får sikkerhet av debitor for regressfordringen, foreligger det i realiteten pant for eldre gjeld.<sup>135</sup> Argumentene går særlig ut på at kausjonsansvaret er et subsidiært ansvar for den allerede stiftede gjelden, samt at kausjonisten vanskelig kan være i aktsom god tro.<sup>136</sup>

Etter mitt syn er det noe uklart hva rettsvirkningen av en eventuell omstøtelse vil være. I kausjonisttilfellene vil sikkerhet ikke sjelden være et vilkår for å avlegge kausjonsløftet. Så fremt sikkerheten er et vilkår, innebærer det at kausjonisten ikke blir "berike[t]" ved den omstøtelige disposisjon. Alternativet er jo nettopp at kausjonsløftet aldri ville blitt gitt. Det er vanskelig å se at omstøtelse av eventuelle rentefordeler e.l. vil være av tilstrekkelig økonomisk betydning for boet til å fremme et omstøtelseskrav.

Når disposisjonens omstøtelighet i teorien uansett er begrunnet med at kausjonisten vanskelig kan være i god tro, bør man heller ikke strekke på berikelsesregelen. Boet bør eventuelt fremme krav etter den subjektive regel, og få erstattet sitt tap.

### **4.2.3 Ombytning**

Dersom en den annen part har pant for sitt krav mot debitor, men dette slettes og erstattes av en ny sikkerhet, er det prinsipielt tale om (omstøtelig) pant for eldre gjeld etter dekningsloven § 5-7. I rettspraksis og teori er det imidlertid klart at ombytning av pant ikke kan omstøtes

---

<sup>135</sup> Brækhus 1970 s. 110 flg., Huser 1992 s. 415 flg. med videre henvisninger.

<sup>136</sup> Huser 1992 s. 418.



ettersom den nye sikkerheten ikke gir bedre dekning enn den tidligere.<sup>137</sup> I slike tilfeller har ikke den annen part oppnådd noen "berikelse" ved disposisjonen.

I den grad den annen part ved den nye sikkerheten oppnår bedre dekning, kan differansen være en omstøtelig "berikelse". Det tilføyes for ordens skyld at dersom den annen part hadde fullgod og betryggende sikkerhet, er det uten betydning om det nye pantet er av høyere verdi. Den annen part får uansett ikke mer enn sitt krav mot debitor.

---

<sup>137</sup> Huser 1992 s. 400, Rt-1899-817.

## 5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Som analysen har vist er berikelseskravets hovedtrekk forholdsvis klarlagt i norsk rett.

Regelen reiser imidlertid en del vanskelige tolknings- og bevisspørsmål. Etter mitt syn kan og bør regelen tolkes slik at disse reduseres i størst mulig grad, eksempelvis ved at man tolker berikelsesregelen slik at alt forbruk i prinsippet innebærer en berikelse, jf. punkt 2.7.1. Dette er viktig for å motvirke at omstøtelsesprosessen blir for krevende for boet.

Problematiske bevisspørsmål er likevel ikke til å unngå. Eksempelvis viser drøftelsen i punkt 2.7.2 at det kan oppstå vanskelige bevisspørsmål knyttet til hvorvidt det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng mellom berikelsen og et mulig surrogat. Så vidt jeg har sett skaper imidlertid ikke dette store problemer i praksis. Det er trolig fordi det gjelder forholdsvis korte frister for objektiv omstøtelse, samt at penger er den vanligste formen for surrogat.

Etter mitt syn er det derfor ingen tungtveiende grunner for å foreta noen kursendring gjennom lovarbeid eller i rettspraksis. Teoretiske fremstillinger bør imidlertid leses med et kritisk blikk, slik jeg har forsøkt å gjøre i min analyse. Eksempelvis bør man som rettsanvender være forsiktig med å legge til grunn enkelte, særlig eldre, teoretiske standpunkter om luksusforbruk.

Hva gjelder regelen om utbytte mener jeg imidlertid at denne ikke passer like godt i dagens samfunn. Etter mitt syn er det grunn til å endre eller fjerne utbytteregelen.

# 6 KILDER

## 6.1 Lover

### *Kronologisk register*

Lov om hendelege egedomshøve	Lov 19. april 1969 nr. 17 om hendelege egedomshøve
Panteloven	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant
Konkursloven	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Forsikringsavtaleloven	Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler
Ekteskapsloven	Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap

### Nordiske lover:

Konkurslagen	Svensk konkurslag (1987/672) utferdiget 11. juni 1987
Lag om återvinning till konkursbo	Finsk lag om återvinning till konkursbo 26.4.1991/758
Konkurslov	Lov nr. 298 af 8. juni 1977 (nu lovbekendtgørelse nr. 11 af 6. januar 2014)

## 6.2 For- og etterarbeider

### *Kronologisk register*

NUT 1969: 4	Rådsegn 7 - Om hendelege eidegdomshøve
Ot.prp. nr. 30 (1967-1968)	Om lov om hendelege eidegdomshøve
NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs.
Ot.prp. nr. 39 (1977-1978)	Om pantelov
Ot.prp. nr. 50 (1980-1981)	Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m
Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løseørekjøp, vedtatt 11. april 1980
Ot.prp. nr. 26 (1998-1999)	Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

### Danske og svenske forarbeider:

Betænkning II nr. 606/1971	om konkurs og tvangsakkord, fra det af Justisministeriet den 29. januar 1958 nedsatte udvalg (København 1971)
Prop. 1975:6	Regeringens proposition 1975:6 �ndringar i konkurslagen (1921:225) m.m.

## 6.3 Rettspraksis

Rt. 1899 s. 817

Rt. 1958 s. 1181 (A)

Rt. 1969 s. 624 (A) Hammar Auto II

Rt. 1993 s. 679 (A) (*Høyfjellsutvikling I*)

Rt. 1996 s. 1647 (A) (*Bruvik*)

Rt. 2000 s. 1089 (A)

Rt. 2008 s. 1170 (A) (*Rema 1000*)

### Lagmannsrettspraksis

RG 1973.727 Agder lagmannsrett

LH-1993-42 Hålogaland lagmannsrett

RG-1993-433 (LE-1991-1125) Eidsivating lagmannsrett

LH-1998-202 Hålogaland lagmannsrett

### Utenlandske avgjørelser

U1999.1587HD

NJA 1949 s. 111

## **6.4 Bøker og artikler**

### *Alfabetisk register*

- |                      |  |
|----------------------|--|
| Andenæs, Mads Henry  | <i>Konkurs</i> , 3. utgave (Oslo 2009)                                     |
| Andersen, Eigil Lego | <i>Gavebegrebet</i> (København 1988)                                       |
| Augdahl, Per         | <i>Den norske obligasjonsretts almindelige del</i> , 5. utgave (Oslo 1978) |

- Bar, Christian von og Stephen Swann *Study Group on a European Civil Code: Principles of European Law. Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)* (München 2010)
- Brækhus, Sjur *Konkursrett: utvalgte emner* (Oslo 1970)
- Brækhus, Sjur "Avtalt Motregning" i *Rett og humanisme. Festskrift til Kristen Andersen, Henning Jakhelln, Birger Stuevold Lassen, Peter Lødrup, Knut S. Selmer* (red.) (Oslo 1977) s. 53-76
- Brækhus, Sjur og Axel Hærem *Norsk tingsrett* (Oslo 1964)
- Brækhus, Sjur og Hans Petter Lundegaard (medvirker) *Materiell konkurs og eksekusjonsrett: referat av Sjur Brækhus' forelesninger*, 4. utgave (Oslo 1968)
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)
- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3: Omstøtelse*. (Bergen 1992)
- Johansen, Johnny "Pant i surrogater - Om panterett kan gå over på surrogater for det opprinnelige panteobjekt", *Jussens Venner* 1994 s. 341-399
- Jørgensen, Birgitte *Rettsvirkninger af omstødelse* (København 2003)
- Krokeide, Kjetil "Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1982 nr. 3 s. 353-522
- Kruse, Anders Vinding *Restitutioner* (København 1950)
- Lennander, Gertrud *Återvinning i konkurs*, 3. opplag (Stockholm 2004)

- Monsen, Erik "Study Group on a European Civil Code: Principles of European Law. Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010 nr. 4/5 s. 875-883
- Myhre, Reidar "Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1992 s. 84-151.
- Nazarian, Henriette *Konkursrett* (Oslo 2012)
- Sverdrup, Tone "Skjevdeling på felleseieskifte – noen uavklarte spørsmål" i *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år*, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.) (Oslo 2002) s. 677-698

## 6.5 Øvrige kilder

Lovkommentar tilgjengelig på svenske Karnov, note 75 flg. av Gertrud Lennander, <https://pro.karnovgroup.se/document/528714/1#SFS1987-0672> (sist lastet ned mai 2017).

Oslo Byfogdembetes årsmeldinger er tilgjengelige på <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Oslo-byfogdembete/Oslo-byfogdembete/Om-oss/Arsmeldinger/> (sist lastet ned mai 2017).