

# Forholdet mellom «berikelse» i dekningsloven § 5-11 og «tap» i § 5-12

*Kan og bør omstøtelsesreglene suppleres med et  
vinningsavståelseskrav?*

Kandidatnummer: 153

Antall ord: 14 269



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet  
UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

# INNHOLDSFORTEGNELSE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. INNLEDNING</b> .....   | <b>3</b>  |
| 1.1. Tema og problemstilling .....   | 3         |
| 1.2. Aktualitet .....  | 3         |
| 1.3. Avgrensninger .....   | 4         |
| 1.4. Rettskildebildet .....  | 4         |
| 1.5. Fremstillingen videre .....   | 5         |
| <b>2. RETTSVIRKNINGENE AV OBJEKTIV OMSTØTELSE</b> .....  | <b>6</b>  |
| 2.1. Betegnelsen «berikelse» .....   | 6         |
| 2.2. Tilført berikelse eller berikelse i behold? – Tidspunktet for berikelsesvurderingen ..... | 8         |
| 2.3. Forhold som påvirker berikelsens størrelse .....  | 11        |
| 2.3.1. Innledning .....  | 11        |
| 2.3.2. Vederlag som motsvarer ytelsens verdi .....   | 12        |
| 2.3.3. Delvis vederlag .....   | 12        |
| 2.3.4. Forbruk .....   | 12        |
| 2.3.5. Omkostninger og påkostninger .....  | 14        |
| 2.3.6. Videre salg til tredjeperson .....  | 15        |
| 2.4. Tapsvilkår .....  | 15        |
| 2.5. Tapsbegrensning .....   | 16        |
| <b>3. RETTSVIRKNINGENE AV SUBJEKTIV OMSTØTELSE</b> .....                                       | <b>20</b> |
| 3.1. Presentasjon av betegnelsen «tap» .....   | 20        |
| 3.2. Tidspunktet for tapsvurderingen .....   | 21        |
| 3.3. Utmålingen .....  | 22        |
| 3.4. Forhold som påvirker tapets størrelse .....   | 23        |
| 3.4.1. Innledning .....  | 23        |
| 3.4.2. Vederlag .....  | 23        |
| 3.4.3. Utgifter .....  | 23        |
| 3.4.4. Besparelser .....   | 23        |
| 3.4.5. Avkastning .....  | 24        |
| 3.5. Berikelseelement .....  | 25        |
| <b>4. VINNINGSAVSTÅELSE</b> .....  | <b>28</b> |
| 4.1. Presisering av problemstilling .....  | 28        |
| 4.2. Forholdet til den subjektive omstøtelsesregelen .....                                     | 28        |
| 4.3. Regeldanningsprosess .....  | 29        |

|   |           |
|---|-----------|
| 4.4. Legislative betraktninger .....                                      | 29        |
| 4.4.1. Innledende om legislative betraktninger .....                      | 29        |
| 4.4.2. Reparativ effekt .....   | 30        |
| 4.4.3. Preventiv effekt .....   | 31        |
| 4.5. Felles argumentasjonsmønster .....                                   | 33        |
| 4.5.1. Innledende .....   | 33        |
| 4.5.2. Tilgrensende ulovfestet rett .....                                 | 34        |
| 4.5.3. Tilgrensende lovfestet rett .....                                  | 40        |
| 4.6. Kan omstøtelsesreglene suppleres med et vinningsavståelseskrav?..... | 44        |
| <b>5. REFLEKSJONER OVER GJELDENE RETT .....</b>                           | <b>46</b> |
| <b>6. KILDEREGISTER .....</b>   | <b>47</b> |
| 6.1. Lover .....  | 47        |
| 6.2. For- og etterarbeider .....  | 47        |
| 6.3. Rettspraksis .....   | 48        |
| 6.4. Bøker og artikler.....   | 48        |

# **1. INNLEDNING**

## **1.1. Tema og problemstilling**

Temaet for avhandlingen er forholdet mellom rettsvirkningene etter dekningslovens objektive og subjektive omstøtelsesregler, og avhandlingens formål er å klarlegge forholdet mellom «berikelse» i deknl. § 5-11 og «tap» i § 5-12. Dette skal gjøres ved å besvare tre hovedproblemstillinger. Alle tre knytter seg til situasjoner hvor medkontrahentens berikelse er større enn boets tap, hvilket medfører at den ondtroende medkontrahent vil bli sittende igjen med mer etter omstøtelse på subjektivt grunnlag, enn en godtroende medkontrahent kan etter omstøtelse etter de objektive reglene. Forutsetningen for at problemstillingene skal oppstå, er at de objektive reglene ikke kommer til anvendelse på den aktuelle disposisjonen, slik at boet er henvist til å kreve omstøtelse etter deknl. § 5-9.

Den første problemstillingen som behandles er om det kan tolkes inn en tapsbegrensningsregel i deknl. § 5-11, slik at medkontrahentens berikelse maksimeres til boets tap. En slik regel vil i så fall medføre at berikelsen aldri overgår boets tap.

For det annet skal det ses på om det kan tolkes inn et berikelseelement i deknl. § 5-12. Konsekvensen av det vil være at en ondtroende medkontrahent uansett vil måtte gi fra seg sin berikelse, til tross for lovens ordlyd som tilsier at det er boets tap som skal erstattes.

Til slutt i avhandlingen ses det på rekkevidden av læren om vinningsavståelse, og det skal tas stilling til om en slik lære kan være aktuell å anvende i en subjektiv omstøtelsessituasjon. En slik lære vil i så fall medføre at en ondtroende medkontrahent må gi fra seg sin oppnådde vinning, uavhengig av boets tap. Den ulovfestede lære om vinningsavståelse er lite behandlet, men kan være aktuell å bruke som et supplement til de lovfestede omstøtelsesreglene. Denne problemstillingen er kun aktuell så fremt problemstilling nummer to besvares benektende. Dersom medkontrahent uansett vil måtte gi fra seg hele sin «berikelse», vil det ikke være igjen noen «vinning» utover dette.

## **1.2. Aktualitet**

Dette temaet er aktuelt fordi det åpnes mange konkursbo i løpet av et år, og det er av den grunn viktig å få avklart hvor mye et omstøtelseskrav omfatter, både etter de objektive og de subjektive reglene. Dette har stor betydning for omstøtelse generelt. Dersom boet kan gjøre

omstøtelse gjeldende etter både de objektive og de subjektive reglene, er det viktig å vite hvilken løsning som gir det beste resultatet for kreditorfellesskapet.

Det er ikke skrevet så mye om temaet tidligere. I tillegg er den litteraturen som finnes om emnet begynt å bli av eldre dato, hvilket i seg selv kan forsvare en fornyet behandling. Ellers er problemstillingen om vinningsavståelse i en omstøtelsessituasjon ikke undergitt en tilsvarende behandling tidligere, hvilket også sier noe om avhandlingens aktualitet.

### **1.3. Avgrensninger**

Avhandlingen avgrenses mot vilkårene for omstøtelse, og også mot omstøtelsesoppgjøret. Det avgrenses videre mot virkningen av omstøtelse for skyldnerens medansvarlige etter dekl. § 5-13 og virkningen av betaling av veksel eller sjekk etter dekl. § 5-14. Problematikken rundt hvorvidt omfanget etter dekl. § 5-6 reguleres av § 5-11 eller § 5-12 holdes også utenfor avhandlingens rammer.

### **1.4. Rettskildebildet**

På formuerettens område har lovgivningen tradisjonelt sett vært fragmentarisk og mengden rettspraksis begrenset. Dette medfører at teorien får en mer fremtredende rolle, noe som gjenspeiles i denne avhandlingen.

Dekningslovens regler er utformet ved et nordisk samarbeid.<sup>1</sup> På denne bakgrunn kan kilder fra andre nordiske land utgjøre et relevant tolkningsbidrag der de norske reglene er uklare. Særlig svensk og dansk konkurslovgivning er aktuell å undersøke i denne forbindelse. Det må likevel påpekes at det er tale om utenlandsk rett, og at rettskildene således ikke vil være direkte overførbare til norsk rett.

Som allerede nevnt er temaet vinningsavståelse ikke behandlet som en del av konkursrettens område tidligere. Det vil derfor være aktuelt å anvende kilder fra andre rettsområder som omhandler tilsvarende eller liknende problemstillinger. I tillegg har den subjektive omstøtelsesregelen et nært slektskap til erstatningsretten, så det vil være relevant å anvende kilder fra dette området her.

---

<sup>1</sup> NOU 1972:20 s. 2

## **1.5. Fremstillingen videre**

I del to av avhandlingen gjøres det rede for rettsvirkningene av objektiv omstøtelse. Det legges særlig vekt på hva som menes med betegnelsen «berikelse» i dekl. § 5-11 første ledd første punktum, men også tidspunktet for berikelsesvurderingen vil få en sentral rolle her. I denne delen vurderes det også om dekl. § 5-11 inneholder et tapsvilkår, og om det eventuelt kan tolkes inn en regel om tapsbegrensning i bestemmelsen.

I del tre er det rettsvirkningene av subjektiv omstøtelse som undersøkes. Her legges det særlig vekt på hva som menes med betegnelsen «tap» i dekl. § 5-12 første ledd første punktum. I denne delen vurderes det også om det kan tolkes inn et berikelseelement i bestemmelsen for omfanget av subjektiv omstøtelse.

I den fjerde delen av avhandlingen er det vinningsavståelse som behandles. I denne delen gjøres det først rede for vinningsavståelseskravets forhold til den subjektive omstøtelsesregelen, før det går nærmere inn på hva vinningsavståelse egentlig innebærer. Til slutt vurderes det om omstøtelsesreglene kan suppleres med et vinningsavståelseskrav. I denne vurderingen ses det nærmere på både lovfestede og ulovfestede vinningsavståelseskrav, for å se på om et eventuelt hjemmelsgrunnlag for et vinningsavståelseskrav ved subjektiv omstøtelse kan bygges på en analogisk tolkning av hjemmelsgrunnlaget for vinningsavståelse på andre rettsområder.

Helt til slutt vil jeg gi noen refleksjoner rundt dagens regulering, og vurdere om omstøtelsesreglene kan og bør suppleres med et vinningsavståelseskrav.

## 2. RETTSVIRKNINGENE AV OBJEKTIV OMSTØTELSE

### 2.1. Betegnelsen «berikelse»

Det objektive omstøtelseskravets omfang reguleres av dekl. § 5-11 første ledd første punktum. Bestemmelsen regulerer omfanget av omstøtelser gjort gjeldende etter de objektive reglene i §§ 5-2 til 5-8. Det følger av § 5-11 første ledd første punktum at omstøtelseskravet utgjør den «berikelse» den annen part har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon. For å kunne vurdere omfanget av omstøtelseskravet gjort gjeldende etter objektive regler, er det derfor viktig å avklare hva som omfattes av betegnelsen «berikelse» i dekl. § 5-11 første ledd første punktum.

En naturlig språklig forståelse av betegnelsen «berikelse» tilsier at medkontrahenten må ha mottatt en nettoverdi fra skyldneren.

Av forarbeidene følger det at det ved omstøtelse på objektivt grunnlag ikke foreligger bevis for skyld hos medkontrahenten, og at en plikt til å erstatte boet dets fulle tap derfor vil virke lite rimelig.<sup>2</sup> Da den annen part ikke kan klandres, må tilbakebetalingen begrenses til den berikelsen feilen har gitt ham.<sup>3</sup> Dette er den såkalte berikelsesbegrensningen, og må forstås som hensynet bak skillet mellom objektive og subjektive regler på området.<sup>4</sup>

Berikelsesbegrensningen innebærer at omstøtelseskravet aldri skal overstige den berikelse medkontrahenten faktisk har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen.<sup>5</sup> Den annen part skal altså stilles som om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde funnet sted.<sup>6</sup> Hensynet bak de objektive omstøtelsesbestemmelsene er å ramme presumtivist kreditorskadelige disposisjoner som blir foretatt relativt kort tid før konkursåpningen.<sup>7</sup> Ved at det er vedtatt konkrete, objektive bestemmelser, er det enklere å omstøte de mest omstøtelsesverdige disposisjonene.

Hagstrøm uttaler at grunnen til at det i enkelte tilfeller fokuseres på mottakerens berikelse fremfor den andres økonomiske tap, er fordi det i mange situasjoner er enklere å dokumentere mottakerens berikelse.<sup>8</sup> I en omstøtelsessituasjon fremstår imidlertid bakgrunnen for en slik utforming av regelen som en nødvendig konsekvens av fokuset på medkontrahentens mangel

---

<sup>2</sup> NOU 1972:20 s. 299-300

<sup>3</sup> Bergsåker (2011) s. 275

<sup>4</sup> NOU 1972:20 s. 300

<sup>5</sup> Andenæs (2009) s. 376

<sup>6</sup> Huser (1992) s. 572 med videre henvisning til RG. 1973 s. 727

<sup>7</sup> Andenæs (2009) s. 288

<sup>8</sup> Hagstrøm (2003) s. 662

på skyld. Bakgrunnen for berikelsesbegrensningen i de objektive reglene er at omstøtelseskravet kan gjøres gjeldende uavhengig av den annen parts gode tro. Da den annen part ikke kan klandres, må tilbakebetalingen begrenses til den berikelsen feilen har gitt ham.<sup>9</sup> Berikelsesbegrensningen er i så måte viktig for å unngå at medkontrahenten blir stilt dårligere enn om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde funnet sted. Man kan si det slik at berikelsesbegrensningen beskytter en godtroende part fra å måtte gi fra seg mer enn han selv har hatt nytte av. Er den annen part ikke i god tro og ikke fortjener vernet en slik begrensning medfører, kan kravet reises etter de subjektive reglene. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, finnes det ingen tilsvarende berikelsesbegrensning der.

Man kan spørre hva som menes med at medkontrahenten skal komme ut av situasjonen som om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde funnet sted. Det kan høres ut som om denne vurderingen baserer seg på rene spekulasjoner rundt hva som kunne skjedd uten den omstøtelige disposisjonen. Huser slår imidlertid i teorien fast at det er konstaterbare fakta som skal legges til grunn. Han uttaler følgende:

«Tenker man seg f.eks. at debitor har betalt en kreditor før normal betalingstid, vil det vanligvis være ganske håpløst å spekulere over om han i stedet ville ha betalt etter normal betalingstid – og på en ellers uomstøtelig måte – dersom han ikke hadde foretatt den betalingen han vitterlig gjorde! Man må her legge til grunn at pengene ville ha tilflytt kreditor om betalingen ikke hadde skjedd, uten å spekulere over alternative dekningsdisposisjoner fra debitors side. Det samme må gjelde i forhold til disposisjoner som rammes av de øvrige objektive omstøtelsesreglene.»<sup>10</sup>

Sagt på en annen måte skal man ikke spekulere i hva skyldneren ville ha foretatt seg dersom han ikke foretok den disposisjonen som førte til omstøtelse.

Etter deknsl. § 5-11 første ledd første punktum «kan boet kreve» at den «annen part fralegger seg» berikelsen han har oppnådd. Dersom medkontrahenten har lidt et tap som følge av den omstøtelige disposisjonen, vil vedkommende ikke ha et krav mot boet.<sup>11</sup> Det er heller ikke i de situasjonene naturlig å tale om en «berikelse» i ordets rette forstand. I slike tilfeller skal medkontrahentens «berikelse» settes til null, og det vil ikke være noe å omstøte.<sup>12</sup> Der medkontrahenten har lidt et tap som følge av den omstøtelige disposisjonen, kan ikke

---

<sup>9</sup> Bergsåker (2011) s. 275

<sup>10</sup> Huser (1992) s. 573 petit

<sup>11</sup> Huser (1992) s. 580

<sup>12</sup> Huser (1992) s. 580



prinsippet om at medkontrahenten skal stilles som om den omstøtelige disposisjonen ikke hadde funnet sted følges opp. At medkontrahenten ikke vil ha et krav mot boet, og at det dermed ikke er noe å omstøte, er en naturlig og nødvendig konsekvens av regelens utforming.

## **2.2. Tilført berikelse eller berikelse i behold? – Tidspunktet for berikelsesvurderingen**

Verdien av formuesgoder kan variere med tiden, og særlig over et lengre tidsrom kan verdien av et formuesgode endre seg betraktelig. Det er usikkerhet knyttet til hvorvidt berikelsesbegrepet skal forstås som tilført berikelse eller berikelse i behold.<sup>13</sup> Det kan ha stor betydning for begge parter hvilket tidspunkt som legges til grunn for berikelsesvurderingen, og det er av den grunn viktig å avklare juridisk. Hvilket tidspunkt som legges til grunn, har avgjørende betydning for omstøtelseskravets omfang og også for om det overhodet foreligger noe krav. Vurderingen her blir om berikelsesbegrepet skal forstås som den tilførte berikelse eller den berikelse som er i behold på omstøtelsestidspunktet.

Det følger av dekl. § 5-11 første ledd første punktum at berikelsen må være «oppnådd». En normal, språklig forståelse av uttrykket tilsier at det er en berikelse medkontrahenten har fått tak i, eller som er oppebåret. Dette leder oss imidlertid ikke noe nærmere svaret på hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for berikelsesvurderingen, da en berikelse kan være oppnådd, men senere ha gått tapt.

I forarbeidene gis det uttrykk for at «berikelse ... er et forholdsvis festnet begrep».<sup>14</sup> Det blir ikke sagt noe nærmere om hva som ligger i begrepet. Dette avklarer dermed ikke i noen grad hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for berikelsesvurderingen.

Videre blir det i forarbeidene uttrykkelig uttalt at penger brukt til «utdanning, feriereise e.l.» normalt ikke kan anses for å medføre berikelse.<sup>15</sup> Dette tilsier at dersom det mottatte består av penger, vil ikke berikelsen automatisk settes til den totale, mottatte sum. Dette taler for at man må se på hva som er i behold på tidspunktet for omstøtelsen, og eventuelt hvordan øvrige beløp har blitt forbrukt. Når det i forarbeidene er utformet en setning «vil berikelsen kunne være i behold»,<sup>16</sup> trekker også dette i retning av at berikelsesbegrepet skal forstås som den berikelsen som er i behold på omstøtelsestidspunktet. Etter mitt syn må forarbeidene forstås

---

<sup>13</sup> Se bl.a. Lilleholt (2017) s. 484-485

<sup>14</sup> NOU 1972:20 s. 300

<sup>15</sup> NOU 1972:20 s. 300

<sup>16</sup> NOU 1972: 20 s. 300

slik at det ikke foreligger en «oppnådd» berikelse dersom berikelsen på et tidspunkt før omstøtelseskravet blir gjort gjeldende har gått tapt. Da er ikke berikelsen lenger i behold.

I Rt. 2008 s. 1170 la Høyesterett til grunn at det var verdien på overtakelsestidspunktet som måtte anses som medkontrahentens berikelse, jf. formuleringen «berikelsen [utgjør] verdien av varelageret og driftstilbehøret som Rema har overtatt».<sup>17</sup> I denne saken var det imidlertid ikke snakk om at summen var ulik på overtakelsestidspunktet og omstøtelsestidspunktet. Dette var heller ikke problematisert av partene i saken. Da tidspunktet for berikelsesvurderingen ikke var verken problematisert eller begrunnet, kan avgjørelsen på denne bakgrunn ikke tillegges betydelig vekt når det gjelder spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for berikelsesvurderingen.

I Rt. 1996 s. 1647 uttalte Høyesterett at det

«[v]ed beregningen av berikelse etter § 5-11 ... i utgangspunktet [må] 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».<sup>18</sup>

Aagaard problematiserer denne uttalelsen. Hun påpeker at sitatet er tvetydig ved at sitatets første del klart tyder på at det er verdien i behold som kan kreves tilbakeført av boet, mens sitatets andre del tyder på at det er nettoverdien som er tilført som er det avgjørende.<sup>19</sup>

Dommen må derfor forstås som tvetydig når det kommer til spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for berikelsesvurderingen. Aagaard fulgte ikke opp spørsmålet, men har presisert at «[o]ppfatningen i teorien synes å være at det er den [fordelen som er i behold hos medkontrahenten] som skal legges til grunn».<sup>20</sup>

Huser argumenterer i juridisk teori for at det i utgangspunktet er det den annen part har mottatt som er gjenstand for restitusjon, men at det er et krav om at det er i behold på omstøtelsestidspunktet.<sup>21</sup> Andenæs tilslutter seg denne argumentasjonen, og sier at det avgjørende ikke er verdien av det mottatte, men det som er i behold på tidspunktet for omstøtelseskravet.<sup>22</sup> Også Hagstrøm deler dette standpunktet, da han legger til grunn at utgangspunktet for berikelsesvurderingen er at verdien er i behold på det «tidspunkt kravet

---

<sup>17</sup> Rt. 2008 s. 1170 i avsnitt 58

<sup>18</sup> Rt. 1996 s. 1647 på s. 1653

<sup>19</sup> Aagaard (2018) s. 362 fotnote 989

<sup>20</sup> Aagaard (2018) s. 362 petit

<sup>21</sup> Huser (1992) s. 581-582

<sup>22</sup> Andenæs (2009) s. 376

gjøres gjeldende».<sup>23</sup> Brækhus er også av denne oppfatning, da han uttrykker at «det er ydelsens verdi på tilbakesøkningsstiden, ikke på kontraktstiden, som er avgjørende».<sup>24</sup> I en konkurssituasjon vil dette være på tidspunktet for omstøtelseskravet. Oppfatningen i juridisk teori ser ut til å være at det er den fordel som er i behold på omstøtelsestidspunktet som skal legges til grunn. Det er imidlertid usikkert hvilken rettskildemessig verdi disse standpunktene kan tillegges, da ingen av teoretikerne problematiserer eller grunngir valget av tidspunktet for berikelsesvurderingen noe nærmere enn det som er gjengitt her.

På bakgrunn av at dekningslovens regler er utformet ved et nordisk samarbeid,<sup>25</sup> vil det være relevant å se hen til tidspunktet for berikelsesvurderingen i andre nordiske land. Dette kan ha betydning for hvordan regelen skal forstås også etter norsk rett.

I dansk rett er det den berikelsen som er i behold på omstøtelsestidspunktet som skal leveres tilbake. I dansk teori er det uttalt at «værdiforringelse, som ikke modsvares af indtægter eller besparelser, skal ikke erstattes».<sup>26</sup> Hensynet bak regelen er i dansk teori begrunnet med at medkontrahenten skal stilles som om den omstøtelige disposisjon aldri hadde blitt foretatt: dess senere man setter tidspunktet for berikelsesvurderingen, dess enklere er det å ta hensyn til uforutsette hendelser som medfører at det mottatte har sunket i verdi.<sup>27</sup>

Nettopp dette er en vinkling som er relevant for valg av tidspunkt også etter norsk rett. I motsetning til tilbakebetaling av ugrunnet berikelse som inngår i læren om *condictio indebiti*, har mottakeren av en omstøtelig disposisjon i utgangspunktet rett på ytelsen. Det må forutsettes at medkontrahenten har en gyldig avtale med skyldneren. Etter de objektive reglene er medkontrahenten også i god tro. Så lenge mottakeren er i god tro, og i utgangspunktet også har et krav på ytelsen, vil det virke urimelig om vedkommende skal bære risikoen for at berikelsen har endret seg som følge av en verdireduksjon på gjenstanden. Denne risikoen bør tilfalle boet. Dersom en slik risiko tilfaller medkontrahenten, vil det stride mot hensynene bak berikelsesbegrensningen, som er at medkontrahenten skal stilles som om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde funnet sted.

Annerledes blir det imidlertid hvis verditapet på den omstøtelige disposisjonen skyldes medkontrahentens klanderverdige opptreden etter at omstøtelseskravet er gjort gjeldende.

---

<sup>23</sup> Hagstrøm (2011) s. 711

<sup>24</sup> Brækhus (1975) s. 156

<sup>25</sup> NOU 1972:20 s. 2

<sup>26</sup> Petersen m.fl. (2016) s. 651

<sup>27</sup> Jørgensen (2003) s. 74

Aagaard uttaler at «[a]nsvar for skadevoldende handlinger [er] som hovedregel betinget av at skadevolder har opptrådt culpøst».<sup>28</sup> Videre uttaler hun:

«I [tilfeller hvor besitteren er kjent med at formuesgodet tilhører en annen] kan man ... stille økte krav til aktsomhet ved håndtering av tingen, noe som vil påvirke vurderingen av når man kan anses å ha opptrådt culpøst.»<sup>29</sup>

Dersom medkontrahentens klanderverdige opptreden har skyld i et verditap på den omstøtelige disposisjonen etter at omstøtelseskravet er gjort gjeldende, men før omstøtelsestidspunktet, bør ansvaret for verdireduksjonen tilfalle medkontrahenten. Dette fordi medkontrahenten har opptrådt culpøst.

Etter dette må gjeldende rett være at det er den berikelsen som er i behold på tidspunktet for omstøtelsen som skal legges til grunn ved verdivurderingen. Visse nyanser bør imidlertid foretas i de situasjonene hvor verditap utelukkende skyldes den annen parts klanderverdige opptreden etter at omstøtelseskravet er fremmet.

## **2.3. Forhold som påvirker berikelsens størrelse**

### **2.3.1. Innledning**

Når jeg nå har konkludert med at det er den berikelsen som er i behold på omstøtelsestidspunktet som er avgjørende, er det viktig å ta stilling til betydningen av ulike typer forbruk frem til dette tidspunktet. Det finnes en rekke situasjoner som kan påvirke størrelsen på berikelsen fra det tidspunktet fordelen blir tilført medkontrahenten til tidspunktet for omstøtelsen. For at medkontrahenten skal kunne stilles som om den omstøtelige disposisjonen ikke hadde funnet sted, er det nødvendig å gjøre rede for hva som skal inngå i berikelsen og ikke, i de ulike typetilfellene. Punkt 2.3.2 og 2.3.3 gjelder det verdimeslige forholdet mellom de opprinnelige ytelsene, mens punkt 2.3.4 – 2.3.6 gjelder etterfølgende forhold på medkontrahentens hånd som kan tenkes å ha betydning for utmålingen av berikelsen som kan kreves tilbakeført av boet.

---

<sup>28</sup> Aagaard (2018) s. 299

<sup>29</sup> Aagaard (2018) s. 300-301

### **2.3.2. Vederlag som motsvarer ytelsens verdi**

Det følger av berikelsesprinsippet at medkontrahenten må kunne kreve fratrukket utgifter vedkommende har hatt i forbindelse med disposisjonen. Medkontrahenten vil ikke ellers bli stilt som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>30</sup> Dersom medkontrahenten har ytt fullt vederlag til skyldneren, og vederlaget faktisk motsvarer ytelsens verdi, vil det ikke foreligge noen berikelse i lovens forstand. Man kan si at boet debiteres vederlaget som medkontrahenten har ytt skyldneren som et ledd i disposisjonen.<sup>31</sup> Siden berikelsen i et slikt tilfelle vil gå i null, faller omstøtelseskravet bort.

### **2.3.3. Delvis vederlag**

Dersom medkontrahenten kun har betalt delvis vederlag for ytelsen, følger det av forarbeidene at vederlaget skal tilbakebetales av boet som massekrav.<sup>32</sup> Bakgrunnen for dette er at berikelseskravet er et nettokrav på medkontrahentens berikelse, og et eventuelt vederlag medkontrahenten har ytt skyldneren må trekkes fra. Det er kun på denne måten medkontrahenten kan bli stilt som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>33</sup>

I en situasjon hvor medkontrahenten ettergir en fordring på skyldneren, og dette representerer et ytt vederlag, skal ikke vederlaget fradras dersom det er en fordring som skyldneren uansett ikke ville betalt.<sup>34</sup>

### **2.3.4. Forbruk**

Vi kan tenke oss en situasjon hvor medkontrahenten har forbrukt hele den ytelsen vedkommende mottok fra skyldneren, slik at det ikke er noe igjen av den opprinnelige ytelsen. Det kan også tenkes at medkontrahentens forbruk har ført til besparelser av egne midler for vedkommende. Vurderingen er om medkontrahentens etterfølgende forbruk har betydning for utmålingen av berikelsen som kan kreves tilbakeført av boet.

Som nevnt tidligere, blir det i forarbeidene gitt uttrykk for at penger brukt på utdanning, feriereiser mv. ikke anses for å ha ført til noen berikelse.<sup>35</sup> Man kan anta at dette er fordi det

---

<sup>30</sup> Huser (1992) s. 595

<sup>31</sup> Huser (1992) s. 595 og NOU 1972:20 s. 300

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

<sup>33</sup> Huser (1992) s. 595

<sup>34</sup> Se nærmere Andenæs (2009) s. 376 med henvisning til Rt. 1996 s. 1647

<sup>35</sup> NOU 1972:20 s. 300

representerer et ekstraforbruk som medkontrahtenten ellers ikke ville unnet seg, og som slik sett ikke bør tilbakebetales som en del av berikelsen etter dekl. § 5-11. Dette taler for at denne type forbruk ikke er en «berikelse» i lovens forstand.

I teorien gir Huser uttrykk for samme syn, da han uttaler følgende:

«Antakelig vil det bare i gavetilfellene ha en viss praktisk betydning at gavemottakeren benytter det mottatte til et ekstra forbruk, som da ikke vil inngå som en del av berikelsen.»<sup>36</sup>

Huser argumenterer imidlertid for at man må se annerledes på penger brukt til utdanning nå enn på det tidspunktet forarbeidene ble utformet. Han formulerer seg slik:

«Denne antagelsen om faktiske omstendigheter er antakelig tvilsom under dagens forhold. En student som mottar en pengegave og benytter denne til å betale studieavgift, bøker, husleie eller lignende, vil oppnå en besparelse som alle andre. Det kan neppe være meningen at de alminnelige beregningsprinsipper ikke skal gjelde her.»<sup>37</sup>

Det er klart at utdanning tidligere i alle fall i utgangspunktet var forbeholdt velstående mennesker da det ikke var snakk om gratis skolegang ved høyere utdanning. Den gang forarbeidene ble utarbeidet var det større sannsynlighet for at pengene ellers ikke ville gått til skolegang, enn tilfellet er i dag.

Etter mitt syn må forarbeidene og juridisk teori forstås slik at det avgjørende er om pengene fra den omstøtelige disposisjonen alene motiverer til forbruket, eller om forbruket uansett ville forekommet slik at medkontrahtenten har spart sine egne midler og på den måten oppnådd en berikelse. Dersom ytelsen mottatt fra skyldneren ene og alene motiverer til forbruket, kan ikke medkontrahtenten sies å ha oppnådd noen «berikelse». Pengene er brukt opp, men medkontrahtenten har ikke spart egne midler da forbruket ikke ville forekommet uten den mottatte ytelsen fra skyldneren. Det vil i en slik situasjon være vanskelig å sette medkontrahtenten i samme stilling som om disposisjonen ikke hadde blitt foretatt. Dersom forbruket uansett ville forekommet, har medkontrahtenten oppnådd en «berikelse» ved å spare sine egne midler fra samme formål.

---

<sup>36</sup> Huser (1992) s. 589

<sup>37</sup> Huser (1992) s. 589 petit

I dansk rett har man en regel som tilsier at måten pengene er forbrukt på ikke har noen betydning, men i teorien fremkommer det at dette er noe man bevisst ikke har ønsket å innføre i norsk rett, da det bryter med den innarbeidede tradisjonen i Norge.<sup>38</sup> Ved å se på motivasjonen bak forbruket, er det enklere å knytte det opp mot hva som egentlig medfører en «berikelse» for medkontrahenten. Det er klart at en slik regel kan by på bevismessige vanskeligheter, og slik sett strider mot ønsket om retts teknisk enkle regler ved objektiv omstøtelse. Det er likevel viktig å ha et regelverk som ikke åpner opp for omgøelser.

Etter dette er det følgelig slik at også midler som er forbrukt kan ha gitt medkontrahenten en «berikelse», men det er ikke nødvendigvis slik og vurderingen av betydningen av et forbruk må derfor være konkret for det enkelte tilfellet.

### **2.3.5. Omkostninger og påkostninger**

Man kan tenke seg en situasjon hvor medkontrahenten har hatt utgifter knyttet til ytelsen fra skyldneren, enten i form av omkostninger eller påkostninger. Vurderingen her knytter seg til hvorvidt medkontrahenten kan gjøre fradrag for slike utgifter, slik at de ikke inngår i berikelseskravet.

Det fremgår av forarbeidene at

«[o]mkostninger i anledning ytelsen, f.eks. utgifter til stempeling og tinglysning av hjemmelsdokument, må refunderes. Det samme gjelder utgifter til reparasjon eller påkostninger innen visse grenser. Boet kan ikke ubetinget være forpliktet til å refundere investeringer som ikke øker salgsverdien.»<sup>39</sup>

Huser omtaler uttalelsen som «en fravikelse av berikelsesprinsippet, nærmest til fordel for en erstatningstankegang».<sup>40</sup> Forarbeidsuttalelsene må forstås som at utgifter til påkostninger refunderes innen visse grenser, og vurderingen knytter seg til hvorvidt de bidrar til å øke salgsverdien. I svensk konkurslovgivning brukes uttrykket «nødig eller nyttig kostnad» om det som er fradragsberettiget.<sup>41</sup> De norske forarbeidene viser til dette uttrykket,<sup>42</sup> og slik sett

---

<sup>38</sup> Aasebø (2015) s. 276

<sup>39</sup> NOU 1972:20 s. 300

<sup>40</sup> Huser (1992) s. 600

<sup>41</sup> Konkurslagen 4:15 § tredje ledd

<sup>42</sup> NOU 1972:20 s. 300

må det antas at hva som blir ansett som nødvendige og nyttige kostnader er vurderingsgrunnlaget også etter norsk lov.

Etter dette er det slik at medkontrahenten kan gjøre fradrag for omkostninger og påkostninger såfremt kostnadene har vært nødvendige eller nyttige. Det innebærer at berikelseskravet reduseres.

### **2.3.6. Videre salg til tredjeperson**

Det følger av forarbeidene at dersom en gjenstand er solgt videre fra medkontrahenten til en tredjepart som omstøtelse ikke kan gjøres gjeldende mot, representerer berikelsen det nettobeløpet medkontrahenten har tjent på salget.<sup>43</sup> Det samme gjør seg gjeldende også i de situasjoner hvor videre salget har skjedd helt eller delvis vederlagsfritt.<sup>44</sup>

Dersom medkontrahenten forbruker kjøpesummen etter salget og før omstøtelsen, må det avgjørende være det samme her som under vurderingen av forbruk i punkt 2.3.4, nemlig om pengene fra salget av den omstøtelige disposisjonen alene motiverer til forbruket, eller om forbruket uansett ville forekommet slik at medkontrahenten har spart sine egne midler og på den måten oppnådd en berikelse.

## **2.4. Tapsvilkår**

Det kan stilles spørsmål om det er et vilkår for omstøtelse på objektivt grunnlag at boet har lidt et tap som følge av skyldnerens disposisjon.

Ordlyden sier ikke noe om at boet må ha lidt noe tap, kun at medkontrahenten må fralegge seg sin «berikelse», jf. dekl. § 5-11 første ledd første punktum.

Falkangerutvalget foreslo å lovfeste et vilkår om tap for konkursboet for at omstøtelse på objektivt grunnlag skulle bli aktuelt. Forslaget ble begrunnet med at omstøtelsesreglenes formål er å verne medkontrahentene mot skadeliggjørende disposisjoner, og at det på den bakgrunn ville være urimelig å omstøte en disposisjon som ikke hadde påført boet noen form for tap.<sup>45</sup> Dette forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av departementet, og begrunnelsen var

---

<sup>43</sup> NOU 1972:20 s. 300

<sup>44</sup> Andenæs (2009) s. 376

<sup>45</sup> NOU 1993:16 s. 113-114



at et vilkår om tap ville bryte med prinsippet om praktisk enkle regler, og også innskrenke bestemmelsens rekkevidde.<sup>46</sup>

I Rt. 2008 s. 1170 ble det endelig slått fast at et tap for boet ikke er noe vilkår for omstøtelse på objektivt grunnlag. I dommen ble det anført at boet ikke hadde lidt noe tap, snarere tvert imot. Høyesterett fant at denne argumentasjonen ikke førte frem, og viste til lovens etterarbeider som referert til over.<sup>47</sup> En slik løsning opprettholder også ønsket om retts teknisk enkle regler, som er et grunnleggende hensyn bak de objektive omstøtelsesreglene.

Etter dette er det klart at § 5-11 ikke inneholder noe tapsvilkår.

## 2.5. Tapsbegrensning

Det kan forekomme situasjoner hvor berikelsen medkontrahenten har oppnådd som følge av skyldneres disposisjon overgår boets tap. I slike tilfeller vil en godtroende medkontrahent måtte gi fra seg mer til boet enn en ondtroende medkontrahent må gjøre.<sup>48</sup>

Vurderingen her er om vi for norsk retts vedkommende har en regel som tilsier at medkontrahentens berikelse skal maksimeres til boets tap. En slik regel vil i så fall medføre at medkontrahentens berikelse aldri vil overgå det tapet boet har lidt, og en godtroende medkontrahent vil følgelig aldri måtte betale tilbake til boet mer etter en omstøtelig disposisjon på objektivt grunnlag enn det en ondtroende medkontrahent må gjøre på subjektivt grunnlag i en tilsvarende situasjon.

Betegnelsen «berikelse» i dekl. § 5-11 tilsier at man må betale tilbake hele den fordelen man har oppnådd ved skyldnerens disposisjon. Det sies ingen ting om berikelsen skal maksimeres til boets tap eller ikke. Ordlyden gir derfor en indikasjon på at en tapsbegrensning er irrelevant.

Det følger av forarbeidene at medkontrahentens berikelse er maksimert til boets tap i dansk rett.<sup>49</sup> Bestemmelsen i Danmark om det objektive omstøtelseskravets omfang er inntatt i Konkursloven av 06.01.2014 nr. 11 § 75 og lyder som følger:

---

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153

<sup>47</sup> Rt. 2008 s. 1170 i avsnitt 50 jf. note 46

<sup>48</sup> En ondtroende medkontrahent plikter å erstatte boet dets «tap». Se punkt 3 om rettsvirkningene av subjektiv omstøtelse.

<sup>49</sup> NOU 1972:20 s. 300

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

I dansk teori blir regelen begrunnet med at det ikke er ønskelig at boet skal stilles bedre ved et berikelseskrav etter § 75 (objektiv omstøtelse), enn ved et egentlig erstatningskrav etter § 76 (subjektiv omstøtelse).<sup>50</sup>

I utgangspunktet ville dette trukket i retning av at den norske regelen på området også skal tolkes slik, sett på bakgrunn av det nordiske samarbeidet på formuerettens område.<sup>51</sup> Det er imidlertid eksplisitt uttrykt i forarbeidene at Norge tar avstand fra Danmark på dette punktet, da «utvalget antar at det ikke er noen reell begrunnelse for en slik grense, og man har ikke tatt inn en tilsvarende begrensning i norsk utkast».<sup>52</sup> Forarbeidene er klare på at medkontrahentens berikelse ikke skal begrenses til boets tap.

Aktuell rettspraksis som omhandler problemstillingen, er dommen inntatt i Rt. 1996 s. 1647. Førstvoterende stilte spørsmål ved om det kunne være urimelig at medkontrahenten fikk en videre tilbakebetalingsplikt når omstøtelse skjedde på objektivt grunnlag enn om det hadde skjedd på subjektivt grunnlag.<sup>53</sup> I dommen ble det presisert at det etter ordlyden ikke gjaldt noen begrensning av berikelsen til boets tap, og det ble vist til forarbeidene hvor dette er uttalt. Videre uttalte førstvoterende at «... jeg kan ikke se at det isolert sett er urimelig om mottakeren må gi fra seg berikelsen».<sup>54</sup> Denne uttalelsen taler for at det ikke er rom for noen rimelighetsbetraktninger: berikelsen skal tilbakeføres til boet, uavhengig av om den overgår boets tap eller ei. Problemstillingen var imidlertid ikke avgjørende for sakens resultat, og Høyesterett valgte ikke å ta stilling til det generelle spørsmålet. Spørsmålet har, så vidt meg bekjent, ikke kommet på spissen i saker for Høyesterett på et senere tidspunkt.

I teorien refererer Andenæs kun til forarbeidsuttalelsene hvor det uttrykkes at loven ikke har noen regel som begrenser berikelseskravet til boets tap.<sup>55</sup> Han begrunner ikke dette noe nærmere. Huser uttaler at «... boets tap ved disposisjonen er ... ingen grense for berikelseskravet, slik tilfellet er i dansk rett ...».<sup>56</sup> Tendensen i juridisk teori er at medkontrahentens berikelseskrav ikke skal begrenses til boets tap.

---

<sup>50</sup> Petersen m.fl. (2016) s. 654

<sup>51</sup> NOU 1972:20 s. 2

<sup>52</sup> NOU 1972:20 s. 300

<sup>53</sup> Rt. 1996 s. 1647 på s. 1654

<sup>54</sup> Rt. 1996 s. 1647 på s. 1654

<sup>55</sup> Andenæs (2009) s. 377

<sup>56</sup> Huser (1992) s. 581

Det kan tenkes at rimelighetsbetraktninger og reelle hensyn taler for at medkontrahentens berikelseskrav likevel skal begrenses til boets tap.

Det er et grunnleggende hensyn bak de objektive omstøtelsesreglene at de skal være rettsteknisk enkle.<sup>57</sup> Det er på det rene at reglene er enklest å praktisere dersom boets tap holdes helt utenfor vurderingen, da det heller ikke er noe vilkår i vurderingen i utgangspunktet. I tillegg ligger fokuset etter de objektive reglene på at medkontrahenten skal holdes skadefri.<sup>58</sup> Det er klart at medkontrahenten holdes skadefri ved å måtte gi fra seg sin «berikelse», og det trengs ikke fokuseres på boets tap i det hele tatt. Dette stiller seg annerledes ved subjektiv omstøtelse, hvor fokuset ligger på at det er boet som skal holdes skadefri på grunn av ond tro hos medkontrahenten.<sup>59</sup>

Forutsetningen for objektiv omstøtelse er en godtroende medkontrahent med en gyldig avtale. Så lenge medkontrahenten er i god tro, kan det sies at en eventuell tapsbegrensning vil være en begrensning til fordel for en godtroende medkontrahent, noe som isolert sett ikke er uheldig. Rimelighetsbetraktninger tilsier jo at det er en medkontrahent som har utvist skyld som ikke bør kunne tjene på en omstøtelig disposisjon. Men etter mitt syn bør ikke en medkontrahent, uavhengig av tro, kunne tjene på en omstøtelig disposisjon. Bakgrunnen for mitt syn er likhetsprinsippet, som tilsier at ingen medkontrahent skal begunstiges på andre medkontrahenters bekostning.<sup>60</sup> Omstøtelsesreglene skal gjenopprette boets stilling, og sørge for likefordeling mellom medkontrahentene.<sup>61</sup> En eventuell regel som medfører at berikelsen begrenses til boets tap vil kun likestille en godtroende og en ondtroende medkontrahent. Regelen vil imidlertid ikke sørge for at medkontrahenten *ikke* tjener på en omstøtelig disposisjon. Slik sett er det kanskje ikke den objektive regelen hva gjelder omfanget av omstøtelseskravet som er uheldig, men den subjektive. Dersom berikelsen skal begrenses til boets tap, vil ikke det medføre at en medkontrahent ikke vil tjene på den omstøtelige disposisjonen. Det vil kun gjøre skillet mellom de objektive og de subjektive reglene mindre skarpt.

Ordlyd, forarbeider og rettspraksis indikerer at vi for norsk retts vedkommende ikke har regler som tilsier at berikelsen skal maksimeres til boets tap. En slik løsning vil også være i tråd med ønsket om rettsteknisk enkle regler ved objektiv omstøtelse, og ivareta hensynet til

---

<sup>57</sup> Andenæs (2009) s. 288

<sup>58</sup> Huser (1992) s. 572

<sup>59</sup> Huser (1992) s. 563

<sup>60</sup> Se bl.a. Andenæs (2009) s. 286

<sup>61</sup> Huser (1992) s. 563

likhetsprinsippet. Da dette er de primært viktigste rettskildene og hensynene bak omstøtelsesreglene, må gjeldende rett være at det ikke skal innfortolkes en regel om tapsbegrensning i dekl. § 5-11.

### 3. RETTSVIRKNINGENE AV SUBJEKTIV OMSTØTELSE

#### 3.1. Presentasjon av betegnelsen «tap»

Omstøtelseskravets omfang hva gjelder de subjektive reglene er regulert i dekl. § 5-12. Det følger av bestemmelsens første ledd første punktum at boet kan kreve dekket det «tap» det har lidt ved den omstøtelige disposisjonen.

Bestemmelsens utforming må forstås som en henvisning til den alminnelige erstatningsretten.<sup>62</sup> Dette fordi boet kan kreve hele sitt tap dekket av medkontrahenten. Et grunnvilkår for erstatningsansvar er at det foreligger et økonomisk tap, og dersom dette ikke foreligger, vil ikke boet ha noe erstatningskrav. Begrunnelsen for en slik utforming er at den annen part har utvist skyld og slik sett ikke skal nyte godt av en berikelsesbegrensning.<sup>63</sup> Boets krav utmåles etter de alminnelige erstatningsreglene.<sup>64</sup>

For at omstøtelse på subjektivt grunnlag i det hele tatt skal bli aktuelt, er det et vilkår at det foreligger forsett eller uaktsomhet hos medkontrahenten når den omstøtelige disposisjonen blir foretatt.<sup>65</sup> Dette grunnleggende utgangspunktet fremgår av den subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9, der det er uttrykt «kan omstøtes dersom ... den annen part kjente eller burde kjent til skyldneres vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Her ser man at regelen er utformet som den alminnelige culpa-regelen, noe som gir ringvirkninger også til rettsvirkningene av omstøtelse etter § 5-12. Den subjektive omstøtelsesregelen har et mye større bevis- og tolkingstema i forhold til de objektive bestemmelsene på området, og er av den grunn ikke like enkel å praktisere.

Som ved de objektive reglene, skal det også ved erstatningsutmålingen etter den subjektive regelen foretas en sammenligning av den situasjonen som faktisk foreligger, og den tenkte situasjon som ville vært aktuell uten den omstøtelige disposisjon.<sup>66</sup> I motsetning til de objektive reglene, hvor fokuset ligger på at den annen part verken skal vinne eller tape, ligger fokuset etter de subjektive reglene på å gjenopprette boets stilling.<sup>67</sup> Dette har sammenheng med at den annen part i subjektive omstøtelsestilfeller utviser skyld og er i ond tro, slik at vedkommende ikke fortjener det samme vernet som etter de objektive reglene.

---

<sup>62</sup> Huser (1992) s. 627. Han påpeker også at dette kommer enda tydeligere frem i dansk rett, hvor det i DK § 76 heter at «den begunstigede [skal] svare erstatning efter almindelige regler». Se også NOU 1972:20 s. 302

<sup>63</sup> Andenæs (2009) s. 380

<sup>64</sup> Huser (1992) s. 627

<sup>65</sup> Andenæs (2009) s. 352

<sup>66</sup> Huser (1992) s. 629

<sup>67</sup> Huser (1992) s. 628

### 3.2. Tidspunktet for tapsvurderingen

Som tidligere nevnt er det etter de objektive reglene mest naturlig å ta utgangspunkt i den verdien som er i behold på omstøtelsestidspunktet. Vurderingen her er hva som gjelder etter de subjektive reglene. Hvilket tidspunkt som blir lagt til grunn har avgjørende betydning for kravets størrelse.

Ordlyden i § 5-12 sier ikke noe om tidspunktet for tapsvurderingen, kun at det må foreligge et «tap». Heller ikke i forarbeidene blir det nevnt noe om tidspunkt.

Utgangspunktet ved en tapsutmåling etter de subjektive omstøtelsesreglene, er at boet skal stilles som om disposisjonen aldri hadde funnet sted.<sup>68</sup> Det er på disposisjonstidspunktet skyldneren gir fra seg noe, og det kan dermed tenkes at det er det skyldneren her gir fra seg som representerer boets «tap».

På den andre siden er det nå-situasjonen som avgjør tapets størrelse. Det er de alminnelige erstatningsrettslige prinsippene som gjelder. Lødrup presiserer at tidspunktet for erstatningsberegningen er «på det tidspunkt avtalen som slutter oppgjøret blir inngått, eller dommen avsies».<sup>69</sup> Dette tilsier at det er omstøtelsestidspunktet som skal legges til grunn.

Av rettspraksis på området er saken i HR-2017-959-A illustrerende. Saken gjaldt direkte gaveregelen i ekteskapsloven § 51, men tok også opp spørsmål om tidspunkt for verdivurdering, og Høyesterett henviste i den anledning til rettstilstanden etter den subjektive omstøtelsesregelen. I dommen fastslo Høyesterett at nåverdien, og ikke gavetidspunktet, måtte legges til grunn for verdiberegningen.<sup>70</sup>

Andenæs gir i teorien uttrykk for at verdien på omstøtelsestidspunktet er avgjørende.<sup>71</sup> Også Huser gir uttrykk for dette da han sier at verdien må godskrives boet på omstøtelsestidspunktet i de tilfellene det mottatte er i behold hos medkontrahenten.<sup>72</sup> Aagaard slutter seg til dette og uttaler at «[v]ed subjektiv omstøtelse vil ytelsens verdi derimot ha betydning for å identifisere boets tap og verdien skal da beregnes på domstidspunktet».<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Huser (1992) s. 628

<sup>69</sup> Lødrup (2009) s. 450

<sup>70</sup> HR-2017-959-A i avsnitt 52

<sup>71</sup> Andenæs (2009) s. 380

<sup>72</sup> Huser (1992) s. 629

<sup>73</sup> Aagaard (2018) s. 362

Da verken ordlyd eller forarbeider gir noen indikasjoner på valg av tidspunkt for vurderingen, må det legges avgjørende vekt på at det er de alminnelige erstatningsrettslige prinsippene som gjelder. Teorien fremstår også samlet. Det må derfor legges til grunn at tidspunktet for tapsvurderingen er domstidspunktet.

### 3.3. Utmålingen

Når dekl. § 5-12 sier at boet kan kreve erstattet det «tap» det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon, er det viktig å ha klart for seg hvordan dette tapet skal utmåles.

Som et utgangspunkt er det naturlig å se hen til hva den annen part har mottatt fra skyldneren, i likhet med de objektive reglene.<sup>74</sup> I utgangspunktet er det dette som representerer boets «tap», og også det som skal restitueres. Det finnes imidlertid en rekke forhold som påvirker tapets størrelse frem mot omstøtelsestidspunktet, noe som er tema under punkt 3.4.

Forskjellen ved tapsberegningen etter de subjektive reglene sett i forhold til de objektive, er at medkontrahenten ikke kan kreve fradrag for sine utgifter, ei heller for at det mottatte er forbrukt eller på andre måter har gått tapt.<sup>75</sup> Dette er en konsekvens av at en ondtroende part ikke fortjener det vern som følger av en berikelsesbegrensning, slik en godtroende part etter de objektive reglene gjør.

Den alminnelige regel i norsk erstatningsrett er at skadelidte skal ha erstattet sitt fulle økonomiske tap.<sup>76</sup> Skadelidte skal settes i den samme økonomiske stilling som om skaden ikke hadde inntruffet. I et omstøtelsestilfelle betyr det at boet skal settes i den samme økonomiske stilling som om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde blitt foretatt.

Fokuset ligger her på boet, i motsetning til ved de objektive reglene hvor fokuset ligger på å gjenopprette medkontrahentens økonomiske stilling. Dette tilsier at det har mindre betydning hva medkontrahenten gjør med disposisjonen, fordi det ikke er det som står i sentrum for vurderingen. Boets stilling er ikke avhengig av hva medkontrahenten gjør med disposisjonen eller hva vedkommende ville gjort dersom disposisjonen ikke hadde funnet sted. I praksis innebærer det en betydelig forenkling.<sup>77</sup> Det finnes likevel en rekke forhold som kan påvirke tapets størrelse, og disse vil bli behandlet i det følgende.

---

<sup>74</sup> Huser (1992) s. 629

<sup>75</sup> Andenæs (2009) s. 380

<sup>76</sup> Lødrup (2009) s. 447

<sup>77</sup> Se her Huser (1992) s. 628

### **3.4. Forhold som påvirker tapets størrelse**

#### **3.4.1. Innledning**

Det er konkludert med at verdivurderingen av tapets størrelse skal foretas på domstidspunktet. Det er en rekke forhold som kan påvirke tapets størrelse fra ytelsen blir overgitt fra skyldner til medkontrahent, og frem til domstidspunktet. Betydningen for verdivurderingen av de ulike forholdene vil bli gjennomgått her.

#### **3.4.2. Vederlag**

Man kan tenke seg en situasjon hvor medkontrahenten har ytt den insolvente skyldneren et vederlag for formuesgodet, enten i form av penger, gjenstander, reiser eller andre ytelser. Utgangspunktet i en slik situasjon er at den annen part har fradragsrett for den delen av vederlaget som har kommet skyldneren til gode.<sup>78</sup> På denne måten vil omstøtelseskravets omfang utgjøre differansen mellom verdien av den disposisjonen som kreves omstøtt og verdien av det vederlaget medkontrahenten har ytt skyldneren.

#### **3.4.3. Utgifter**

En tenkt situasjon kan være at medkontrahenten har pådratt seg utgifter i form av for eksempel vedlikehold eller påkostninger, som hjelper til med å opprettholde eller kanskje også øke verdien av formuesgodet mottatt ved den omstøtelige disposisjonen. Det avgjørende i slike situasjoner er hvorvidt utgiften har kommet boet til gode.<sup>79</sup> Kun på denne måten vil boet bli stilt som om den omstøtelige disposisjonen aldri hadde funnet sted.

#### **3.4.4. Besparelser**

En annen tenkt situasjon er at skyldneren har spart utgifter som følge av den omstøtelige disposisjon, ved å slippe for eksempel driftsutgifter knyttet til disposisjonen. Utgangspunktet her er at slike besparelser kun kan trekkes fra omstøtelseskravet dersom det er medkontrahenten som har stått for og betalt disse kostnadene.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Huser (1992) s. 631

<sup>79</sup> Huser (1992) s. 631

<sup>80</sup> Huser (1992) s. 633



### 3.4.5. Avkastning

En siste tenkt situasjon er de tilfellene hvor medkontrahenten blir sittende med avkastningen av for eksempel renteinntekter eller leieinntekter av det formuesgodet som senere kreves omstøtt.

Bestemmelsens ordlyd sier ikke noe direkte om hva avkastning har å si for tapets størrelse. Det er imidlertid slik at ordlyden i seg selv ikke hindrer boet i å kunne kreve erstatning for tap av avkastning, da den lyder «det tap det er blitt tilføyd». Det ser også ut til å være bred enighet i teorien om at tap av avkastning skal erstattes: Sandvik uttaler at «ved omstøtelse etter § 5-9 kan boet således i tillegg til tingen kreve erstattet ytterligere tap, f.eks. for tap av avkastning».<sup>81</sup> Huser slutter seg til en slik løsning, men uttaler følgende:

«Skal boet komme i samme stilling som det ville ha vært om disposisjonen ikke hadde skjedd, må det kompenseres for tapt avkastning. I samsvar med erstatningsprinsippet kan dette ikke være den avkastning den annen part faktisk har oppnådd, men den avkastning det må antas ville ha tilflytt debitor/boet om disposisjonen ikke hadde skjedd.»<sup>82</sup>

Tendensen i juridisk teori er at boet kan kreve erstatning for tap av avkastning og renter.

I svensk lovgivning er problematikken rundt avkastning og renter løst ved å innta egne regler om erstatningsplikt på området. Konkurslagen (1987:672) 4. kap. 15 § lyder som følger:

«Den som är skyldig att återbära egendom skall även utge den avkastning som belöper på tiden efter det att återvinning påkallades. Utgörs egendomen av ett penningbelopp eller skall ersättning utges för egendomens värde, utgår ränta enligt 5 § räntelagen (1975:635) till och med den dag då skyldighet att återbära beloppet eller utge ersättningen inträder och enligt 6 § räntelagen för tiden därefter.»

Til tross for at en slik lovfestet regel på området ikke finnes i Norge, kan den svenske regelen støtte opp om en innfortolkning av en slik erstatningsplikt også her til lands, tatt i betraktning av det nordiske samarbeidet på området.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Sandvik (1985) s. 73

<sup>82</sup> Huser (1992) s. 634

<sup>83</sup> NOU 1972:20 s. 2

Gjeldende rett synes etter dette å være at boet kan kreve erstattet det tap av avkastning som det antas at boet ville ha fått dersom den omstøtelige disposisjonen ikke hadde blitt foretatt.

### 3.5. Berikelseelement

Etter det som ble gjennomgått i punkt 3.4.5 overfor, er det slik at boet kan kreve erstattet tap av avkastning som det antas at boet ville ha fått dersom den omstøtelige disposisjonen ikke hadde blitt foretatt. En annen vurdering knytter seg til hvorvidt en ondtroende medkontrahent må gi fra seg sin berikelse dersom denne utelukkende skyldes egen arbeidsinnsats. Det må på denne bakgrunn vurderes om dekl. § 5-12 inneholder et berikelseelement, slik at en ondtroende medkontrahent plikter å gi fra seg hele sin berikelse ved den omstøtelige disposisjonen i de tilfellene hvor berikelsen er større enn boets tap.

Ordlyden tilsier at medkontrahenten må erstatte boets «tap» som følger av disposisjonen. Dette i seg selv tilsier ikke at tapet skal omfatte den berikelsen medkontrahenten har fått med på kjøpet. Uttrykket «tap» må forstås som en henvisning til økonomisk tap, og tilsier ikke isolert sett at det skal innfortolkes noe berikelseelement i utmålingen av det økonomiske tapet.

Det er heller ikke naturlig å si at berikelse som utelukkende skyldes medkontrahentens egen innsats er «tap» boet har lidt med bakgrunn i den omstøtelige disposisjonen. Det vil være spekulativt å si at skyldneren hadde oppnådd en tilsvarende berikelse ved sin arbeidsinnsats. Det er etter dette på det rene at berikelse som alene skyldes skyldnerens innsats, går utenfor ordlyden av «tap» i dekl. § 5-12 første ledd første punktum.

I forarbeidene blir det kun uttalt at boet har et erstatningskrav ved omstøtelse på subjektivt grunnlag.<sup>84</sup> Den alminnelige culperegelen i norsk erstatningsrett tilsier kun at den som har opptrådt uaktsom eller uforsvarlig, blir erstatningspliktig overfor skadelidte for den skade som er påført ham.<sup>85</sup> Her er det imidlertid spørsmål om *medkontrahenten* må gi fra seg sin berikelse som følger av den omstøtelige disposisjonen. Det er det ikke holdepunkter i den alminnelige erstatningsretten for å si. Når forarbeidene uttrykker at boet har et erstatningskrav, tilsier ikke det at det skal innfortolkes noe berikelseelement i dekl. § 5-12.

---

<sup>84</sup> NOU 1972:20 s. 300

<sup>85</sup> Lødrup (2009) s. 448

Gjennomgangen av lovttekst og forarbeider viser at de to primært viktigste rettskildene ikke gir grunnlag for å tolke inn et berikelselement i dekl. § 5-12. Videre ses det på om det finnes andre rettskilder som rokker ved den konklusjonen som utledes av lovttekst og forarbeider.

Når det kommer til rettspraksis, er den grunnleggende dommen hva gjelder subjektiv omstøtelse inntatt i Rt. 1933 s. 1265. Selv om denne dommen ble avsagt før dekningslovens subjektive omstøtelsesregler trådte i kraft, er den likevel relevant nå fordi de ulovfestede prinsipper, kalt *actio Pauliana*, er videreført som den lovfestede subjektive omstøtelsesregelen i dag.<sup>86</sup> Saken gjaldt en skyldner, som kort tid før konkursen foretok to transaksjoner under sterkt press fra en bank. Begge transaksjonene ble omstøtt med det grunnlag at banken måtte kjenne til at skyldneren var insolvent ved gjennomføringen av transaksjonene.

Omstøtelseskravets størrelse ble imidlertid ikke problematisert. En naturlig forståelse av saken er dermed at kravets størrelse tilsvarte boets faktiske økonomiske tap.

En annen sak som gjelder subjektiv omstøtelse, er dommen inntatt i Rt. 1995 s. 259. I saken ble det dissens, 3-2, og omstøtelse ble ikke aktuelt. Mindretallet argumenterte imidlertid for omstøtelse på subjektivt grunnlag. Medkontrahenten bestred ikke at kravet skulle settes likt som boets tap. Heller ikke i denne saken ble omstøtelseskravets størrelse ytterligere problematisert.

En tredje sak om subjektiv omstøtelse er dommen inntatt i Rt. 2001 s. 1136. Også i denne saken tilsvarte omstøtelseskravet boets økonomiske tap som følge av den omstøtelige disposisjonen.

Det kan ikke ses at det i noen av dommene forelå noen berikelse utover boets tap.

Problemstillingen har derfor ikke blitt satt på spissen, og dommene må på denne bakgrunn sies å ha begrenset rettskildevækt når det kommer til vurderingen av om et berikelselement er aktuelt å innfortolke i dekl. § 5-12.

I juridisk teori gir Sandvik uttrykk for at en ondtroende medkontrahent må tilbakebetale også den berikelse som går utover boets tap, slik at vedkommende ikke kan bli sittende igjen med en gevinst på den omstøtelige disposisjonen. Han formulerer seg på følgende måte:

---

<sup>86</sup> Huser (1992) s. 462-463

«Til tross for den utformingen reglene har fått, bør vel boet også ved omstøtelse etter § 5-9 kunne kreve mottakerens berikelse selv om denne er større enn debitors og boets tap.»<sup>87</sup>

Det synes her som at Sandvik ser den urimeligheten dagens regelsystem medfører i de tilfellene hvor berikelsen overgår boets tap. Det som imidlertid svekker argumentasjonen til Sandvik, er at han ikke underbygger sitt standpunkt ved hjelp av andre rettskilder. Det synes vanskelig å se at hans standpunkt kan tolkes ut fra ordlyd og forarbeider, som klart gir uttrykk for en alminnelig erstatningsrettslig regel hvor medkontrahentens berikelse faller utenfor vurderingen. På denne bakgrunn kan det ikke legges for mye vekt på Sandviks argumentasjon, da det fremstår mer som hans personlige mening, jf. formuleringen «bør vel boet».

Reelle hensyn trekker i retning av at en ondtroende medkontrahent bør måtte avstå den berikelsen som overstiger boets tap etter dekl. § 5-12. I utgangspunktet er hensynet bak å skille mellom subjektive og objektive regler å ramme en medkontrahent i ond tro hardere enn en i god tro.<sup>88</sup> Dette slår imidlertid feil ut i de tilfellene hvor berikelsen overgår boets tap, da en ondtroende medkontrahent kan ende opp med å betale tilbake til boet mindre enn en godtroende medkontrahent ville ha gjort i et tilsvarende tilfelle. Dersom det tolkes inn et berikelseselement i § 5-12, vil en ondtroende medkontrahent plikte å betale tilbake til boet også den berikelsen vedkommende sitter igjen med. På den måten vil ikke en medkontrahent i ond tro bli rammet mildere enn en i god tro, og hensynet bak å skille mellom subjektive og objektive omstøtelsesregler blir opprettholdt. Basert på dette taler reelle hensyn for å kunne tolke inn et berikelseselement i dekl. § 5-12.

Denne gjennomgangen viser at verken lovtekst, forarbeider eller rettspraksis støtter opp om å innfortolke et berikelseselement i dekl. § 5-12. Selv om reelle hensyn kan tale for en slik løsning, må det vektlegges at alle de primært viktigste rettskildene tilsier en annen løsning. Gjeldende rett må derfor forstås som at det etter dekl. § 5-12 første ledd første punktum ikke skal tolkes inn et berikelseselement. En ondtroende medkontrahent plikter dermed ikke å fralegge seg sin berikelse, selv i de situasjonene hvor berikelsen overgår boets tap.

---

<sup>87</sup> Sandvik (1985) s. 72

<sup>88</sup> NOU 1972:20 s. 299-300

## **4. VINNINGSAVSTÅELSE**

### **4.1 Presisering av problemstilling**

Frem til nå er det gjort rede for at en ondtroende medkontrahent kun plikter å erstatte boets tap som følge av den omstøtelige disposisjonen. En medkontrahent i ond tro kan dermed bli sittende igjen med en berikelse i de tilfellene hvor berikelsen overgår boets tap, noe en medkontrahent i god tro ikke kan. Vurderingen i denne delen av avhandlingen blir om man kan supplere de subjektive omstøtelsesreglene med et vinningsavståelseskrav. Et slikt krav vil i praksis innebære at en medkontrahent må gi fra seg sin oppnådde vinning i den utstrekning denne overstiger boets tap. Som tidligere nevnt er læren om vinningsavståelse lite utbredt i norsk rett, og det er usikkert om det i det hele tatt er grunnlag for en slik ulovfestet lære. I denne delen av avhandlingen skal det ses på hvor langt dagens vinningsavståelselære i norsk rett rekker, og om det er grunnlag for å anvende læren på et subjektivt omstøtelsestilfelle.

### **4.2. Forholdet til den subjektive omstøtelsesregelen**

Som nevnt tidligere, er erstatningskrav betinget av at den skadelidte er påført et økonomisk tap.<sup>89</sup> Dette gjenspeiles også ved at uttrykket «tap» er brukt i dekl. § 5-12. Ved subjektiv omstøtelse er det altså boets økonomiske tap som pliktes erstattet. Dette kan medføre at en ondtroende medkontrahent kan bli sittende igjen med en uberettiget vinning i de tilfellene hvor berikelsen overgår boets tap. Medkontrahenten kan altså tjene på den omstøtelige disposisjonen, til tross for sin skyld.

I erstatningsrettens randsone finnes kravstypen vinningsavståelse. Vinningsavståelseskrav er krav på avståelse av vinning som skyldneren uberettiget har oppnådd.<sup>90</sup> Dette gjelder altså uavhengig av boets tap, og er slik sett ikke en del av den alminnelige erstatningsretten.

I Rt. 2007 s. 817 ble det uttalt at berikelseskrav<sup>91</sup> «kjennetegnes ved at oppmerksomheten flyttes fra skadelidtes tap – som i erstatningsretten – til skadevolders gevinst ved den urettmessige handlingen».<sup>92</sup> Et erstatningskrav avhenger altså av at det er lidt et tap, uten at skadevolder nødvendigvis oppnår noen fortjeneste. Et vinningsavståelseskrav avhenger

---

<sup>89</sup> Se punkt 3.1

<sup>90</sup> Monsen (2010) s. 1

<sup>91</sup> Monsen bruker «berikelseskrav» som et fellesbegrep for vinningsavståelseskrav og vederlagskrav, se Monsen (2007) s. 46

<sup>92</sup> Rt. 2007 s. 817 i avsnitt 51

derimot av at krenkeren oppnår en økonomisk fordel, uten at det kreves at den krenkede har lidt et tap.<sup>93</sup>

### **4.3. Regeldanningsprosess**

Spørsmålet om omstøtelsesreglene kan suppleres med et vinningsavståelseskrav kan ikke besvares ved å se på en enkelt rettskilde. For å besvare spørsmålet, må det ses på flere rettskilder i sammenheng. På veien mot å løse problemstillingen, foretar jeg først en drøftelse av legislative betraktninger på området i punkt 4.4. I punkt 4.5 vil jeg se om det finnes et felles argumentasjonsmønster utledet fra både lovfestet og ulovfestet rett, som kan bidra til en regeldanning. Til slutt vil jeg i punkt 4.6 drøfte hvorvidt et vinningsavståelseskrav kan være aktuelt å bruke som et supplement til dagens subjektive omstøtelsesregler, basert på de funn som ble gjort i punkt 4.5.<sup>94</sup>

## **4.4. Legislative betraktninger**

### **4.4.1. Innledende om legislative betraktninger**

Formålet her er å foreta en drøftelse av viktige legislative betraktninger som gjør seg gjeldende knyttet til hvorvidt omstøtelsesreglene kan suppleres med et vinningsavståelseskrav.

Det klare og tydelige grunnleggende hensynet i konkursretten er likhetsprinsippet, som tilsier at ingen medkontrahent skal begunstiges på andre medkontrahenters bekostning.<sup>95</sup>

Omstøtelsesreglene spiller en sentral rolle for å opprettholde dette prinsippet. Ellers skal omstøtelsesreglene også virke reparativt og preventivt når en omstøtelig disposisjon først er gjort gjeldende. Huser uttrykker følgende:

«Omstøtelsesreglene har sin bakgrunn i det faktiske forhold at debitor og andre som et resultat av fristelser og press i den økonomiske krisesituasjon som utvikler seg forut for åpningen av gjeldsforhandling eller konkurs hos debitor, vil kunne foreta eller delta i disposisjoner med virkninger som lovgivningen vanskelig kan tolerere.»<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Taule (2017) s. 12

<sup>94</sup> Denne fremgangsmåten er inspirert av Taule (2017). Se særlig s. 22-23.

<sup>95</sup> Se bl.a. Andenæs (2009) s. 286

<sup>96</sup> Huser (1992) s. 49

Det eksisterende sanksjonssystemet, som er utformet som en erstatningsrettslig skyldregel, virker både reparativt og preventivt. Det virker reparativt ved at boet får tilbakeført hele sitt tap til likefordeling mellom medkontrahentene, og det virker preventivt ved at den tilgodesette medkontrahent må tilbakebetale til boet hele dets tap uavhengig av om vedkommende har dette i behold eller ikke.

Monsen har skrevet en doktoravhandling om temaet vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting eller rettighet. Han presiserer i sin avhandling at det ikke er dens siktemål å ta stilling til om et berikelseskrav kan gjøres gjeldende i andre typetilfeller.<sup>97</sup> Den skisserer likevel noen argumentasjonslinjer for om vinningsavståelseskrav kan være aktuelt i andre typetilfeller. Han formulerer seg slik:

«Et skjematisk argumentasjonsmønster inneholder således et første hinder som består av reparasjonshensynet. Hvis berikelseskrav i det aktuelle typetilfellet tjener reparative hensyn, må det vurderes om det ut fra et preventivt perspektiv er behov for å supplere det eksisterende sanksjonssystemet – ... den erstatningsrettslige skyldregelen – med regler om berikelseskrav.»<sup>98</sup>

Ved spørsmålet om et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes for å gjøre omstøtelse mer effektivt, vil det være sentralt om en slik sanksjon kan begrunnes ut fra preventive og reparative hensyn, slik at de vil bli et naturlig supplement til omstøtelsesreglene.

#### **4.4.2. Reparativ effekt**

En tradisjonell forståelse av reparasjonshensynet tilsier at skadevolder skal gjenopprette situasjonen slik den var før skaden inntrådte. Dette gjøres ved å betale erstatning til den skadelidte.<sup>99</sup> Som tidligere nevnt skjer imidlertid vinningsavståelse helt uavhengig av boets tap, og det kan derfor vanskelig sees at et vinningsavståelseskrav fremstår som reparativt etter den tradisjonelle forståelsen av reparasjonsbegrepet.

Flere teoretikere tar imidlertid til ordet for at det er grunn til å forstå reparasjonshensynet videre enn at det kun innebærer at økonomisk tap skal erstattes.<sup>100</sup> Dette utvidede synet kalles gjerne tanken om korreksjonsrettferdighet. Eckhoff begrunner korreksjonsrettferdighet ved å

---

<sup>97</sup> Monsen (2007) s. 533

<sup>98</sup> Monsen (2007) s. 536

<sup>99</sup> Nygaard (2007) s. 19

<sup>100</sup> Se bl.a. Taule (2017) s. 13

si at «fordi den ene part har krenket eller skadet en annen, anses han forpliktet til å foreta noe positivt som kan gjenopprette likevekten».<sup>101</sup> Monsen gir uttrykk for at prinsippet om korreksjonsrettferdighet er virksomt uavhengig av skade og tap, og derfor har et videre rettsområde.<sup>102</sup> Også Taule argumenterer for å forstå reparasjonshensynet videre enn at det kun innebærer at økonomisk tap skal erstattes. Han uttaler:

«Reparasjonshensynet kan nemlig anses som utslag av en rettferdighetstanke ofte omtalt som tanken om korreksjonsrettferdighet. I sin rene form går denne tanken ut på at «'det gale skal gjøres godt igjen'». Dette innebærer at en negativ effekt skal forsøkes fjernet ved at den som påfører den negative effekten skal foreta seg noe positivt. Korreksjonsrettferdighet kan derfor ses som å gi uttrykk for en slik likevektstankegang, idet det gale har blitt gjort godt igjen har likevekten oppstått. Reelt sett skal dermed reparasjonshensynet, forstått i en videre forstand, sørge for at en ubalanse blir korrigert. Reparasjon kan altså også være aktuelt selv om den negative effekten ikke gir seg utslag i et økonomisk tap.»<sup>103</sup>

Dette er overførbart til et omstøtelsestilfelle. Et av de helt grunnleggende hensynene bak omstøtelsesreglene er som nevnt ønsket om likebehandling, nemlig at ingen medkontrahent skal få dekket sine krav på bekostning av andre.<sup>104</sup> Dette blir oppfylt så lenge skyldneren ikke foretar ulovlige disposisjoner. Så fort skyldneren foretar en disposisjon som er ulovlig, kan det oppstå en ubalanse mellom medkontrahentene, som bryter med likhetsprinsippet. Her kan reparasjonshensynet ivaretas ved at det kreves en gjenopprettende sanksjon. Likheten kan gjenopprettes ved at den tilgodesette medkontrahenten må avstå hele sin vinning, og overføre denne til boet. Slik sett kan et vinningsavståelseskrav ivareta reparasjonshensynet. Dette kan forklare hvorfor et slikt krav kan gjøres gjeldende som et supplement til den subjektive omstøtelsesregelen, forstått som en erstatningsregel, i dekl. § 5-12.

#### **4.4.3. Preventiv effekt**

Dagens system virker preventivt i den grad at medkontrahenten plikter å erstatte boet dets tap, jf. ordlyden i dekl. § 5-12. Det vil virke avskrekkende overfor medkontrahenten å få dekket sine krav på bekostning av de andre medkontrahentene, da vedkommende vet at boet kan

---

<sup>101</sup> Eckhoff (1971) s. 38

<sup>102</sup> Monsen (2007) s. 120

<sup>103</sup> Taule (2017) s. 13-14

<sup>104</sup> Se bl.a. Andenæs (2009) s. 286



kreve tilbake disposisjonen såfremt omstøtelsesvilkårene er oppfylt. Ved subjektiv omstøtelse er medkontrahtenten klar over de forhold som gjør at disposisjonen kan omstøtes, og det kan derfor tenkes at sanksjonenes preventive effekt vil være avgjørende for om medkontrahtenten takker ja til disposisjonen eller ikke. Vurderingen her blir derfor om det er behov for å supplere det allerede eksisterende sanksjonssystemet, altså om vinningsavståelseskrav kan ha en større preventiv effekt enn den allerede eksisterende erstatningsplikten.

Det er klart at dagens sanksjonsregel virker preventivt, da medkontrahtenten vet at han må erstatte boet dets tap dersom disposisjonen er omstøtelig. Dette kan hindre medkontrahtenten i å bli for pågående mot skyldneren. Men dersom medkontrahtenten ser at han har gode investeringsmuligheter, og vet at disposisjonen vil øke i verdi i hans hender, vil ikke dagens sanksjonsregel virke særlig preventivt. Medkontrahtenten vil i så fall vite at han må erstatte boet dets tap, men at han likevel kan bli sittende igjen med vinningen som overgår dette. Dersom medkontrahtenten også måtte fralegge seg den vinningen som overgår boets tap, vil systemet etter mitt syn få en mer helhetlig preventiv effekt. Da vil ikke medkontrahtenten ha noen mulighet til faktisk å sitte igjen med en vinning på bekostning av de andre medkontrahtentene. Et slikt system vil sikre at medkontrahtenten i alle tilfeller ikke vil være for pågående overfor skyldneren for å få dekket sine krav.

Ved subjektiv omstøtelse er situasjonen gjerne den at medkontrahtenten er pågående mot skyldneren for å sikre seg dekning for sine krav mens skyldneren enda har midler til dette. Medkontrahtenten ser antakelig på det som den eneste muligheten til å få dekket sine krav hos skyldneren, og slik sett oppnå en vinning på bekostning av de andre medkontrahtentene. Taule har skrevet en avhandling som omhandler vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler.<sup>105</sup> Taule uttaler om denne situasjonen at

«[s]ituasjonen ved brudd på konkurranseklausuler er som regel den at forpliktete ser en mulighet til å oppnå egen vinning ved å bryte klausulen. Slike klausuler brytes derfor som oftest forsettlig. Dersom det økonomiske incentivet ved slike brudd fjernes gjennom et vinningsavståelseskrav, må det antas å være mindre attraktivt å bryte konkurranseklausuler. Det fremstår derfor som nokså åpenbart at et vinningsavståelseskrav har stor preventiv effekt akkurat ved disse kontraktsbruddene.»<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Taule (2017)

<sup>106</sup> Taule (2017) s. 12

Noe av det samme kan sies å gjøre seg gjeldende ved en omstøtelig disposisjon. Det vil fremstå som mindre aktuelt for medkontrahenten å takke ja til en disposisjon fra skyldneren som vedkommende vet at er omstøtelig, dersom vedkommende også vet at den økonomiske vinningen må fralegges. Vinningsavståelseskrav kan derfor ha stor preventiv effekt i et omstøtelsestilfelle.

## **4.5. Felles argumentasjonsmønster**

### **4.5.1. Innledende**

I punkt 4.4 ble preventiv og reparativ effekt drøftet som legislative betraktninger som gjør seg gjeldende ved spørsmålet om en vinningsavståelsesregel kan dannes i et omstøtelsestilfelle. Formålet med punkt 4.5 er å drøfte om det finnes et felles argumentasjonsmønster for vinningsavståelse i lovfestet og ulovfestet rett.

Det er på det rene at det ikke finnes et vinningsavståelseskrav i dekningslovens regler. Det finnes heller ikke, så vidt meg bekjent, rettspraksis som omhandler dette. Et krav om vinningsavståelse ble imidlertid gjort gjeldende i Rt. 1950 s. 465. Dommen gjaldt en kårtaget A som reiste sak mot kårtyter B på grunn av misligholdelse. På grunn av ulike omstendigheter gikk kårtyteren B konkurs. Før konkurstidspunktet hadde B overdratt en eiendom til sin sønn, C. A's dødsbo og B's konkursbo reiste derfor sak mot C om betaling av innløsningssummen og et beløp som stod til rest på kjøpesummen for eiendommen og var sikret ved pant. C ble frifunnet. Subsidiært ble det fremsatt et berikelseskrav. Om dette uttalte herredsretten:

«Da saksøkte etter 19. januar 1929 ikke har ytet noe kår, mens faren er dømt til å betale kårets fremtidige kapitalverdi, summen av alle de ytelser saksøkte var forpliktet til å utrede, er saksøkte blitt beriket på bekostning av sin far, og konkursboet må derfor kunne forlange beløpet betalt også på dette grunnlag.»<sup>107</sup>

Høyesterett hadde en annen oppfatning av spørsmålet. Førstvoterende som representant for flertallet uttalte om dette at:

«... konkursboet har gjort gjeldende som et subsidiært grunnlag for sitt krav at Ola Aasen er blitt beriket på Andreas Aasens bekostning ved at han (Ola) har sloppet å

---

<sup>107</sup> Rt. 1950 s. 465 på s. 476

utrede kårytelsene etter at Saarheim flyttet fra gården.... Jeg kan ikke finne at det er hjemmel for et slikt berikelseskrav.»<sup>108</sup>

En vinningsavståelselære var ikke aktuell i den bestemte saken. Det er imidlertid grunn til å undersøke om det bør ses annerledes på nå. Som drøftet i punkt 4.4 er det slik at et vinningsavståelseskrav kan virke både mer preventivt og mer reparativt enn den erstatningspliktige regelen som gjelder.

Som påpekt overfor finnes det verken lovfestede eller ulovfestede regler som hjemler vinningsavståelseskrav i en omstøtelsessituasjon. På denne bakgrunn vil det her fokuseres på andre rettsområder hvor vinningsavståelse er tilkjent både etter lovfestede og ulovfestede krav. Det er klart at selv om det finnes hjemmel for vinningsavståelseskrav på andre rettsområder, så fungerer ikke disse som hjemmelsgrunnlag for vinningsavståelseskrav ved subjektiv omstøtelse. Spørsmålet er om et eventuelt hjemmelsgrunnlag for vinningsavståelseskrav ved subjektiv omstøtelse kan bygges på en analogisk tolkning av hjemmelsgrunnlaget for vinningsavståelseskrav på andre rettsområder ved hjelp av et felles argumentasjonsmønster.<sup>109</sup>

## **4.5.2 Tilgrensende ulovfestet rett**

### **4.5.2.1. Innledende**

Simonsen argumenterer for at det ikke kan tilkjennes noe vinningsavståelseskrav når det ikke finnes støtte verken i lovgivning eller andre positive rettskilder. Han uttrykker seg på følgende måte:

«Det kan være den annen parts egen innsats som gjør at utnyttelsen bærer frukter, eller det kan være tilfeldigheter i markedet. Årsakssammenhengen blir i disse tilfellene uttynnet, og plikt til å avlegge berikelsen er rettspolitisk svakere begrunnet enn ved «direkte»-nytt. Uten særlig støttepunkt i lovgivning eller andre positive rettskilder, kan jeg vanskelig se at berikelse av denne art kan kreves utbetalt. At det foreligger skyld, hvilket normalt vil være tilfellet, kan heller ikke i denne sammenheng være avgjørende.»<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Rt. 1950 s. 465 på s. 469

<sup>109</sup> Monsen (2007) s. 151

<sup>110</sup> Simonsen (1997) s. 397-398

Det finnes imidlertid en rekke dommer fra Høyesterett hvor et ulovfestet vinningsavståelseskrav er blitt tilkjent. Her vil det derfor ses på rekkevidden av dagens ulovfestede vinningsavståelseskrav, og hva Høyesterett vektlegger i sin argumentasjon. Jeg vil se om det er noen fellestrekk som går igjen i argumentasjonen til Høyesterett om vinningsavståelseskrav.

#### **4.5.2.2. Rt. 1966 s. 305**

Saken gjaldt en avtalt kundeklausul mellom en skipsmegler og et skipsmeglerfirma. I anledning skipsmeglerens utreden av skipsmeglerfirmaet, ble det inngått en kontrakt som sa at skipsmegleren det påfølgende året ikke hadde rett til å gjøre forretninger med skipsmeglerfirmaets «faste forbindelser». Megleren respekterte ikke denne klausulen, og oppnådde dermed en økonomisk fordel på dette grunnlaget. Høyesterett tok ikke stilling til om selskapet på grunn av klausulbruddet led et tap, noe som er et vilkår for erstatning, men kom uansett til at skipsmegleren måtte avstå de økonomiske fordelene han hadde oppnådd med grunnlag i klausulbruddet. I dommen ble det uttalt at skipsmegleren

«ikke hadde rett til å utføre meglerforretninger for [kunden] i året 1956, og at han under de foreliggende omstendigheter må ha plikt til å avstå til [skipsmeglerselskapet] den kommisjon han har oppnådd».<sup>111</sup>

Denne uttalelsen må forstås dit hen at formålet med avgjørelsen var å gjenopprette den likebehandlingen som avtalen var ment å regulere. Taule skrev i sin avhandling at «uttalelsen kan tolkes som at førstvoterende var av den oppfatning at balansen i kontraktsforholdet best ble gjenopprettet dersom vinningen ble avstått».<sup>112</sup> Vinningsavståelseskravet i denne saken kan dermed begrunnes ut fra reparative hensyn, og ønsket om å gjenopprette likevekten mellom partene, slik at ikke en part kan oppnå økonomiske fordeler gjennom en urettmessig utnyttelse av en klausul.

#### **4.5.2.3. Rt. 1967 s. 1335**

Saken gjaldt en rekke sildoljefabrikker som hadde inngått avtale om blant annet kvotefordeling. Tre fabrikker mottok betydelig mer enn sin kvote, og det ble reist søksmål. De

---

<sup>111</sup> Rt. 1966 s. 305 på s. 311

<sup>112</sup> Taule (2017) s. 53

tre fabrikkene hadde ikke opptrådt lojalt, og de ble pålagt å betale tilbake det de hadde tjent på å motta mer enn sin avtalte kvote. I dommen ble det uttalt at

«[s]elv om man legger til grunn at utjevning ikke kan anses avtalt, vil det måtte føres et sterkt bevis for lojalitet og korrekt opptreden for at det skal finnes forsvarlig og riktig at en avtalepart får beholde vesentlig mer enn sin kvote på bekostning av andre som ikke har fått fylt sin kvote». <sup>113</sup>

Monsen argumenterer for at Høyesterett ordla seg på en slik måte at de så hen til erstatningsretten og dens tapsrekvisitt, jf. formuleringen «på bekostning av andre som ikke har fått fylt sin kvote». <sup>114</sup>

Videre i dommen ble det imidlertid uttalt følgende:

«Som lagmannsretten mener jeg at det fra Kristviks side ikke er gjort hva det burde gjøres for å få fartøyene til å gå annetsteds, og at det under enhver omstendighet ville være illojalt av Kristvik å tilegne seg lastene i tillegg til sin kvote uten å fralegge seg fortjenesten.» <sup>115</sup>

Om dette uttaler Monsen følgende:

«Dette kan forstås dit hen at retten legger avgjørende vekt på tilegnelsen av fortjeneste ved rettsbrudd, og ikke på hvorvidt rettsbruddet påførte de krenkede et økonomisk tap. Det foreligger med andre ord et visst grunnlag for å hevde at Høyesterett gjorde bruk av det tilegnesssynspunktet som den etter eget utsagn fant unødvendig å anvende, og at retten således tar til orde for vinningsavståelsesplikt ...» <sup>116</sup>

Taule tar til orde for at den sanksjonen Høyesterett velger, trolig kan «leses som et erstatningskrav, og som et vinningsavståelseskrav». <sup>117</sup>

Legger man til grunn at man kan se på dette som et vinningsavståelseskrav, er det interessant å se på grunngevingen til Høyesterett. Det er særlig plikten til lojalitet som er fremtredende i denne saken. Det ble uttalt at

---

<sup>113</sup> Rt. 1967 s. 1335 på s. 1344

<sup>114</sup> Monsen (2007) s. 371

<sup>115</sup> Rt. 1967 s. 1335 på s. 1345

<sup>116</sup> Monsen (2007) s. 371

<sup>117</sup> Taule (2017) s. 77

«det ville derfor stride mot plikten til lojalitet om en fabrikk, klar over at den hadde fått mer enn sin kvote, skulle kunne ta imot sild fra en fiskerfarkost istedenfor i samarbeid med Felleskontoret å vise den til en annen fabrikk i distriktet, og så etterpå beholde fortjenesten for seg selv».<sup>118</sup>

Taule uttaler om dette at «det legges ... i denne avgjørelsen stor vekt på at et forsettlig brudd på en unnlatesplikt med formål om å oppnå egen vinning fremstår som særlig illojalt».<sup>119</sup> Vinningsavståelseskrav kan være et effektivt virkemiddel mot illojale handlinger, da den forpliktete fratras vinningen.<sup>120</sup>

#### **4.5.2.4. Rt. 1981 s. 1215**

Saken gjaldt ulovlig tamreindrift, og grunneierne krevde erstatning for at eiendommene deres var brukt til beite. Grunneierne forsøkte ikke å bevise tapets størrelse, men Høyesterett tilkjente en erstatning som svarte til et rimelig vederlag for at eiendommen var brukt til ulovlig beite.

Høyesterett uttalte i dommen at «et slikt vederlag er ingen erstatning for tap, og vil ikke være betinget av at det er voldt skade. Et vederlag vil etter omstendighetene kunne være både høyere og lavere enn det konkrete tap.»<sup>121</sup>

Det ble også uttalt følgende i dommen:

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

---

<sup>118</sup> Rt. 1967 s. 1335 på s. 1344

<sup>119</sup> Taule (2017) s. 77

<sup>120</sup> Taule (2017) s. 81

<sup>121</sup> Rt. 1981 s. 1215 på s. 1226-1227

og da også uavhengig av størrelsen av det tap som måtte være blitt påført. Også et slikt krav må anses som et erstatningskrav.»<sup>122</sup>

Stavang omtaler dommen som et unntak hvor Høyesterett har lempet på vilkåret om økonomisk tap.<sup>123</sup> Han uttrykker at «en tendens er altså at økonomisk tap ikke er et vilkår for erstatningskrav når rettigheter forsettlig og rettsstridig utnyttes av andre».<sup>124</sup> I dommen fokuseres det på vinningen den andre part har hatt, til tross for at kravet blir omtalt som et erstatningskrav.

#### **4.5.2.5. Rt. 2008 s. 738**

Saken gjaldt en flyseteavgift som var i strid med EØS-avtalen. I tilbakebetalingskravet krevde flyselskapet tilbakebetalt det beløp som kundene hadde betalt. Høyesterett kom i saken til at flyselskapet ikke kunne kreve dette beløpet tilbakebetalt.

I utgangspunktet er dette en dom som omhandler de ulovfestede regler om *condictio indebiti*. Dommen har likevel verdi for besvarelsen av min problemstilling. Dette fordi saken har flere likhetstrekk med en situasjon hvor det eventuelt vil være mulig med et vinningsavståelseskrav som sanksjon for medkontrahenten etter subjektiv omstøtelse. Det er også i dommen uttalt at «man befinner seg i ytterkanten av hva man vil anse som en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon».<sup>125</sup> Selv om denne saken omhandler spørsmålet om å fordele en gevinst, ble det likevel lagt til grunn at «spørsmålet ... må avgjøres ut fra hva som samlet fremstår som rimelig, basert på momenter som tradisjonelt har vært trukket inn i *condictio indebiti*-vurderinger».<sup>126</sup> Da det i Rt. 2007 s. 817 ble uttalt at «[berikelseskrav] kjennetegnes ved at oppmerksomheten flyttes fra skadelidtes tap – som i erstatningsretten – til skadevolders gevinst ved den urettmessige handlingen»,<sup>127</sup> er det aktuelt å se om Høyesteretts argumentasjon i 2008-avgjørelsen kan gi et bidrag til et felles argumentasjonsmønster hva angår vinningsavståelseskrav.

I dommen fra 2008 ble det uttrykt følgende:

---

<sup>122</sup> Rt. 1981 s. 1215 på s. 1227

<sup>123</sup> Stavang (2004) s. 251

<sup>124</sup> Stavang (2004) s. 251-252

<sup>125</sup> Rt. 2008 s. 738 i avsnitt 40

<sup>126</sup> Rt. 2008 s. 738 i avsnitt 42

<sup>127</sup> Rt. 2007 s. 817 i avsnitt 51

«I den samlede rimelighetsvurdering legger jeg også vekt på at det fremstår som mindre heldig at den næringsdrivende blir sittende igjen med en – etter omstendighetene – betydelig ugrunnet berikelse, enn at staten gjør det i en situasjon hvor berikelsen skyldes at tredjepersoner - som ofte er de egentlig tilsiktede betalere av avgiften – ikke forfølger sine restitusjonskrav.»<sup>128</sup>

Det er naturlig å tolke dommen dit hen at man i hvert enkelt tilfelle konkret må vurdere hvem det er rimelig at skal sitte igjen med en ugrunnet berikelse. Hensynet til rimelighet er fremtredende i denne saken, og fokuset ligger på avståelse av en vinning.

#### **4.5.2.6. Fellestrekk fra rettspraksis**

Det er noen fellestrekk som går igjen i Høyesteretts argumentasjon. Taule argumenterer for at det på et overordnet plan særlig er tre fellestrekk som går igjen: Reparasjonshensynet, prevensjonshensynet og dommenes fokus mot vinning.<sup>129</sup> Det ser man også at går igjen i de dommene som er gjennomgått over.

I avgjørelsen fra 1966 ser man at Høyesterett var opptatt av å gjenopprette likevekten i saken, og urettferdigheten kontraktsbruddet i den konkrete saken medførte ble særlig fremhevet. Når Høyesterett på denne måten ønsket å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet, kan dette være et uttrykk for et videre reparasjonshensyn.<sup>130</sup>

Prevensjonshensynet er særlig fremtredende i sakene fra 1966 og 1967. Taule uttrykker følgende om avgjørelsens orientering mot prevensjonshensynet:

«[I begge avgjørelsene] er det tydelig at Høyesterett mener at de forpliktete burde handlet annerledes, og at resultatet av deres handlinger dermed ble at vinningen måtte avstås. Dermed fjerner Høyesterett incentivet for å bryte konkurranseklausuler. Særlig tydelig er dette i 66-avgjørelsen hvor Høyesterett fremhever at forpliktete var «fullt oppmerksom» på at han ikke kunne gjøre forretninger med berettigedes faste kunder. Denne fremhevingen av skyldmomentet gjør at handlingene fremstår som illojale. Høyesterett synes å legge stor vekt på lojalitetsplikten,.... For å forhindre slike illojale handlinger fremstår det som et effektivt virkemiddel å frata forpliktete vinningen.»<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Rt. 2008 s. 738 i avsnitt 57

<sup>129</sup> Taule (2017) s. 81

<sup>130</sup> Taule (2017) s. 81

<sup>131</sup> Taule (2017) s. 81



Dermed er også prevensjonshensynet et av fellestrekkene som går igjen i Høyesteretts argumentasjonsmønster når det kommer til vinningsavståelse.

Noe som går igjen i alle de overfor nevnte dommene, er fokuset rettet mot vinningen som er oppnådd. For at et vinningsavståelseskrav skal kunne gjøres gjeldende, er det et krav at det er oppnådd en vinning.<sup>132</sup> Når dommene drøfter problemstillinger knyttet til avståelse av vinning, kan dette fremstå som nokså åpenbart. Taule poengterer imidlertid at bakgrunnen for å fremheve orienteringen mot vinning i så stor grad, er fordi en slik orientering er et resultat av reparasjonshensynet og prevensjonshensynet.<sup>133</sup> Han uttaler:

«*For det første* er den interessen lovgivningen skal beskytte egnet til å generere økonomiske fordeler. Dersom denne interessen utnyttes rettsstridig for å oppnå en økonomisk fordel vil likevekten i forholdet mellom krenkede (berettigede) og krenkeren (forpliktete) gjenopprettes dersom den økonomiske fordelen tilfaller den som etter lovens forutsetning skulle ha retten til å oppnå den. Altså vil et vinningsavståelseskrav i mange av disse tilfellene være egnet til å ivareta tanken om korreksjonsrettferdighet. *For det annet* er som regel krenkelser av de beskyttede interessene motivert ut fra et ønske om å oppnå nettopp en økonomisk fordel. Dersom krenkeren står i fare for å måtte gi fra seg de økonomiske fordelene oppnådd ved krenkelsen blir det mindre attraktivt å krenke de beskyttede interessene. Altså vil et vinningsavståelseskrav i mange av disse tilfellene være godt egnet til å virke preventivt mot krenkelser.»<sup>134</sup>

Interessant er det også at Høyesterett i avgjørelsen fra 2008 la vekt på rimelighet og at det i avgjørelsen fra 1967 ble lagt vekt på lojalitet. Dette kan tas til inntekt for at også rimelighet og lojalitet kan være momenter av betydning i vurderingen av rekkevidden av dagens vinningsavståelselære.

### **4.5.3. Tilgrensende lovfestet rett**

#### **4.5.3.1. Innledende**

Her vil jeg se på tilgrensende lovgivning som regulerer lignende typetilfeller. Det er klart at lovgivningen på andre rettsområder ikke fungerer som hjemmelsgrunnlag for

---

<sup>132</sup> Taule (2017) s. 82

<sup>133</sup> Taule (2017) s. 90

<sup>134</sup> Taule (2017) s. 90-91

vinningsavståelse ved subjektiv omstøtelse. Poenget med å se til tilgrensende lovgivning er for å se om det kan påvises en lovgivervilje som samsvarer med det argumentasjonsmønsteret som er utledet fra rettspraksis.

#### **4.5.3.2. Verdipapirhandelloven**

Verdipapirhandelloven § 17-2 første ledd gir uttrykk for en positiv hjemmel for vinningsavståelseskrav. Bestemmelsen lyder som følger:

«Dersom det er oppnådd vinning ved en uaktsom eller forsettlig overtredelse av §§ 3-3 første ledd, 3-4, 3-6 første og annet ledd, 3-7, 3-8, 3-9, 3-10, 8-2 til 8-6, 9-5, 10-2, 10-3, 10-8 første ledd, 10-11, eller shortsalgforordningen artiklene 12 til 15 som gjennomført i § 3-14 eller forskrifter gitt til utfylling av disse bestemmelsene, kan den som vinningen er tilfalt, pålegges helt eller delvis å avstå denne.»

Hensynet bak bestemmelsen er nærmere begrunnet i forarbeidene, hvor det blir uttalt at

«overtredelser av verdipapirhandellovgivningen [ofte er] motivert av muligheten for å oppnå økonomisk gevinst. .... Den økonomiske gevinsten som oppnås gjennom overtredelse av vphl's bestemmelser vil ofte skje på bekostning av en eller flere investorer .... Det er derfor rimelig at lovovertrederen fratas vinningen som er oppnådd ved overtredelsen. Ved innføring av vinningsavståelse som sanksjonsmiddel for Kredittilsynet vil man redusere utsiktene til økonomisk vinning på en mer effektiv måte enn inndragning etter strfl. § 34, noe utvalget antar vil ha en preventiv effekt.»<sup>135</sup>

Man ser her at hensynet bak bestemmelsens utforming er ønsket om preventiv effekt.

Bestemmelsen gir uttrykk for at prevensjonshensynet ivaretas når økonomiske fordeler som er oppnådd på bekostning av andre må avstå til fellesskapets beste. Hensynet bak bestemmelsen samsvarer i stor grad med Høyesteretts argumentasjon i blant annet avgjørelsene inntatt i Rt. 1966 s. 305 og Rt. 1967 s. 1335.

#### **4.5.3.3. Selskapsloven**

Selskapsloven § 2-23 annet ledd innehar også en positiv hjemmel for vinningsavståelseskrav. Etter bestemmelsen må den selskapsdeltakeren som bryter med et konkurranseforbud betale

---

<sup>135</sup> Ot.prp. nr. 29 (1996-1997) i avsnitt 13.2.4.

selskapet et beløp som svarer til vinningen han har oppnådd ved den urettmessige virksomheten.

Det følger av forarbeidene at den krenkede kan kreve enten vederlag svarende til rimelig lisensavgift samt erstatning for skade som følge av inngrepet, erstatning for skade, eller vederlag svarende til vinningen som er oppnådd.<sup>136</sup> Bakgrunnen for utformingen av regelen er at den skal ha en stor preventiv effekt, altså den skal forhindre at inngrep finner sted. Det er uttalt at

«... hensynet til at reglene om vederlag og erstatning skal [ha] en preventiv effekt, tilsier at det bør kunne tilkjennes kompensasjon i tilfeller hvor inngrepet ikke har ført til økonomisk tap for rettighetshaveren eller hvor det ikke kan føres tilstrekkelig bevis for det. Forslaget om at det kan kreves vederlag svarende til ... vinningen oppnådd ved inngrepet, ivaretar dette. Uten en mulighet til å tilkjenne vederlag på disse grunnlagene, vil inngriperen i en del tilfeller kunne komme unna med å betale mindre enn om han hadde innhentet tillatelse (lisens) til utnyttelsen, eller med å få beholde hele eller deler av vinningen han har oppnådd ved inngrepet. Dette ville svekket reglenes preventive effekt og for øvrig være lite rimelig.»<sup>137</sup>

Taule gir uttrykk for at den reguleringsformen som er valgt i selskapsloven «viser betydningen av lojalitetsplikten i tilfeller hvor det arbeides mot en *felles interesse*».<sup>138</sup> Videre uttaler han følgende:

«[Rt. 1967 s. 1335] gir klart uttrykk for lojalitetspliktens betydning i samarbeidsforhold, og viser at prevensjonshensynet vil ivaretas dersom økonomiske fordeler oppnådd i strid med fellesskapets interesser må avstås til fellesskapet. Tilsvarende begrunnelse ligger bak § 2-23.»<sup>139</sup>

Videre følger det av § 2-23 at selskapsdeltakere ikke kan «utøve eller være personlig ansvarlig deltaker i konkurrerende virksomhet». Dersom konkurranseforbudet brytes, kan selskapet gjøre gjeldende et erstatningskrav etter § 2-43 første ledd, eller kreve at deltakeren fralegger seg den vinningen som er oppnådd i strid med konkurranseforbudet etter § 2-23

---

<sup>136</sup> Prop. 81 L (2012-2013) s. 41

<sup>137</sup> Prop. 81 L (2012-2013) s. 41

<sup>138</sup> Taule (2017) s. 87

<sup>139</sup> Taule (2017) s. 87 med videre henvisning til Monsen (2007) s. 367

annet ledd. Taule argumenterer for at § 2-23 på denne bakgrunn bidrar til korreksjon av urettferdighet. Han uttaler:

«Kravet om vinningsavståelse kan kun gjøres gjeldende ved brudd på konkurranseforbudet, noe som kan tilsi at lovgiver anser et slikt krav som velegnet for å gjenopprette balansen i selskapsforholdet dersom konkurranseforbudet brytes. Tanken bak bestemmelsen synes å være at når en selskapsdeltaker først har forpliktet seg i en selskapsavtale så skal innsatsen ytes til selskapets beste. Økonomiske fordeler som kunne vært oppnådd av selskapet må derfor avstås til selskapet, og dermed innebærer vinningsavståelsen en korreksjon av urettferdigheten.»<sup>140</sup>

Her ser man at lovgivers begrunnelse for utformingen av vinningsavståelsesbestemmelsen i selskapsloven samsvarer med Høyesteretts argumentasjonsmønster, da både hensynet til reparasjon, prevensjon og lojalitet er ivaretatt, samt at fokuset er rettet mot vinningen.

#### **4.5.3.4. Aksjeloven/Aksjeselskapsloven**

Det følger av aksjeloven/aksjeselskapsloven § 6-17 at «styremedlem, daglig leder eller noen ansatt i selskapet må ikke i anledning av rettshandel for selskapet ta imot godtgjørelse fra andre enn selskapet». Av tredje ledd følger det at godtgjørelsene «tilfaller selskapet» dersom forbudet brytes.

Taule uttrykker at «[b]estemmelsen må tolkes som å hvile på en betraktning om at de opplistede personene ikke skal kunne utnytte selskapets posisjon til å oppnå vinning for seg selv».<sup>141</sup> Man ser her at reparasjonshensynet kommer inn med tyngde, og at bestemmelsen gir uttrykk for korreksjonsrettferdighet.

Bestemmelsen gir også uttrykk for prevensjonshensynet, da personer må avstå vinningen de har oppnådd på bekostning av andre. Taule uttaler at det «vil gjøre det mindre attraktivt å forsøke å utnytte rettshandler på vegne av selskapet til å oppnå økonomiske fordeler».<sup>142</sup>

Også utformingen av aksjeselskapslovens bestemmelse om vinningsavståelse samsvarer med Høyesteretts argumentasjonsmønster, da hensynet til reparasjon og prevensjon er de sentrale hensynene bak bestemmelsen.

---

<sup>140</sup> Taule (2017) s. 84

<sup>141</sup> Taule (2017) s. 84

<sup>142</sup> Taule (2017) s. 87

#### **4.5.3.5. Fellestrekk fra lovgivningen**

Etter gjennomgangen av de lovfestede vinningsavståelseskravene overfor, ser man igjen det samme mønsteret som i Høyesteretts praksis. Hensynet til korreksjonsrettferdighet og til prevensjon gjør seg sterkt gjeldende, og fokuset i hver bestemmelse ligger på at noen må avstå en vinning. Man ser at et vinningsavståelseskrav i alle situasjonene vil være egnet til å korrigere den urettferdigheten som har oppstått i den konkrete situasjon, og på denne måten gjenopprette et rettferdig balanseforhold mellom partene. Et vinningsavståelseskrav vil også virke preventivt mot at slike forhold oppstår igjen. Det kan med andre ord synes som at vinningsavståelseskravene gjøres gjeldende i de tilfellene hvor erstatningsreglene ikke er tilstrekkelig effektive, verken reparativt eller preventivt.

#### **4.6. Kan omstøtelsesreglene suppleres med et vinningsavståelseskrav?**

Gjennomgangen overfor viser at det finnes både lovfestede og ulovfestede vinningsavståelseskrav, og at de hensynene som begrunner kravene er sammenfallende. Dette sier imidlertid kun noe om rekkevidden av en regel om vinningsavståelse i norsk rett. Vurderingen for å besvare problemstillingen her er om et vinningsavståelseskrav kan anvendes på et subjektivt omstøtelsestilfelle.

Det er som nevnt i de situasjonene hvor medkontrahentens berikelse overgår boets tap det kan være aktuelt å supplere omstøtelsesreglene med et vinningsavståelseskrav. Fokuset vil derfor naturligvis ligge på avståelse av en vinning, noe som gjennomgående også har vært fokus både i Høyesteretts argumentasjon og lovgivers utforming hva gjelder henholdsvis ulovfestede og lovfestede vinningsavståelseskrav på andre rettsområder. Dette tilsier at det kan være aktuelt å supplere de subjektive omstøtelsesreglene med et vinningsavståelseskrav.

I punkt 4.4.2 og 4.4.3 har jeg argumentert for at et vinningsavståelseskrav vil virke både reparativt og preventivt i et omstøtelsestilfelle. Når det nå er konkludert med at det er disse hensynene som vektlegges både i Høyesteretts argumentasjon ved bruk av ulovfestede vinningsavståelseskrav, og ved lovgivers utforming av vinningsavståelseskrav, tilsier også dette at det kan være aktuelt å supplere omstøtelsesreglene med et slikt krav.

Etter min mening vil omstøtelsesreglene virke mer lojale og rimelige dersom de suppleres med et vinningsavståelseskrav. Dersom et vinningsavståelseskrav kan supplere de subjektive

omstøtelsesreglene vil ikke en skyldig medkontrahent i noen situasjoner kunne sitte igjen med en berikelse etter en omstøtelig disposisjon. På denne måten vil ikke en illojal og skyldig medkontrahent kunne sitte igjen med en vinning en lojal og uskyldig medkontrahent hadde pliktet å legge fra seg. Dette er en løsning som i mine øyne fremstår som rimelig.

Det rettskildebildet som er gjennomgått over, viser til en viss grad at lovgiver har utformet enkelte bestemmelser som medfører at den som har fått en urettmessig vinning skal måtte avstå denne. Det synes også som at Høyesterett søker å dra reglene i denne retningen i de tilfellene hvor hensynet til reparasjon, prevensjon, lojalitet og rimelighet tilsier det. Hensynet til reparasjon, prevensjon, lojalitet og rimelighet tilsier etter denne gjennomgangen at det også bør vurderes om det kan være aktuelt å supplere den subjektive omstøtelsesregelen med et vinningsavståelseskrav. Det vil i alle fall ikke stride mot Høyesteretts argumentasjon hva gjelder vinningsavståelseskrav på andre rettsområder, og ei heller lovgivers utforming av det samme kravet på de rettsområdene hvor dette er lovfestet.

Å gå inn på hvilke vilkår som eventuelt må være oppfylt for at vinningsavståelseskrav kan gjøres gjeldende, kan det ikke gås nærmere inn på her. Det blir for omfattende for en avhandling på denne størrelsen. Det kan likevel konkluderes med at dekningslovens subjektive omstøtelsesregler kan og bør suppleres med et vinningsavståelseskrav i de tilfellene hvor medkontrahentens berikelse overgår boets tap, og hvor boet er henvist til å kreve omstøtelse etter deknsl. § 5-9.

## 5. REFLEKSJONER OVER GJELDENE RETT

Gjennomgangen overfor viser at lovgiver har tatt et bevisst valg når det kommer til oppdelingen av subjektive og objektive omstøtelsesregler, nemlig at det er ønskelig å ramme en ondtroende medkontrahent hardere enn en medkontrahent i god tro.<sup>143</sup> Dette er også tilfellet i de aller fleste omstøtelsessituasjoner. Det er imidlertid ikke tatt høyde for de situasjonene hvor medkontrahentens berikelse overgår boets tap. Der faller hensynet bak oppdelingen gjennom, og en ondtroende medkontrahent kan komme bedre ut av en omstøtelig disposisjon enn en medkontrahent i god tro. Dette fremstår etter min mening som uheldig. Uten en endring i systemet vil ikke dette jevnes ut.

Det mest hensiktsmessige vil, etter den gjennomgangen som nå er foretatt, være å supplere omstøtelsesreglene i dekningsloven med et vinningsavståelseskrav. På denne måten vil det uheldige utfallet som dekl. §§ 5-11 og 5-12 i dag fører til rettes på. Det skjer ved at en ondtroende medkontrahent både plikter å erstatte boet dets tap, men i tillegg også plikter å fralegge seg en eventuell vinning som overgår det tapet boet har lidt. Dette vil medføre at en ondtroende medkontrahent aldri vil komme bedre ut av en omstøtelig disposisjon enn en godtroende medkontrahent. En slik løsning vil være i tråd med hensynet bak oppdelingen av subjektive og objektive omstøtelsesbestemmelser.

---

<sup>143</sup> Se særlig punkt 2.1 om berikelsesbegrensningen

## **6. KILDEREGISTER**

### **6.1. Lovgivning**

#### **6.1.1. Norsk**

1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 58 (dekningsloven/deknl.)

1985 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper av 21. juni 1985 nr. 83 (selskapsloven)

1991 Lov om ekteskap av 5. august 1991 nr. 47 (ekteskapsloven)

1997 Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven)

1997 Lov om allmennaksjeselskap av 13. juni 1997 nr. 45 (allmennaksjeloven)

2007 Lov om verdipapirhandel av 29. juni 2007 nr. 75 (verdipapirhandelloven/vphl.)

#### **6.1.2. Dansk**

1977 Konkurslov lov nr. 298 af 8. juni 1977 (Lovbekjentgjørelse nr. 11 av 6. januar 2014 med senere endringer) (konkursloven)

#### **6.1.3. Svensk**

1987 Konkurslag 11. juni 1987 (SFS 1987:672) (konkurslagen)

### **6.2. For- og etterarbeider**

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.

Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen

Ot.prp. nr. 29 (1996-1997) Om lov om verdipapirhandel

Prop. 81 L (2012-2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene)



### **6.3. Rettspraksis**

Rt. 1933 s. 1265 – Ringen

Rt. 1950 s. 465

Rt. 1966 s. 305

Rt. 1967 s. 1335 – Sildkvote

RG. 1973 s. 727

Rt. 1981 s. 1215 – Trollheimen

Rt. 1995 s. 259 – Troms Kjøtt

Rt. 1996 s. 1647 – Bruvik

Rt. 2001 s. 1136 – Kjells Markiser

Rt. 2007 s. 817

Rt. 2008 s. 738 - KLM

Rt. 2008 s. 1170 – Rema 1000

HR-2017-959-A

### **6.4. Bøker og artikler**

Aagaard, Marianne Mathilde Rødvei. *Virkninger av formuerettslig ugyldighet*, Bergen: Skipnes Kommunikasjon/Universitetet i Bergen, 2018.

Aasebø, Kristoffer, Madsen, Leif Petter og Sandvik, Siv. *Dekningsloven med kommentarer*, Oslo: Gyldendal, 2015.

Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*, 3. utg., Oslo: Calax AS, 2009.

Bergsåker, Trygve. *Pengekravsrett*, 2. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2011.

Brækhus, Sjur. *Konkursrett utvalgte emner*, Oslo: Universitetsforlaget, 1970.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, Oslo: Universitetsforlaget, 1971.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2003.

- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs: Bind 3: Omstøtelse*, Bergen: Juristinformasjon, 1992.
- Jørgensen, Birgitte. *Retsvirkninger af omstødelse*, København: Forlaget Thomson, 2003.
- Lilleholt Kåre. *Kontraksrett og obligasjonsrett*, Oslo: Cappelen Damm akademiske, 2017.
- Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg., Oslo: Gyldendal, 2009.
- Monsen, Erik. «Erstatningskrav, vederlagskrav og vinningsavståelseskrav – noen utviklingstrekk». *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikningsrett og velferdsrett*, vol. 7 (2010) s. 1-4 (sitert fra idunn.no).
- Monsen, Erik. *Berikelseskrav. Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet*, Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2007.
- Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*, Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Petersen, Lars Lindencrone og Ørgaard, Anders. *Konkursloven med kommentarer*, 13. utg., København: Karnov, 2016.
- Sandvik, Tore. *Lærebok i materiell konkursrett. Utdrag*, Bergen: Universitetsforlaget, 1985.
- Simonsen, Lasse. *Prekontraktuel ansvar. Det alminnelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*, Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- Stavang, Endre. «Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav». *Tidsskrift for erstatningsrett*, vol. 1 (2004) s. 243-260 (sitert fra idunn.no).
- Taule, Aleksander. «Vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler», *MarIus*, nr. 493 (2017).