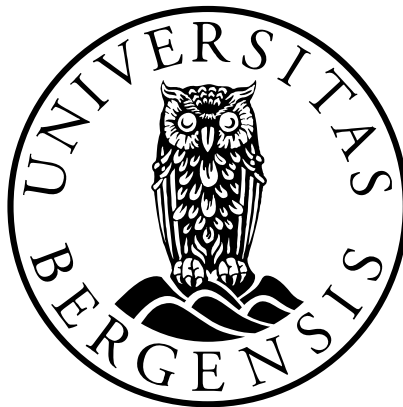


# Omfanget av det «tap» som skal erstattes etter dekningsloven § 5-12

Kandidatnummer: 47

Antall ord: 14107



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema.....	3
1.2 Aktualitet.....	5
1.3 Avgrensninger.....	5
1.4 Rettskildebildet.....	6
1.5 Fremstillingen videre.....	8
2 Tapsvilkårets innhold.....	9
2.1 Vilkåret «tap».....	9
2.1.1 Subjektiv omstøtelse og alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.....	9
2.1.2 Dekningsloven § 5-6.....	10
2.2 Tidspunkt for vurderingen.....	14
2.3 Utmåling av «tap».....	15
2.4 Forhold av betydning for tapets størrelse.....	16
2.4.1 Innledning.....	16
2.4.2 Den annen parts fradragrett for vederlag.....	17
2.4.3 Den annen parts rett til fradrag for utgifter.....	19
2.4.4 Den annen parts rett til fradrag av boets besparelser.....	20
2.4.5 Boets rett på tapt avkastning.....	22
3 Vurdering av «tap» i tilfeller der medkontrahentens berikelse overstiger boets tap.....	28
3.1 Forholdet mellom «berikelse» i dekningsloven § 5-11 og «tap» i § 5-12.....	28
3.2 Omfattes medkontrahentens berikelse av «tap» i dekningsloven § 5-12.....	32
3.3 Dagens rettstilstand i tilfeller der berikelsen overstiger tapet.....	40
3.3.1 De lege lata.....	40
3.3.2 De lege ferenda.....	40
Litteraturliste.....	42
3.4 Lover.....	42
3.4.1 Norske lover.....	42
3.4.2 Danske lover.....	42
3.4.3 Svenske lover.....	42
3.5 Forarbeider.....	42

3.5.1	Norske forarbeider .....	42
3.5.2	Danske forarbeider.....	42
3.6	Rettspraksis .....	43
3.7	Bøker og artikler .....	43

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Avhandlingens tema er omfanget av det «tap» som skal erstattes etter dekningsloven § 5-12. Dekningsloven § 5-12 regulerer virkningen av subjektiv omstøtelse. Omstøtelsesreglene har som formål å verne kreditorfellesskapet mot illojale disposisjoner mellom konkursskyldneren og andre kreditorer, som fører til at konkursskyldnerens formue forringes, at gjelden forøkes eller at enkelte kreditorer tilgodesees på kreditorfellesskapets bekostning.<sup>1</sup>

Omstøtelsesreglene er ett av tre regelsett som gjøres gjeldende i konflikter der As kreditor B vil gjøre beslag i formuesgode som tilhører eller har tilhørt A, og As suksessor S.<sup>2</sup> De to andre regelsettene er reglene om ugyldighet og rettsvernsreglene. Til tross for at reglene om ugyldighet primært spiller en rolle mellom avtalepartene, kan de være til vern for tredjemenn.<sup>3</sup> Rettsvernsreglene gir suksessoren S et vern mot de usikrede kreditorene til A, ved å oppstille tilleggsvilkår for at en disposisjon skal stå seg mot senere kreditorbeslag.<sup>4</sup> Mens reglene om rettsvern er rettet mot faren for kreditorsvik, fanger omstøtelsesreglene opp faktisk kreditorskadelig atferd.<sup>5</sup> Reglene om omstøtelse er altså et nødvendig supplement til rettsvernsreglene.<sup>6</sup> Virkningen av omstøtelse fremgår av dekningsloven §§ 5-11 og 5-12. Omstøtelsesvirkningen innebærer at verdier som er tatt ut av boet, gjennom kreditorskadelige disposisjoner som omfattes av reglene i dekningslovens kap. 5, tilbakeføres til boet. Tilbakeføringen skjer ved at medkontrahenten enten fralegger seg sin «berikelse» jf. § 5-11, erstatter boets «tap» jf. § 5-12 eller gjør opp ved naturalrestitusjon jf. §§ 5-11 annet ledd og 5-12 første ledd annet og tredje punktum. I tillegg til at rettsvirkningen av subjektiv omstøtelse har en reparerende funksjon ved å gjenopprette boets stilling, har virkningen av omstøtelse en viktig preventiv effekt ved at debitor og eventuelle medkontrahenter vet at disposisjonen står i fare for å bli omstøtt ved en eventuell konkurs.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Kristian Huser, *Gjeldsforhandling & konkurs: Bind 3: Omstøtelse*, Bergen 1992, s. 49

<sup>2</sup> Borgar Høgetveit Berg, *Beslagsretten: Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*, Universitetsforlaget 2021, s. 225

<sup>3</sup> Berg (2021) s. 225

<sup>4</sup> Berg (2021) s. 227

<sup>5</sup> Berg (2021) s. 249

<sup>6</sup> Berg (2021) s. 249

<sup>7</sup> Huser (1992) s. 49

I konkursretten står likhetsprinsippet helt sentralt. Prinsippet går ut på at alle kreditorer bør få en forholdsmessig dekning av sin gjeld. Omstøtelsesreglene er viktige for å ivareta likhetsprinsippet og unngå at enkelte kreditorer begunstiges på kreditorfellesskapets bekostning, at skyldnerens eiendeler unndras fra å tjene til dekning eller at skyldnerens gjeld forøkes til skade for kreditorfellesskapet jf. dekningsloven § 5-9. Likhetsprinsippet er særlig relevant ved subjektiv omstøtelse der mottaker kjente til eller burde kjent til det som gjorde disposisjonen utilbørlig jf. dekningsloven § 5-9, da konkursskyldneren og den annen part i slike tilfeller bevisst har forsøkt å begunstige den annen part på bekostning av de andre kreditorene. At det i tilfeller av subjektiv omstøtelse foreligger skyld på mottakers side begrunner at man ikke operer med en berikelsesbegrensning som i dekningsloven § 5-11, men at mottakeren i utgangspunktet hefter for boets «tap».

Det fremgår av dekningsloven § 5-12 at dersom vilkårene etter dekningsloven § 5-9 foreligger, kan boet kreve det «tap» boet er blitt tilføyd ved disposisjonen erstattet av den annen part. Bestemmelsen gir uttrykk for at boets «tap» utgjør erstatningskravet som pålegges den annen part, men gir ikke videre veiledning angående begrepet innhold eller regler for utmåling. Målet med avhandlingen er å utlede omfanget av det «tap» som skal erstattes. Omfanget av «tap» vil utledes gjennom rettslige analyser av rettskildene for å fastlegge regler om hvilke bestemmelser dekningsloven § 5-12 regulerer virkningen av, innholdet i begrepet «tap», tidspunktet for tapsvurderingen og regler om utmåling. De rettslige analysene vil gjøres ved å utforme problemstillinger som krever drøftelse av rettskildene og sammenhengen mellom dem, for å utlede løsninger som samsvarer med det som fremgår av det helhetlige rettskildebildet.

Videre vil avhandlingen dykke dypere ned i spørsmålet om av omfanget av «tap», ved å trekke inn virkningen av de objektive omstøtelsesreglene og problematisere tilfeller der den annen part i en omstøtelig disposisjon har oppnådd en berikelse som overstiger konkursboets tap. I situasjoner der den annen part har oppnådd en berikelse som overstiger boets tap, er løsningen tilsynelatende at en godtroende annen part skal fratras hele sin berikelse, mens en annen part som ikke er i god tro får sitte igjen med det overskytende ettersom kun boets «tap» skal fralegges. Situasjonen er ikke drøftet i lov eller forarbeider. I dansk rett har lovgiver imidlertid tatt konkret stilling til tilfeller der berikelsen overstiger boets tap, og gjort grep ved at berikelsen som skal fralegges begrenses til boets tap.<sup>8</sup> I forarbeidene til dekningsloven er

---

<sup>8</sup> Bekendtgørelse af konkursloven LBK nr 1600 af 25/12/2022 § 75

det eksplisitt tatt avstand løsningen i dansk rett.<sup>9</sup> En komparativ analyse vil likevel kunne gi tolkningsbidrag av betydning for rettsstilstanden etter norsk rett. Problemstillingen for drøftelsen om situasjoner der berikelsen overstiger tapet, er om «tap» kan tolkes slik at medkontrahentens berikelse omfattes. Dersom problemstillingen besvares bekræftende vil ikke den annen part i ond tro komme bedre fra omstøtelsesoppgjøret enn en godtroende part i tilsvarende situasjon. Problemstillingen vil løses på bakgrunn av tilsvarende rettslige analyser som i de foregående problemstillingene.

## 1.2 Aktualitet

Ifølge de nyeste tallene fra SSB ble det i løpet av første kvartal i 2023 åpnet 1317 konkurser, som er en økning på 40 % fra første kvartal i 2022.<sup>10</sup> Den store økningen kan sees i sammenheng med det økonomiske klimaet norske bedrifter står ovenfor, med økende renter og økt usikkerhet, som gjør at temaet konkurs er svært dagsaktuelt.

Dekningsloven § 5-12 er lite behandlet i rettspraksis og juridisk teori, særlig med hensyn til omfanget av «tap». De tilfeller der dekningsloven § 5-12 er nevnt i rettspraksis er det normalt for å illustrere at rettsvirkningen av dekningsloven § 5-9 er et erstatningskrav som tilsvarende boets tap, uten å gå inn på de nærmere regler for fastleggelsen av tapets omfang. At dekningsloven § 5-9 har vært i fokus ved drøftelsen av den subjektive omstøtelsesregelen er også tilfellet for juridisk teori der behandlingen av § 5-12 normalt er kortfattet. På et rettslig plan er det dermed nødvendig med en utpensling av omfanget av «tap» etter dekningsloven § 5-12.

## 1.3 Avgrensninger

Dekningsloven § 5-12 har to sider, bestemmelsen omhandler på en side omstøtelseskravets omfang og på den annen side hvordan omstøtelsesoppgjøret skal gjennomføres.<sup>11</sup>

Omstøtelseskravets størrelse gjelder tapsvurderingen, og fremgår av dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum. I drøftelser om erstatningskravets størrelse settes omfanget av

---

<sup>9</sup> NOU 1972: 20 s. 300

<sup>10</sup> Harald Fondevik, «40 prosent auke i talet på konkurser», *Statistisk sentralbyrå*, 25. April 2023, <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/konkurser/statistikk/opna-konkurser/artikler/40-prosent-auke-i-talet-pa-konkurser> (sist lest 10. mai 2023)

<sup>11</sup> Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utg., Calax AS 2009, s. 379

«tap» på spissen. Oppgjørsreglene dreier seg om hvordan erstatningskravet skal som er utmålt skal erstattes, eksempelvis gjennom naturalrestitusjon i dekningsloven § 5-12 første ledd annet punktum. Avhandlingen skal ta for seg omstøtelseskravets omfang og vil dermed avgrenses mot oppgjørssiden av dekningsloven § 5-12. Videre vil avhandlingen avgrenses til å behandle det ordinære omstøtelseskravet i dekningsloven § 5-12 første ledd, slik at lempningsreglene i annet ledd og tredjemannsproblemene i tredje ledd ikke faller innenfor avhandlingens rammer.

Det vil ikke være rom til å gjennomføre en utførlig behandling av den objektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-11. Del tre skal imidlertid handle om forholdet mellom dekningsloven §§ 5-11 og 5-12 i tilfeller der den annen parts «berikelse» overstiger boets «tap». I pkt. 3.1 vil det dermed gjøres en kort analyse av vilkårene i dekningsloven § 5-11 og hvilke hensyn bestemmelsen bygger på.

## 1.4 Rettskildebildet

Lovteksten gir begrenset veiledning hva angår innholdet i tapsbegrepet og hvordan «tap» skal utmåles, se del 2. Forarbeidene er på sin side omstendelig utformet, og er dermed godt egnet til å gi veiledning til de spørsmål som skulle reise seg i forbindelse med omfanget av «tap» i dekningsloven § 5-12. Til tross for at forarbeiders rettskildemessige betydning normalt vil avta med tiden, må Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) og NOU 1972: 20 ansees å fremdeles ha en sentral rolle i tolkningen av § 5-12 da det ikke er kommet noen høyesterettsdommer som har medført betydelige endringer i rettsstilstanden. Det er lite rettspraksis der dekningsloven § 5-12 har kommet på spissen, men det finnes noe rettspraksis om tilgrensende rettslige bestemmelser som kan gi veiledning i spørsmål om «tap» i § 5-12. De tilfeller der § 5-12 er nevnt i rettspraksis er det normalt for å vise til at virkningen av subjektiv omstøtelse er et erstatningskrav, ikke for å drøfte tapsvilkåret eller de utmålingsregler som gjelder. Her skiller rettspraksis på omstøtelsesreglenes område seg fra den alminnelige erstatningsretten, der det ikke er unormalt at utmålingsprinsipper drøftes for Høyesterett. For spørsmål om omstøtelsesvirkninger, har reelle hensyn særlig betydning i tvilstilfeller ettersom det er vesentlig at regelverket tolkes på en helhetlig og hensiktsmessig måte.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Huser (1992) s. 127

Dekningsloven er et resultat av et nordisk lovsamarbeid.<sup>13</sup> Reglene i lovene som tilsvarer dekningsloven i Danmark, Finland og Sverige har likhetstrekk med de norske reglene i utforming og innhold. Til tross for at hvert land har ulik historisk rettstilstand og juridisk tradisjon forbundet med reglene, medfører lovsamarbeidet og den likhet bestemmelsene har på tvers av landegrensene, at rettsmaterialet fra nabolandene kan være nyttige rettskilder.<sup>14</sup> Rettskilder fra de andre nordiske landene er ikke direkte overførbare til norsk rett, men kan være tolkningsbidrag for å fastlegge gjeldende rett der rettstilstanden er uklart.

Dekningsloven § 5-12 er en henvisning til den alminnelige erstatningsretten.<sup>15</sup> Alminnelige erstatningsrettslige prinsipper av hensyn vil dermed være av interesse. I likhet med den alminnelige erstatningsrettslige culperegelen oppstiller dekningsloven § 5-12 krav om den annen part uaktsomt har påført den skadelidte en økonomisk skade. Den subjektive omstøtelsesregelen skiller seg imidlertid fra den alminnelige erstatningsrett ved at oppgjør kan gjøres i form av pengekrav eller et krav om naturalrestitusjon. Oppgjør *in natura* kan ikke kreves etter alminnelig erstatningsrett.<sup>16</sup> Forskjellen i oppgjørsmåte må sees i sammenheng med krenkelsens art. Den alminnelige culperegelen skal sikre erstatning for integritetskrenkelser, mens den subjektive omstøtelsesregelen skal sikre erstatning for alminnelige formueskader, herunder det tapet en persons kreditorer lider som følge av debtors illojale og kreditorskadelige rettslige disposisjoner som er inngått med en annen part som ikke er i god tro.<sup>17</sup> Ulikheten i kravenes art medfører konsekvenser for reglenes virkefelt. Mens det for integritetskrenkelser er begrensning av ansvaret som krever en begrunnelse, er det for alminnelige formueskader spørsmål om skaden objektivt sett er eller bør være sanksjonert ved erstatningsansvar.<sup>18</sup> I utgangspunktet er det i adskillig utstrekning anledning til å rettmessig påføre andre et rent formuestap, det er eksempelvis lovlig å inngå en god avtale der den annen part kommer dårlig ut. Dette utgangspunktet medfører at det er innskrenkninger i handlefriheten som krever en særlig begrunnelse.<sup>19</sup> For den subjektive omstøtelsesregelen er begrunnelsen at den annen part ikke har vært i god tro ved inngåelsen av den tapsbringende disposisjonen. I tillegg til reglenes oppgjørsmåte, kravsart og virkefelt,

---

<sup>13</sup> NOU 1972: 20 s. 2

<sup>14</sup> Huser (1992) s. 129

<sup>15</sup> Huser (1992) s. 627 Forfatteren nevner at tilknytningen til erstatningsretten fremgår enda tydeligere av dansk rett, der DK § 76 angir at «den begunstigede [skal] svare etter erstatning efter almindelige regler».

<sup>16</sup> Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg., Gyldendaal 2009, s. 447

<sup>17</sup> Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, «Introduksjon til reglene om omstøtelse» *Jussens venner* 2016 s. 61-121, s. 116

<sup>18</sup> Brækhus og Berg (2016) s. 116

<sup>19</sup> Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget 2015, s. 121



gjelder det særegne fristregler for subjektiv omstøtelse jf. dekningsloven § 5-9 annet ledd og § 5-12 første ledd sammenholdt med foreldelsesloven § 9. De sentrale ulikhetene medfører at en må være varsom med å ukritisk legge erstatningsrettslige prinsipper til grunn, på grunnlag av at dekningsloven § 5-12 er en henvisning til den alminnelige erstatningsretten. Alminnelige erstatningsrettslige prinsipper kan likevel utgjøre viktige tolkningsbidrag for fastlegging av gjeldende rett etter dekningsloven § 5-12.

## 1.5 Fremstillingen videre

Del to av avhandlingen vil innledningsvis behandle spørsmålet om hvilke bestemmelser dekningsloven § 5-12 regulerer virkningen av, før de nærmere regler for utmåling av boets «tap» utledes og analyseres. Avhandlingens tredje del vil drøfte problematikken som oppstår i tilfeller der medkontrahentens berikelse er større enn konkursboets tap, med utgangspunkt i tapsbegrepet. For å drøfte problematikken vil pkt. 3.1 inneholde en analyse av de sentrale vilkårene i dekningsloven § 5-11, hensynene som ligger bak regelen og samspillet mellom §§ 5-11 og 5-12. I pkt. 3.2 vil det gjøres en analyse av om de problemer som oppstår i tilfeller der berikelsen overstiger tapet kan avhjelpes ved å tolke «tap» i dekningsloven § 5-12 til å omfatte «berikelse» etter dekningsloven § 5-11. Avslutningsvis vil det gjøres noen refleksjoner om gjeldende rett i tilfeller der den annen parts «berikelse» er større enn boets «tap», før betraktninger om hvordan retten bør være i slike tilfeller for å sikre de sentrale hensyn bak reglene og et funksjonelt samspill mellom dem presenteres.

## 2 Tapsvilkårets innhold

### 2.1 Vilkåret «tap»

#### 2.1.1 Subjektiv omstøtelse og alminnelige erstatningsrettslige prinsipper

Boets krav ved subjektiv omstøtelse er nedfelt i dekningsloven § 5-12. Bestemmelsens første ledd første punktum angir at den annen part kan pålegges å erstatte konkursboets «tap» dersom vilkårene etter § 5-9 er oppfylt. Det fremgår av § 5-9 at disposisjoner som på en «utilbørlig måte» «begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem», kan omstøtes dersom «skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen» og den annen part «kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Det avgrenses her mot en inngående behandling av § 5-9. Regelen i § 5-12 er en henvisning til den alminnelige erstatningsretten.<sup>20</sup> Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen pålegger den annen part «et erstatningsansvar for boets tap».<sup>21</sup> At § 5-12 pålegger den annen part et erstatningsansvar for boets «tap» ble lagt til grunn i Namtvedtdommen (Rt. 1994 s. 792).<sup>22</sup> Erstatningskravet «tap» er et verdikrav, som innebærer at det er et rent økonomisk krav.<sup>23</sup>

Slik som i den alminnelige erstatningsretten, oppstiller den subjektive omstøtelsesregelen krav om økonomisk skade, uaktsomhet og årsakssammenheng. For å utlede kravene må den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 sees i sammenheng med § 5-12 som regulerer virkningen av subjektiv omstøtelse. Vilkåret «tap» i § 5-12 er et verdikrav, som tilsvarer kravet økonomisk skade i den alminnelige erstatningsretten.<sup>24</sup> Kravet til uaktsomhet kan leses ut av dekningsloven § 5-9 første punktum som angir at en disposisjon kan omstøtes dersom den annen part «kjente eller burde kjent til» skyldnerens vanskelige økonomiske

---

<sup>20</sup> Huser (1992) s. 627, Forfatteren nevner at tilknytningen til erstatningsretten fremgår enda tydeligere av dansk rett, der DK § 76 angir at «den begunstigede [skal] svare etter erstatning etter almindelige regler».

<sup>21</sup> NOU 1972: 20 s. 302

<sup>22</sup> Rt. 1994 s. 792 på s. 799

<sup>23</sup> Berg (2021) s. 250

<sup>24</sup> Berg (2021) s. 250

stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Formuleringen «kjente eller burde kjent til» tilsvarer skyldkravet etter den alminnelige culperegelen. Videre kan kravet til årsakssammenheng også leses ut av § 5-12 første ledd første punktum, som angir at det aktuelle tapet må ha blitt «tilføyd ved den omstøtelige disposisjon». Det oppstilles altså et krav om årsakssammenheng mellom det «tap» boet er påført og «den omstøtelige disposisjon».

Det grunnleggende prinsippet ved subjektiv omstøtelse er at boets erstatningskrav skal utmåles slik at boet økonomisk settes i den stilling det ville ha vært om den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted.<sup>25</sup> Prinsippet samsvarer med grunnregelen i den alminnelige erstatningsretten, om at den skadelidte økonomisk sett skal stilles som om skaden ikke hadde skjedd.<sup>26</sup> For at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted, er utgangspunktet at tapet skal erstattes i sin helhet. For å ta stilling til tapets størrelse må en sammenligne en tenkt situasjon der den omstøtelige disposisjonen ikke hadde skjedd med den situasjonen boet faktisk står ovenfor.<sup>27</sup> Et slikt utgangspunkt samsvarer med det Høyesterett la til grunn i Fearnley-dommen (Rt. 2003 s. 400) der det fremgår at det erstatningsrettslige utgangspunktet for utmåling av tapets størrelse er hvordan situasjonen ville stilt seg dersom skadevolder handlet aktsomt.<sup>28</sup>

### **2.1.2 Dekningsloven § 5-6**

Det fremgår av dekningsloven § 5-11 at bestemmelsen regulerer virkningen av omstøtelseskrav etter §§ 5-2 til 5-8. I juridisk teori er forfattere imidlertid splittet i synet på om virkningen av omstøtelseskrav etter dekningsloven § 5-6 første ledd annet punktum og annet ledd første punktum reguleres av den objektive regelen i § 5-11, til tross for den tilsynelatende klare ordlyden. Huser har tatt til orde for at virkningen av slike krav bør lede til et erstatningskrav etter dekningsloven § 5-12, grunnet at § 5-6 første ledd annet punktum og annet ledd første punktum har subjektive elementer.<sup>29</sup> Ettersom avhandlingen skal omfanget av «tap» i dekningsloven § 5-12, er det nødvendig å avklare hvilken virkningsbestemmelse krav etter § 5-6 første ledd annet punktum og annet ledd første punktum reguleres av.

---

<sup>25</sup> Huser (1992) s. 628

<sup>26</sup> Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utg., Universitetsforlaget 2007, s. 71

<sup>27</sup> Huser (1992) s. 629

<sup>28</sup> Rt. 2003 s. 400 avsnitt 49

<sup>29</sup> Huser (1992) s. 564

Problemstillingen er følgelig om dekningsloven § 5-12 regulerer virkningen av krav etter § 5-6 første ledd annet punktum og annet ledd første punktum.

Dekningsloven § 5-6 regulerer omstøtelse av motregningsdisposisjoner. Det følger av bestemmelsens første ledd første punktum at krav mot skyldneren som er ervervet fra en tredjepart, og som motregnes under «tre måneder før frisdagen» kan omstøtes dersom motregningen skjer med en fordring skyldneren hadde da medkontrahenten ervervet sin fordring. Med frisdagen menes «dagen da den begjæring om åpning av konkurs som ble tatt til følge, kom inn til tingretten» jf. dekningsloven § 1-2. En ordlydstolkning av første ledd første punktum tilsier at motregning med krav ervervet fra en tredjeperson kan omstøtes dersom motregningen skjedde under «tre måneder» før begjæringen om åpning av konkurs kom inn for tingretten. I bestemmelsens første ledd annet punktum fremgår det at motregning med krav ervervet fra en tredjeperson kan omstøtes «uten hensyn til tidspunktet for ervervelsen» dersom medkontrahenten «visste eller burde vite» at skyldneren var insolvent. Ordlyden av første ledd annet punktum tilsier at det gjøres unntak fra den ordinære tidsrammen på tre måneder dersom medkontrahenten handlet i ond tro.

Av § 5-6 annet ledd første punktum fremgår det at motregning med en fordring på skyldneren kan omstøtes dersom den skjer senere enn «tre måneder før frisdagen», og hvis motregning under bobehandlingen vil være utelukket etter § 8-1 annet ledd. Det følger videre at motregningen kan omstøtes uavhengig av tremånedersfristen dersom medkontrahenten «visste eller burde vite» at skyldneren var insolvent. Det kan utledes en tydelig systematikk i reglene for omstøtelse av motregning, der det oppstilles en alminnelig tidsfrist på tre måneder som kan sees bort fra dersom medkontrahenten har vært i ond tro.

At det gjøres unntak fra den alminnelige hovedregelen om en tremånedersfrist dersom medkontrahenten har handlet i ond tro er bakgrunnen for uenigheten i teorien. Huser mener at et vilkår om uaktsomhet vil medføre at omstøtelseskravet vil ha et subjektivt preg, og at det derfor vil «bryte med den prinsipielle begrunnelse for todelingen av rettsvirkningsreglene» dersom virkningen av slike omstøtelseskrav ikke er underlagt § 5-12.<sup>30</sup> Den prinsipielle begrunnelsen for todelingen av rettsvirkningsreglene er det subjektive elementet i § 5-12 som innebærer at den annen part har handlet i ond tro. Sandvik har også gitt uttrykk for at § 5-12

---

<sup>30</sup> Huser (1992) s. 564

regulerer virkningen av § 5-6.<sup>31</sup> Brækhus og Berg mener på sin side at det ikke er rettskildemessig grunnlag for en slik løsning da dekningsloven § 5-11 og § 5-12 ikke benytter begrepene objektiv eller subjektiv omstøtelse, men uttrykkelig viser til de omstøtelsesgrunnlagene som de regulerer virkningen av.<sup>32</sup> Andenæs gir uttrykk for en tilsvarende tolkning.<sup>33</sup> I det følgende må det dermed vurderes om det er rom til å fravike den klare ordlyden i lovteksten for å unngå å bryte med den prinsipielle begrunnelse for todelingen.

Som nevnt ovenfor fremgår det eksplisitt av dekningsloven § 5-11 at den regulerer virkningen for omstøtelsesgrunnene i §§ 5-2 til 5-8. Loven oppstiller ulike vilkår for det subjektive elementet i henholdsvis § 5-6 og § 5-9, hvorav sistnevnte klart reguleres av § 5-12 jf. bestemmelsens ordlyd. Det subjektive vilkåret i § 5-6 er «visste eller burde vite», mens det subjektive vilkåret i § 5-9 er «kjente eller burde kjent til». At loven bruker ulike vilkår kan tyde på at det ikke er tale om ulike subjektive elementer, og at det subjektive elementet i § 5-6 ikke nødvendigvis medfører at rettsvirkningen reguleres av § 5-12. Spørsmålet om § 5-6 reguleres av §§ 5-11 eller 5-12 er ikke drøftet i forarbeidene, noe Huser mener er et tegn på at lovgiver har oversett spørsmålet.<sup>34</sup>

I forarbeidene drøftes imidlertid hensynene som ligger bak omstøtelsesreglene for motregning. Det fremgår av forarbeidene at hensikten med dekningsloven § 5-6 første ledd er å unngå at debtors aktivum i form av utestående fordringer blir fratatt boet ved at kreditorer kjøper opp fordringer på konkursskyldneren til underkurs for så å motregne de oppkjøpte fordringene mot egen gjeld til konkursskyldneren.<sup>35</sup> Situasjonen som skisseres i forarbeidene er at en person som skylder konkursskyldneren penger, og vet at han er insolvent, vil kunne kjøpe seg fri fra gjelden til underpris ved å kjøpe fordringer på konkursskyldneren av en annen kreditor som vet at han ikke vil få dekket sitt krav mot konkursskyldneren ettersom konkursskyldneren er insolvent. Kreditoren som har et krav mot konkursskyldneren vet at han ikke vil få dekning for kravet når konkursskyldneren erklæres konkurs, og vil derfor være villig til å selge fordringen for langt mindre enn det den er verdt. Den skisserte problemstillingen i forarbeidene forutsetter således ond tro hos den som krever motregning.

---

<sup>31</sup> Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett: Utdrag*, Universitetsforlaget 1985, fotnote 129 på s. 71

<sup>32</sup> Brækhus og Berg (2016) note 6

<sup>33</sup> Andenæs (2009) s. 375

<sup>34</sup> Huser (1992) s. 564

<sup>35</sup> NOU 1970: 20 s. 293

Det følger av forarbeidene at hensikten med å innarbeide et objektivt vilkår var å fange opp tilfeller av ubeviselig ond tro, i tillegg til å virke som en risikoregel med preventiv effekt.<sup>36</sup> Dersom en kjøper fordringer på sin kreditor må man være forberedt på at motregning ikke kan skje dersom kreditoren slås konkurs i løpet av de neste tre månedene.

Til § 5-6 annet ledd uttrykker forarbeidene at formålet med omstøtelsesregelen er å fange opp de tilfeller der kreditor motregner med et uforfalt krav mot konkursskyldneren, og at det i slike tilfeller ikke er tilstrekkelig at regelen kun fanger opp de siste tre månedene på objektivt grunnlag.<sup>37</sup> Det uttrykkes at det er nødvendig å fange opp de tilfellene kreditor visste eller burde visst at konkursskyldneren var insolvent, av de samme grunner som første ledd.<sup>38</sup> Det subjektive elementet skyldes dermed at en ønsker å forhindre at konkursskyldnerens aktivum i form av fordringer blir unndratt boet ved at bruker motregningsreglene til å omgå konkursoppgjøret, i dette tilfellet ved å gjøre opp krav som ikke har forfalt.

Ved å analysere forarbeidene ser en altså at formålet som ligger bak de subjektive og objektive vilkårene i § 5-6 skiller seg fra formålet bak todelingen av omstøtelsesreglene. Blant formålene bak de objektive vilkårene i § 5-6 er å fange opp ubeviselig ond tro ved å omfatte alle tilfeller som er gjort innen tremånedersfristen. På denne måten fungerer de objektive vilkårene som et mer finmasket nett som fanger opp de tilfellene av ubeviselig ond tro som ikke plukkes opp gjennom aktsomhetsvilkåret. Når det gjelder todelingen av omstøtelsesreglene, er situasjonen omvendt. De subjektive omstøtelsesreglene er ment å fange opp de tilfeller som ikke plukkes opp av de objektive reglene, noe som fremgår av forarbeidene. I NOU 1970: 20 s. 297 står det om § 5-9 at i praksis vil den subjektive omstøtelsesregel først og fremst bli påberopt i tilfelle hvor de objektive regler ikke fører frem.

For problemstillingen om dekningsloven § 5-12 regulerer virkningen av krav etter § 5-6 første ledd annet punktum og annet ledd første punktum, må det legges avgjørende vekt på at lovteksten eksplisitt utpeker § 5-11 som virkningsbestemmelse og at skillet mellom subjektive og objektive vilkår i § 5-6 skiller seg fra begrunnelsen for subjektive og objektive omstøtelsesregler. Konklusjonen er følgelig at virkning av krav etter dekningsloven § 5-6 i sin helhet reguleres av § 5-11.

---

<sup>36</sup> NOU 1970: 20 s. 293

<sup>37</sup> NOU 1970: 20 s. 293-294

<sup>38</sup> NOU 1970: 20 s. 294

## 2.2 Tidspunkt for vurderingen

Når vilkårene for subjektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 er innfridd, må størrelsen på det «tap» den annen part skal erstatte vurderes jf. dekningsloven § 5-12. Ved vurderingen av boets tap, kan tidspunktet som legges til grunn for vurderingen ha store utslag på kravets størrelse. Eksempelvis kan det ha gått lang tid fra overføringen av et formuesgode til skyldneren går konkurs, slik at størrelsen på tapet vil være svært forskjellig avhengig av om man legger avtaletidspunktet, tidspunktet omstøtelseskravet gjøres gjeldende av bostyrer eller domstidspunktet til grunn. Domstidspunktet er tidspunktet da omstøtelseskravet blir rettskraftig, og vil i det følgende omtales som omstøtelsestidspunktet.

I dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum fremgår det at den annen part skal erstatte det tap boet er «blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon». Ordlyden av «tilføyd ved den omstøtelige disposisjon» knytter sammenheng mellom tapet og disposisjonen, som kan tilsi at det er disposisjonstidspunktet som skal legges til grunn. På en annen side vil tapet fremdeles være «tilføyd ved disposisjonen» dersom tapet viser seg på et senere tidspunkt enn disposisjonstidspunktet. Lovteksten angir altså ikke tidspunktet som skal legges til grunn for tapsvurderingen. Noen videre veiledning fremgår heller ikke av forarbeidene.

I HR-2017-959-A hadde en insolvent skyldner overført to fritidseiendommer til sin ektefelle, som solgte eiendommene. Boet krevde verdierstatning av ektefellen som mottok eiendommene etter ekteskapsloven § 51. Ekteskapsloven § 51 gir i likhet med dekningsloven § 5-12 anledning for konkursboet til å kreve erstatning for det tap den har lidt ved disposisjonen i visse tilfeller. Til tross for at dommen direkte gjaldt ekteskapsloven, ga Høyesterett gjennom henvisning til forarbeidsuttalelser og egne betraktninger uttrykk for at prinsippet om utmålingstidspunktet er samsvarende for reglene etter ekteskapsloven og dekningslovens kap. 5. Høyesterett uttalte at «På samme måte som ved anvendelsen av omstøtelsesreglene i dekningsloven, er det da nåverdien som må være avgjørende».<sup>39</sup> Rettspraksis tilsier følgelig at det er domstidspunktet som skal legges til grunn for tapsvurderingen.

---

<sup>39</sup> HR-2017-959-A avsnitt 50

I juridisk teori har Huser lagt til grunn at det er verdien på domstidspunktet som må legges til grunn.<sup>40</sup>

I erstatningsretten er det gjeldende prinsippet for utmåling av tap at erstatning skal beregnes slik forholdene er på det tidspunktet dommen avsies.<sup>41</sup> Reparasjonshensynet er en grunnpilar i erstatningsretten og har som formål å gjenopprette den skadelidtes situasjon.<sup>42</sup> Der den skadelidte har lidt et rent formuestap vil reparasjonshensynet tale for at tapet skal dekkes i sin helhet. Dersom disposisjonstidspunktet angis som tidspunkt for vurderingen vil ikke boet få dekning dersom tapets størrelse endrer seg i tiden frem til omstøtelsestidspunktet.

Reparasjonshensynet tilsier dermed at utmålingen av tapet bør skje så sent som mulig, slik at omstøtelsestidspunktet bør legges til grunn.

Det grunnleggende prinsippet ved subjektiv omstøtelse er, som nevnt, at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>43</sup> Utgangspunktet for vurderingen er dermed en tenkt situasjon der formuesgjenstanden var i konkursskyldnerens besittelse frem til omstøtelsestidspunktet. Verdisvingninger på en formuesgjenstand kan være betydelige over en større tidsperiode, som tilsier at en fastsettelse av tapets størrelse så sent som mulig er løsningen som på best måte stiller boet som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.

Til tross for at lovtekst og forarbeider er tause om tidspunktet for tapsvurderingen, synes rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn å tale for at det er domstidspunktet som er avgjørende. En slik løsning bør derfor legges til grunn.

## 2.3 Utmåling av «tap»

Dekningsloven § 5-12 angir at boet kan kreve erstattet det «tap» det er blitt tilføyd som følge av disposisjonen. Problemstillingen for pkt. 2.3 er hvilke regler som gjelder for utmålingen av «tap».

Det fremgår av forarbeidene at dekningsloven § 5-12 er en henvisning til erstatningsretten.<sup>44</sup> «Tap» må dermed utmåles etter de alminnelige regler i erstatningsretten.<sup>45</sup> Når vilkårene for

---

<sup>40</sup> Huser (1992) s. 629

<sup>41</sup> Lødrup (2009) s. 450

<sup>42</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 20

<sup>43</sup> Huser (1992) s. 628

<sup>44</sup> NOU 1972: 20 s. 302

<sup>45</sup> Huser (1992) s. 627



erstatning er oppfylt, er den alminnelige regel i norsk erstatningsrett at skadelidte skal ha erstattet sitt fulle økonomiske tap.<sup>46</sup> Et synspunkt om at den skadelidte skal ha full dekning for sitt tap kan også begrunnes i reparasjonshensynet, som har som formål å gjenopprette den skadelidtes økonomiske stilling. Utgangspunktet for vurderingen er følgelig at boet har krav på å få erstattet sitt fulle «tap». Dette må sees i sammenheng med det grunnleggende prinsippet for subjektiv omstøtelse, at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>47</sup>

Som utgangspunkt for vurderingen må det sees hen til det den annen part har mottatt av skyldneren.<sup>48</sup> Det den annen part har mottatt av skyldneren representerer boets «tap», og i forlengelsen det som skal restitueres. Utgangspunktet for prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted, er en tenkt situasjon der konkursskyldneren ikke avhendet den aktuelle disposisjonsgjenstanden. Utgangspunktet for det grunnleggende prinsipp ved subjektiv omstøtelse tilsier dermed at verdien av tingen på omstøtelsestidspunktet som er avgjørende for tapets størrelse. Hvordan den annen part har forvaltet tingen vil dermed ikke innvirke på utgangspunktet for utmåling av det «tap» som skal erstattes.

For utmåling av «tap» er utgangspunktet dermed at tapet som skal erstattes, er verdien av tingen på domstidspunktet.

## **2.4 Forhold av betydning for tapets størrelse**

### **2.4.1 Innledning**

Som utledet i pkt. 2.3 er den økonomiske verdien av tingen på omstøtelsestidspunktet et utgangspunkt for utmåling av «tap» etter dekningsloven § 5-12. Utmålingen må imidlertid justeres for forhold som oppstår mellom disposisjonstidspunktet og omstøtelsestidspunktet, som påvirker størrelsen på tapet. Forhold av økonomisk verdi som kan tilknyttes formuesgjenstanden er av betydning for vurderingen, herunder partenes ytelser, verdiendringer, utgifter og økonomiske fordeler disposisjonen har ført med seg for partene. Det kan eksempelvis tenkes at skyldneren solgte en leilighet i Oslo til den annen part for en

---

<sup>46</sup> Lødrup (2009) s. 447

<sup>47</sup> Huser (1992) s. 628

<sup>48</sup> Huser (1992) s. 628

svært lav penge, og at den annen part deretter pusset opp leiligheten og leide den ut. I en slik situasjon kan det tenkes at boet vil kreve erstatning for tapte leieinntekter i tillegg til verdien av leiligheten på omstøtelsestidspunktet. Den annen part vil på sin side kreve fradrag for sine utlegg i forbindelse med oppussing av leiligheten. I det følgende vil de sentrale spørsmålene være hvilke forhold som påvirker utmålingen, og hvordan de respektive forholdene påvirker utmålingen av boets «tap». Den omstøtelige disposisjon kan dreie seg om en pengeoverføring fra konkursskyldneren til den annen part, eller overføring av et formuesgode. I motsetning til formuesgoder kan ikke en ren pengesum forvaltes på en måte som medfører verdiendring. De forhold som påvirker utmålingen vil dermed ikke gjøre seg gjeldende på samme måte for rene pengekrav, som for formuesgoder. I det følgende tas det dermed utgangspunkt i at konkursskyldneren har overført et formuesgode til den annen part.

#### **2.4.2 Den annen parts fradragsrett for vederlag**

I en disposisjon som er gjenstand for subjektiv omstøtelse har konkursskyldneren normalt mottatt et vederlag fra den annen part, i bytte mot det skyldneren selv har overlevert. Dersom vederlaget er noe annet enn penger kan konkursskyldneren ha solgt det mottatte vederlaget før omstøtelsestidspunktet, slik at verdien av det vederlaget som ble ytt på disposisjonstidspunktet er en annen enn den verdien som gjenstår på omstøtelsestidspunktet. Problemstillingen er om den annen part har krav på å gjøre fradrag for vederlagets størrelse når boets tap skal erstattes, og videre om det er vederlagets verdi i sin helhet eller det som gjenstår på omstøtelsestidspunktet som skal erstattes.

Det fremgår av dekningsloven § 5-12 første ledd annet punktum at dersom konkursboet krever naturalrestitusjon, skjer oppgjøret ved at «hver av partene leverer tilbake det mottatte» dersom «dette er i behold». Bestemmelsen gir følgelig uttrykk for at den annen part har rett på å få igjen det vederlaget som ble overført på disposisjonstidspunktet, såfremt vederlaget fremdeles er i konkursboets besittelse. Til tross for at lovteksten eksplisitt kun gir uttrykk for at den annen part har krav på å få fradrag for vederlaget ved naturalrestitusjon, er ikke dette til hinder for å legge samme tolkning til grunn for rene økonomiske oppgjør etter dekningsloven § 5-12 første punktum, ettersom bestemmelsens første ledd annet punktum er et uttrykk for oppgjørssiden av bestemmelsen. Delen av § 5-12 som omhandler omstøtelsesoppgjøret sier noe om hvordan erstatningskravet skal gjøres opp, og bygger således på en felles tapsvurdering jf. pkt. 1.3. Tapsvurderingen vil dermed bli tilsvarende også for rene

økonomiske oppgjør etter dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum, slik at det kan legges til grunn at lovteksten tilsier at den annen part har fradragsrett tilsvarende vederlagets verdi. Lovteksten gir imidlertid ikke veiledning angående spørsmålet om det er vederlagets verdi i sin helhet eller det som gjenstår på omstøtelsestidspunktet som skal gjøres fradrag for dersom vederlaget er avhendet.

Det grunnleggende prinsippet ved subjektiv omstøtelse er at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>49</sup> Dette prinsippet tilsier at den annen part har fradragsrett for vederlaget ettersom konkursskyldneren ikke ville mottatt vederlaget dersom disposisjonen ikke hadde funnet sted. Når det gjelder verdien på et avhendet vederlag er det nødvendig å se på hva de ulike alternativene betyr for boets erstatningskrav. Dersom den annen part kan gjøre fradrag for hele vederlagets verdi der boet sitter igjen med en verdi som er mindre enn dette, vil differansen trekkes fra det «tap» som skal erstattes. Å legge vederlagets fulle verdi til grunn for fradragsretten medfører dermed at boet ikke får full erstatning for det «tap» som er lidt. Et fradragskrav som er avgrenset til det som gjenstår på omstøtelsestidspunktet vil imidlertid ikke medføre et innhugg i boets erstatningskrav, og dermed være den løsningen som er nærmest å stille boet som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.

En løsning der fradragskravet avgrenses til det som gjenstår på omstøtelsestidspunktet har bred oppslutning i teorien, der det er blitt utviklet en regel om at den annen parts fradragsrett begrenser seg til den verdien som har «kommet boet til gode».<sup>50</sup> Dersom naturalytelsen er solgt, er det salgssummen som har «kommet boet til gode», uavhengig av om naturalytelsen er solgt for langt under markedsverdi.

Svaret på problemsstillingen er følgelig at den annen part kan kreve fradrag for vederlag i den utstrekning vederlaget er «kommet konkursskyldneren til gode». En slik løsning samsvarer godt med det grunnleggende prinsippet for subjektiv omstøtelse, om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Huser (1992) s. 628

<sup>50</sup> Huser (1992) s. 628 med videre henvisninger til Getz og Hagerup

<sup>51</sup> Huser (1992) s. 628

### 2.4.3 Den annen parts rett til fradrag for utgifter

Der den annen part har mottatt en formuesgjenstand som del av en omstøtelig disposisjon, vil vedkommende normalt måtte betale utgifter forbundet med formuesgjenstanden i perioden mellom disposisjons- og omstøtelsestidspunktet. Dersom formuesgjenstanden eksempelvis er en leilighet ville enkelte utgifter påløpt uavhengig av disposisjonen, som nedbetaling på borettslagets fellesgjeld, mens den annen part selv kan ha valgt å pådra seg utgifter ved å pusse opp kjøkkenet. Problemstillingen i denne sammenheng er om den annen part kan kreve fradrag for utgifter, og i så fall i hvilken utstrekning det kan kreves fradrag.

Hvis en tar utgangspunkt i det grunnleggende prinsippet for subjektiv omstøtelse om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted, kan en legge til grunn at det kan kreves fradrag for utgifter som ville påløpt uavhengig av disposisjonen. Når det gjelder utgifter den annen part selv har valgt å påta seg, må det avgjørende være om utgiften har tilført formuesgjenstanden en verdiøkning. Dersom formuesgjenstanden er blitt tilført en verdiøkning gjennom den annen parts utgifter, og det ikke gjøres fradrag for disse utgiftene vil boet sitte igjen med en mer verdifull gjenstand enn den som ble avhendet på disposisjonstidspunktet. I lys av prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted vil det dermed være en bedre løsning at den annen part kan kreve fradrag for utgifter som har tilført formuesgjenstanden en verdiøkning. Dersom den annen part har valgt å pådra seg kostnader som ikke påvirker formuesgjenstandens verdi, eksempelvis å male om hele leiligheten, tilsier prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted at det ikke kan gjøres fradrag for slike utgifter. Et slikt fradrag ville blitt trukket fra erstatningskravet ettersom det ikke er noen verdiøkning å gjøre fradrag fra. Det kan i denne sammenheng påpekes at boet ikke vil ha krav på å få malt leiligheten om i den originale fargen, ettersom prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted retter seg mot boets økonomiske stilling jf. pkt. 2.4.1.

I fremstillingen til Huser er vurderingen av om det aktuelle fradraget har «kommet boet til gode» også anvendt på utgifter den annen part har hatt i perioden mellom disposisjons- og omstøtelsestidspunktet.<sup>52</sup> Regelen om at det kan gjøres fradrag for utgifter som har «kommet boet til gode» vil medføre at faste utgifter og utgifter som har tilført formuesgjenstanden en verdiøkning vil kunne kreves fradrag for. Det vil imidlertid ikke kunne kreves fradrag for

---

<sup>52</sup> Huser (1992) s. 628

utgifter som ikke har tilført formuesgjenstanden en verdiøkning. Andenæs på sin side mener at den annen part ikke kan kreve fradrag for sine utgifter ved subjektiv omstøtelse.<sup>53</sup> Ved å ikke tilkjenne den annen part fradrag for utgifter som ville påløpt uavhengig av disposisjonen og utgifter som har tilført formuesgjenstanden en verdiøkning, vil boet ha tjent på disposisjonen gjennom besparelse av de angitte utgifter og verdiøkningen på formuesgjenstanden. En løsning der boet tjener på den omstøtelige disposisjonen samsvarer dårlig med prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted. Løsningen som legges til grunn i fremstillingen til Huser samsvarer langt bedre med prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted, og må dermed få gjennomslag på bekostning av løsningen Andenæs foreslår.

Svaret på problemstillingen er at den annen part kan kreve fradrag for utgifter som har «kommet boet til gode», herunder utgifter som ville påløpt uavhengig av disposisjonen og utgifter som har medført at formuesgjenstandens verdi er forøkt.

#### **2.4.4 Den annen parts rett til fradrag av boets besparelser**

Driftsutgifter den annen part har hatt i forbindelse med formuesgodet vil i stor grad sammenfalle med boets besparelser, men det er sjeldent full parallellitet.<sup>54</sup> Dersom den annen part har tatt grep for å redusere driftskostnadene, vil utgiftsposten være mindre enn boets besparelse. Problemstillingen er dermed om den annen part kan kreve fradrag for boets besparelser i tilfeller det ikke er full parallellitet utgiftene og besparelsen.

Boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted jf. det grunnleggende prinsipp for subjektiv omstøtelse.<sup>55</sup> Dersom boet ikke pålegges å fralegge seg besparelser i tilfeller der de er større enn utgiftene det gjøres fradrag for etter pkt. 2.4.3, vil boet sitte igjen med en gevinst som det ikke ville ha hatt dersom disposisjonen ikke fant sted. Prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted tilsier at boet må fralegge seg besparelser i tilfeller der det ikke er parallellitet mellom besparelser og utgifter.

---

<sup>53</sup> Andenæs (2009) s. 380

<sup>54</sup> Huser (1992) s. 633

<sup>55</sup> Huser (1992) s. 628

Huser mener at en løsning der det skal gjøres fradrag for boets besparelser må legges til grunn.<sup>56</sup> Aasebø, Madsen og Sandvik har sluttet seg til Huser sitt synspunkt.<sup>57</sup> Det synes følgelig å være enighet i teorien om at det bør kunne kreves fradrag for boets besparelser.

Det erstatningsrettslige prinsippet *compensatio lucri cum damno* går ut på at vinning skaden har tilført skadelidte, avkortes i erstatningen.<sup>58</sup> Prinsippet er blant annet begrunnet i en avgrensningsmålsetting om at skadelidte ikke skal tjene på skaden.<sup>59</sup> I Rt. 2007 s. 1415 uttalte Høyesterett at *compensatio lucri cum damno* innebærer at det skal gjøres fradrag for fordeler som «har oppstått som en adekvat følge av den skadevoldende begivenhet», og at det må tas stilling til «fordelens art» med videre henvisning til Hagstrøm.<sup>60</sup> Det er klart at besparelser som følge av at formuesgjenstanden har vært i den annen parts besittelse er fordeler som «har oppstått som en adekvat følge av den skadevoldende begivenhet». I tilknytning til fordelens art uttaler Hagstrøm at det må være en viss «likeartethet» ved at det er «nær sammenheng med misligholdet og det tap som kreves dekket» og at fordeler det gjelder har «kompensasjonsrelevans». <sup>61</sup> Sparte kostnader innfrir klart kravet til nær sammenheng og kompensasjonsrelevans. Videre bemerker Hagstrøm at fradrag for sparte kostnader skal gjøres fradrag for i erstatningsutmålingen, men at slike tilfeller ikke nødvendigvis setter spørsmålet om *compensatio lucri cum damno* på spissen da det dreier seg om normale fordeler.<sup>62</sup> Prinsippet om *compensatio lucri cum damno* kommer på spissen i tilfeller der det er snakk om unormale fordeler. Gjennomgangen av prinsippet *compensatio lucri cum damno* viser at prinsippet ikke settes på spissen for besparelser, men at det skal gjøres fradrag for besparelser og andre lignende normale fordeler med kompensasjonsrelevans og nærhet til den omstøtelige disposisjon som har påført boet et tap.

Svaret på problemstillingen er at det kan gjøres fradrag for besparelser i tilfeller der det ikke er full parallellitet mellom boets besparelser og den annen parts fradragsberettigede utgifter.

---

<sup>56</sup> Huser (1992) s. 636

<sup>57</sup> Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer*, Gyldendal juridisk 2015, s. 279

<sup>58</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011, s. 569

<sup>59</sup> Nygaard (2007) s. 72

<sup>60</sup> Rt. 2007 s. 1415 avsnitt 51

<sup>61</sup> Viggo Hagstrøm, «Compensatio lucri cum damno» *Jussens venner* 2001 s. 157-172, s. 163

<sup>62</sup> Hagstrøm (2001) s. 170

## 2.4.5 Boets rett på tap avkastning

I tilfeller der konkursskyldneren har avhendet et formuesgode som del av en omstøtelig disposisjon kan det fremtidige konkursboet, i tillegg til formuesgjenstandens verdi, gå glipp av økonomiske verdier ved å ikke kunne innkassere avkastningen på formuesgjenstanden. Det kan eksempelvis tenkes at konkursskyldneren avhendet en utleieleilighet til sin sønn for langt under eiendommens verdi. I et slikt tilfelle vil boet både ha gått glipp av differansen mellom eiendommens reelle verdi og salgssummen, i tillegg til leieutgifter i perioden mellom disposisjons- og omstøtelsestidspunktet. Et annet eksempel på avkastning som det kan tenkes at boet ønsker, er erstatning for er tapte renteinntekter. Der den annen part aktivt har forvaltet det formuesgode som vedkommende tilegnet seg, og har oppnådd en god avkastning er spørsmålet om boet har rett på denne avkastningen eller om kravet er avgrenset til den avkastningen boet ville ha oppnådd dersom disposisjonen ikke fant sted. Problemstillingen er dermed om boet kan kreve at tap avkastning skal tas med i beregningen av det «tap» som utgjør erstatningskravet etter dekningsloven § 5-12, og hvordan kravet skal utmåles.

Det følger av dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum at det «tap» boet er blitt «tilføyd ved den omstøtelige disposisjon» skal erstattes. Etter naturlig ordlydsforståelse vil avkastningen som ellers ville vært oppnådd, inngå i det tapet som har fulgt som en direkte konsekvens av disposisjonen. Det følger videre av § 5-12 første ledd tredje punktum at dersom naturalrestitusjon velges som oppgjørsmåte, kan boet kreve at den annen part erstatter «ytterligere tap» som boet er blitt tilføyd ved disposisjonen. Til tross for at § 5-12 første ledd tredje punktum omhandler oppgjørssiden av omstøtelseskravet, slik at «ytterligere tap» sikter til økonomisk oppgjør der naturalrestitusjon ikke fullt ut erstatter boets tap, er det et uttrykk for at også annet tap enn formuesgjenstandens verdi kan inngå i det «tap» som utgjør boets erstatningskrav etter første punktum.

Når det gjelder spørsmålet om boet har rett på avkastning av det mottatte kan det trekkes linjer til virkningen av de objektive omstøtelsesreglene, som er berikelsesfraleggelse jf. dekningsloven § 5-11. Når en skal trekke linjer fra § 5-11 er det imidlertid viktig å ta hensyn til at vilkårene «berikelse» og «tap» er forskjellige, og at de sentrale hensyn som ligger til grunn for de respektive bestemmelsene er ulike. En nærmere analyse av dekningsloven § 5-11 og forholdet mellom §§ 5-11 og 5-12 vil gjøres i pkt. 3.1.

Utgangspunktet i dekningsloven § 5-11 er at den annen part må fralegge seg den «berikelse» som er oppnådd. I bestemmelsens første ledd annet punktum fremgår det imidlertid et unntak fra utgangspunktet:

«Boet kan likevel ikke kreve tilbakeført det utbytte som den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelse før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål» (egen understreking).

En antitetisk tolkning av dekningsloven § 5-11 tilsier at «utbytte» kan kreves tilbakeført dersom den annen part ikke har vært i «god tro». Etersom subjektiv omstøtelse krever at den annen part ikke er i god tro jf. vilkåret om at den annen part «kjente eller burde kjent til» de omstendigheter som gjorde disposisjonen utilbørlig i dekningsloven § 5-9, kan en antitetisk tolkning av dekningsloven § 5-11 tilsi at det kan kreves erstatning for «utbytte» etter § 5-12. Huser har gitt uttrykk for at en slik tolkning må legges til grunn.<sup>63</sup>

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en antitetisk tolkning av et unntak fra prinsippet om berikelsesfraleggelse egner seg som begrunnelse for gjeldende rettstilstand etter § 5-12. Unntaket fra prinsippet om berikelsesfraleggelse i § 5-11 første ledd annet punktum er et uttrykk for den godtroende besitters fruktrett, som er nedfelt i hendelege eidegdomshøvelova § 15.<sup>64</sup> Den godtroende besitters fruktrett innebærer en rett til å sitte med «avling, avdrått og anna som tingen kastar av seg» jf. hendelege eidegdomshøvelova § 15, og er således uttrykk for en generell rett til avkastningen av tingen dersom avkastningen er opptjent i god tro. Spørsmålet er imidlertid om avkastningen i § 5-11 tilsvarer avkastning av «tap» i § 5-12. I vurderingen av det dreier seg om samme avkastning må det legges vekt på at bestemmelsene har ulike uttrykk for boets krav, henholdsvis «berikelse» i § 5-11 og «tap» i § 5-12.

Utgangspunktet for tapsvurderingen er den økonomiske situasjonen boet ville stått ovenfor dersom den omstøtelige disposisjonen ikke hadde skjedd, mens utgangspunktet for berikelsesvurderingen er det som er igjen på omstøtelsestidspunktet, se pkt. 3.1. Avkastningen etter § 5-11 knytter seg dermed til det som er igjen på omstøtelsestidspunktet, mens avkastningen av «tap» må utmåles med utgangspunkt i den tenkte situasjonen der den omstøtelige disposisjonen ikke hadde funnet sted jf. ordlydstolkningen av bestemmelsen. De ulike uttrykk for boets krav medfører at det dreier seg om ulik avkastning, som tilsier at en

---

<sup>63</sup> Huser (1992) s. 635

<sup>64</sup> Huser (1992) s. 606, Andenæs (2009) s. 378 og Sandvik (1985) s. 71



antitetisk tolkning av unntaket fra berikelsesfraleggelse i § 5-11 ikke kan begrunne en hjemmel til å kreve erstatning for tapt avkastning etter § 5-12.

Det fremgår imidlertid av forarbeidene at den subjektive omstøtelsesregelen skal ramme hardere enn de objektive omstøtelsesreglene.<sup>65</sup> At den subjektive regelen skal ramme hardere enn de objektive, taler for at erstatning for tapt avkastning kan kreves ettersom det følger en slik rett av § 5-11 i tilfeller der den annen part ikke har vært i god tro. Ettersom § 5-12 er ment å ta hensynet til boet mens § 5-11 skal ta hensyn til den annen part, tilsier hensynet til det tiltenkte samspillet mellom reglene at boet ikke bør ha bedre dekningsrett etter de objektive reglene.<sup>66</sup> Samlet sett må § 5-11 anse å tale for at det kan kreves erstatning for tapt avkastning etter § 5-12, tolkningen må imidlertid bygge på en vurdering av samspillet mellom de to bestemmelsene fremfor en antitetisk tolkning av unntaket i § 5-11 første ledd annet punktum.

Videre må problemstillingen sees i lys av det grunnleggende prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted. Dersom boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted med hensyn til avkastning må en ta utgangspunkt i hvilken avkastning konkursskyldneren ville ha oppnådd dersom disposisjonen ikke hadde blitt gjennomført.<sup>67</sup> I erstatningsretten opereres det også med et utgangspunkt om hvordan situasjonen ville vært dersom den erstatningsbetingede handlingen ikke hadde funnet sted.<sup>68</sup> Hvordan den annen part har forvaltet tingen, og den innvirkningen forvaltningen har hatt på avkastningen vil dermed ikke være av betydning i vurderingen av boets eventuelle rett på erstatning av tapt avkastning. Dersom formuesgjenstanden konkursskyldneren overførte til den annen part var et fond, må en gå ut fra at fondet fremdeles ville vært i konkursskyldneren besittelse på omstøtelsestidspunktet med mindre det er konkrete holdepunkter for noe annet.<sup>69</sup> Dersom den annen part valgte å selge fondet på et tidspunkt der avkastningen var annerledes enn på omstøtelsestidspunktet, er det likevel fondets avkastning på omstøtelsestidspunktet som det eventuelt kan kreves erstatning for ettersom en skal stille boet som om disposisjonen ikke hadde funnet sted. På samme måte vil boets tapte avkastning på en leilighet som ble brukt

---

<sup>65</sup> NOU 1972: 20 s. 297, «På grunn av den mer gjennomgripende virkning av den subjektive omstøtelse, se DU § 5-14 sammenholdt med § 5-13, kan det være fordelaktig for boet å påberope den subjektive regel også i tilfelle hvor en objektiv regel er anvendelig»

<sup>66</sup> Se nærmere om dette i pkt. 3.1

<sup>67</sup> Huser (1992) s. 634

<sup>68</sup> Rt. 2003 s. 400 avsnitt 49 og Lødrup (2009) s. 448

<sup>69</sup> Huser (1992) s. 630

som utleiebolig være utleieinntektene i perioden mellom disposisjons- og omstøtelsestidspunktet, også dersom den annen part valgte å bo i leiligheten og dermed ikke opptjente samme avkastning i den angitte perioden. Prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted tilsier dermed at det kan kreves erstatning for boets tapte avkastning, og at kravet utmåles ved å ta utgangspunkt i hvilken avkastning konkursskyldneren ville ha oppnådd dersom disposisjonen ikke fant sted.

I teorien er det bred enighet om at boet skal kompenseres for tapt avkastning.<sup>70</sup> Huser gir uttrykk for at utgangspunktet for utmålingen av den tapte avkastningen er ikke er avkastningen den annen part har oppnådd, men den avkastning det må antas ville ha tilkommet boet om disposisjonen ikke hadde skjedd.<sup>71</sup> Han uttaler videre at «i mangel av andre holdepunkter vil det imidlertid kunne antas at debitor ville ha oppnådd den samme avkastning som den annen part faktisk har oppnådd».<sup>72</sup> Holdepunkter for hvordan en konkursskyldner vil forvalte verdier i fremtiden vil normalt trolig være vanskelig å drive frem, det kan imidlertid tenkes unntak der konkursskyldneren har en langvarig praksis som det må antas at ville fortsatt dersom disposisjonen ikke fant sted, eksempelvis utleie av en leilighet som er bygget om for å kunne huse et kollektiv. Andenæs mener at den annen part skal «erstatte utbytte vunnet av det mottatte», følgelig vil boets erstatningskrav for tapt avkastning tilsvare den avkastningen den annen part har oppnådd.<sup>73</sup> Sandvik gir uttrykk for samme oppfatning som Andenæs ved å legge til grunn at den annen part må «fralegge seg utbytte tingen har gitt».<sup>74</sup> I teorien er oppfatningene dermed delte når det gjelder utmåling av erstatning for tapt avkastning i tilfeller der det er konkrete holdepunkter for å fastslå hvilken avkastning boet ville hatt. Dersom slike holdepunkter ikke foreligger vil Husers løsning samsvare med løsningene som er lagt til grunn av Andenæs og Sandvik, som medfører at det i slike tilfeller vil være enighet i teorien om at erstatningskravet skal tilsvare den avkastningen den annen part har oppnådd.

Etter en analyse av de sentrale rettskildene synes det klart at boet har krav på erstatning for tapt avkastning. Det er imidlertid noe mer uklart hvordan utmålingen av erstatningskravet skal gjøres.

---

<sup>70</sup> Huser (1992) s. 634, Andenæs (2009) s. 380 og Sandvik (1985) s. 73

<sup>71</sup> Huser (1992) s. 634

<sup>72</sup> Huser (1992) s. 634

<sup>73</sup> Andenæs (2009) s. 380

<sup>74</sup> Sandvik (1985) s. 71

I Sverige er spørsmålet løst i lovteksten. Det følger av konkurslagen (1987:672) 4 kap. 15 § annet ledd at:

«Skall någon återbära egendom vid återvinning enligt 5 §, kan han förklaras skyldig att utge även avkastning som belöper på tiden från det att han mottog egendomen till dess att återvinning påkallades. Räkta för sådan tid beräknas enligt 5 § räntelagen» (egen understreking).

En ordlydstolkning av bestemmelsen tilsier at dersom det omstøtes etter § 5, den subjektive omstøtelsesregelen, kan den annen part pålegges å fralegge seg den avkastningen som er oppnådd i perioden mellom disposisjons- og omstøtelsestidspunktet. I motsetning til norsk rett pålegger imidlertid ikke svensk rett en plikt til å fralegge seg avkastning jf. ordlyden «kan», men den gir dommeren muligheten til å tilkjenne boet erstatning for slik avkastning. Svensk rett er ikke direkte overførbart til norsk, men grunnet det nordiske lovsamarbeidet kan løsninger i den svenske loven gi veiledning for spørsmål etter dekningsloven.

Bevishensyn tilsier at det normalt er avkastningen den annen part har oppnådd som bør legges til grunn for kravet, da det som regel vil være utfordrende å påvise hvilken avkastning konkursskyldneren ville hatt. Dersom det foreligger konkrete holdepunkter for hvilken avkastning boet ville hatt, vil en slik løsning imidlertid også være i tråd med de bevishensyn som gjør seg gjeldende. Forutberegnelighetshensyn tilsier at den annen parts oppnådde avkastning må legges til grunn, da det vil svekke forutberegneligheten omkring kravets størrelse for begge parter om en tenkt situasjon der konkursskyldneren ble sittende igjen med formuesgjenstanden blir avgjørende. Dersom det foreligger konkrete holdepunkter for hvilken avkastning boet ville hatt, vil det likevel være i tråd med hensynet til forutberegnelighet å legge en slik konkret og påviselig sum til grunn for kravet.

Samlet sett må det ansees å foreligge sterke holdepunkter for å utlede et utgangspunkt om at avkastningen konkursskyldneren ville ha oppnådd utgjør grunnlaget for det erstatningskravet som kan kreves for tapt avkastning, dersom det foreligger konkrete holdepunkter for størrelsen på avkastningen. En slik løsning samsvarer også godt med de nevnte hensyn som gjør seg gjeldende i konkursretten.

Dersom slike konkrete holdepunkter ikke lar seg oppdrive er spørsmålet om kravet på tapt avkastning bør tilsvare avkastningen den annen part har oppnådd, eller utmåles etter en

antagelse av avkastningen konkursskyldneren ville ha hatt. Prinsippet om at boet skal få dekket hele sitt tap tilsier at den en antagelse av konkursskyldnerens avkastning må legges til grunn for kravet, da det er denne avkastningen som utgjør «tap» etter ordlyden. En antagelse av konkursskyldnerens avkastning vil imidlertid være problematisk med hensyn til forutberegnelighets- og bevishensyn. En løsning der den annen parts avkastning ligger til grunn for kravet, i tilfeller der det ikke foreligger konkrete holdepunkter for avkastningen konkursskyldneren ville oppnådd, samsvarer langt bedre med synspunktene i juridisk teori, forutberegnelighetshensyn og bevishensyn.

Svaret på problemstillingen er følgelig at det kan kreves erstatning for tapt avkastning. Når det gjelder utmålingen av kravet er utgangspunktet at kravet tilsvarer den avkastningen konkursskyldneren ville ha oppnådd dersom det er holdepunkter for å fastslå en slik sum. Dersom det ikke foreligger konkrete holdepunkter for konkursskyldnerens avkastning, må kravet tilsvare avkastningen den annen part har oppnådd.

# 3 Vurdering av «tap» i tilfeller der medkontrahentens berikelse overstiger boets tap

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

I de fleste tilfeller der det fremmes krav om omstøtelse vil konkursboets tap være større enn den annen parts berikelse.<sup>75</sup> Det vil likevel være tilfeller der berikelsen er større enn tapet. Dersom berikelsen er større enn tapet vil den annen part som er i god tro måtte fralegge seg hele den oppnådde berikelsen jf. dekningsloven § 5-11. Dersom den annen part i samme situasjon ikke er i god tro, og dermed må fralegge seg boets «tap» jf. dekningsloven § 5-9 jf. § 5-12, vil vedkommende sitte igjen med en gevinst tilsvarende differansen mellom boets «tap» og egen «berikelse». En løsning der den annen part kommer bedre ut ved å ikke være i god tro kan fremstå som problematisk grunnet det tiltenkte samspillet mellom dekningsloven §§ 5-11 og 5-12, og de parter reglene er ment å ivareta. For å fremheve det problematiske ved en slik løsning er det nødvendig å gjøre rede for virkningen av objektiv omstøtelse og det tiltenkte forholdet mellom dekningsloven §§ 5-11 og 5-12.

«Berikelse» er kravet som skal omstøtes ved objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-11. I likhet med «tap» i § 5-12 er «berikelse» et verdikrav, altså et rent økonomisk krav.<sup>76</sup> Dekningsloven § 5-11 krever at den annen part «fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon» dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8 foreligger. En naturlig ordlydstolkning av bestemmelsen tilsier at den annen part må ha oppnådd en formuesforøkning som følge av disposisjonen, og at denne formuesforøkningen er gjenstand for omstøtelse. Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt det er formuesforøkningen den annen part opplevde på disposisjonstidspunktet eller den som foreligger på omstøtelsestidspunktet som er avgjørende for kravets størrelse. I forarbeidene beskrives «berikelse» som et «forholdsvis festnet begrep», og gir altså ikke videre veiledning

---

<sup>75</sup> Se Rt. 1996 s. 1647 på s. 1654 og Brækhus og Berg (2016) s. 87-88

<sup>76</sup> Berg (2021) s. 250

angående forståelsen av vilkåret.<sup>77</sup> Det er bred enighet i juridisk teori om at «berikelse» må forstås som det som er i behold på omstøtelsestidspunktet.<sup>78</sup> Berikelsen skiller seg altså fra «tap» etter § 5-12 ved at den «berikelse» som skal fralegges, er det som er i behold på omstøtelsestidspunktet. Kravet «tap» er verdien av det den annen part har mottatt på domstidspunktet jf. pkt. 2.3. Forarbeidene gir anvisning på grunnlaget for forskjellen mellom «berikelse» i § 5-11 og «tap» i § 5-12. Det fremgår av forarbeidene at «berikelse» i § 5-11 skiller seg fra «tap» i § 5-12 ved at vilkåret i større grad skal ivareta den annen part som ikke har utvist skyld, i motsetning til den annen part i § 5-12 som «kjente eller burde kjent til» konkursskyldnerens økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig jf. § 5-9.<sup>79</sup> Ved å begrense omstøtelseskravet til å gjelde det som gjenstår på omstøtelsestidspunktet stilles den annen part som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.<sup>80</sup> Begrensningen av omstøtelseskravet til å gjelde det som gjenstår på omstøtelsestidspunktet kalles berikelsesbegrensningen. Berikelsesbegrensningen sikrer at det tas hensyn til den annen part ved å sørge for at omstøtelseskravet ikke overstiger den berikelsen den annen part faktisk har oppnådd som følge av den omstøtelige disposisjonen.<sup>81</sup> Å stille den annen part som om disposisjonen ikke hadde funnet sted er et grunnleggende prinsipp ved objektiv omstøtelse.<sup>82</sup>

Det tiltenkte styrkeforholdet mellom virkningsbestemmelsene §§ 5-11 og 5-12 fremgår av forarbeidene i NOU 1970: 20 på s. 300:

*«På grunn av den mer gjennomgripende virkning av den subjektive omstøtelse, se DU § 5-14 sammenholdt med § 5-13, kan det være fordelaktig for boet å påberope den subjektive regel også i tilfelle hvor en objektiv regel er anvendelig».*<sup>83</sup>

Forarbeidsuttalelsen gir uttrykk for at den subjektive omstøtelsesregelen skal ramme hardere og gi boet et bedre vern. Det vil dermed samsvare dårlig med forarbeidene å legge til grunn en løsning der det er mer fordelaktig for boet å påberope seg den objektive virkningsregelen i § 5-11 i tilfeller der berikelsen er større enn tapet. I tillegg til det angitte styrkeforholdet mellom bestemmelsene i forarbeidene er det en rekke forskjeller mellom virkningen i den objektive omstøtelsesregelen og den subjektive omstøtelsesregelen. Sentrale hensyn slår også ulikt ut de

---

<sup>77</sup> NOU 1972: 20 s. 300

<sup>78</sup> Se Huser (1992) s. 581-582 og Andenæs (2009) s. 376

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

<sup>80</sup> Huser (1992) s. 573

<sup>81</sup> Andenæs (2009) s. 376

<sup>82</sup> Huser (1992), s. 571-572

<sup>83</sup> NOU 1972: 20 s. 297

to regelsettene. Blant de mest sentrale forskjellene er at oppstilles et krav om den annen part «kjente eller burde kjent til» konkursskyldnerens økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig i § 5-12 jf. § 5-9, mens det ikke kreves tilsvarende bevis om den annen parts tro i § 5-11. Den annen part i § 5-12 er dermed beviselig ikke i god tro, mens den annen part i § 5-11 kan være i god tro. I denne sammenheng er det problematisk at en annen part som ikke er i god tro kommer bedre fra et omstøtelsesoppgjør enn om vedkommende hadde vært i god tro, i tilfeller der berikelsen overstiger tapet. Formålet med § 5-11 er å stille medkontrahenten som om disposisjonen ikke hadde funnet sted jf. ovenstående drøftelse, mens formålet med § 5-12 er å beskytte konkursboet på tilsvarende måte jf. pkt. 2.3. I lys av formålet bak de respektive reglene fremstår det problematisk at boet i tilfeller der berikelsen overstiger tapet får bedre dekning etter § 5-11, som er ment å ivareta den annen part, og at den annen part i samme situasjon får bedre beskyttelse etter § 5-12, som er ment å ivareta boets interesser. For subjektiv omstøtelse står reparasjonshensynet sentralt. Reparasjonshensynet er helt grunnleggende i den alminnelige erstatningsretten, og dreier seg om at den som har lidt et tap bør få dette erstattet av den som er ansvarlig for tapet.<sup>84</sup> I § 5-11 er det hensynet til den annen part som står sentralt, noe som er illustrert ved berikelsesbegrensningen. De sentrale hensynene som ligger til grunn for henholdsvis §§ 5-11 og 5-12 samsvarer også dårlig med at boet oppnår bedre dekning etter § 5-11 og at den annen part kommer bedre ut av omstøtelsesoppgjøret ved anvendelse av § 5-12. Forskjellen på «tap» og «berikelse» er helt grunnleggende for den foreliggende problematikken. Mens «tap» tar utgangspunkt i en tenkt situasjon der den omstøtelige disposisjonen ikke blir gjennomført, ser man i stor grad bort fra hvordan medkontrahenten har forvaltet tingen.<sup>85</sup> Ved vurderingen av «berikelse» er medkontrahentens forvaltning at tingen helt sentralt, da det er det som er igjen på omstøtelsestidspunktet som skal omstøtes.<sup>86</sup>

Når en ser på den tenkte situasjonen der berikelsen er større enn tapet, skyldes dette dermed at medkontrahenten har forvaltet tingen på en slik måte at den har hatt en verdistigning som ikke ellers ville funnet sted. Slik løsningen tilsynelatende er i norsk rett vil en medkontrahent i god tro som får omstøtt disposisjonen etter § 5-11 måtte legge fra seg hele berikelsen, mens en medkontrahent som ikke er i god tro i tilsvarende situasjon vil sitte igjen med det

---

<sup>84</sup> Nygaard (2007) s. 19

<sup>85</sup> Huser (1992) s. 628

<sup>86</sup> Huser (1992) s. 572-573

overskytende ettersom det kun er boets «tap» som skal erstattes jf. § 5-12. Løsningen er problematisk i lys av de sammenhenger, hensyn og formål som er gjennomgått ovenfor.

I dansk rett har lovgiver tatt grep for å forhindre et slikt resultat som tilsynelatende fremgår av norsk rett. Det følger av den danske Bekendtgørelse af konkursloven LBK nr 1600 af 25/12/2022 § 75 første ledd første punktum at

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

I dansk rett er altså «berikelse» i den objektive omstøtelsesreglen begrenset til boets tap. I de danske forarbeidene forklares tapsbegrensningen ved at den er i samsvar med det som *«sædvanligvis antages ved anvendelsen af en berigelsesregel»*, og begrunnes videre i at en annen part som har fått mer ut av en gjenstand enn det den egentlig er verdt bør få beholde overskuddet.<sup>87</sup> At forarbeidene gir uttrykk for at det må ansees sedvanlig å inkorporere en tapsbegrensning i berikelsesbegrensningen må sees i lys av at berikelsesbegrensningen er ment å ivareta den annen part. Berikelsesbegrensningen vil virke mot sin hensikt dersom den medfører at den annen part pålegges et større krav enn det som ville vært tilfellet dersom vedkommende fikk et erstatningskrav som tilsvarer boets tap mot seg, som i dekningsloven § 5-12. Den danske løsningen medfører at den annen part både etter de objektive omstøtelsesreglene og den subjektive omstøtelsesregelen vil sitte igjen med det overskytende i tilfeller der berikelsen overstiger boets tap.

I forarbeidene til dekningsloven er det eksplisitt uttalt at noen tilsvarende løsning ikke er inkorporert i norsk rett da det antas at «det ikke er noen reell begrunnelse for en slik grense».<sup>88</sup> Det er grunn til å stille seg kritisk til forarbeidsuttalelsen ettersom en god begrunnelse for en slik regel vil være at man unngår den problematiske løsningen som tilsynelatende fremgår av norsk rett i tilfeller der den annen parts berikelse overgår boets tap. En løsning der det inkorporeres en tapsbegrensning i § 5-11 må likevel ansees uaktuell grunnet forarbeidsuttalelsen.

---

<sup>87</sup> KBET 1971 nr. 606 s. 165

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



## 3.2 Omfattes medkontrahentens berikelse av «tap» i dekningsloven § 5-12

Som illustrert i pkt. 3.1 er den tilsynelatende gjeldende rettstilstanden for omstøtelsesvirkninger i tilfeller der den annen parts berikelse overstiger konkursboets tap problematisk. Rettstilstanden kan ikke avhjelpes ved å innfortolke en tapsbegrensning i berikelsesvilkåret i § 5-11, slik det er gjort i dansk rett, ettersom det eksplisitt er tatt avstand fra en slik løsning i de norske forarbeidene.<sup>89</sup> Problematikken kan imidlertid avhjelpes ved å tolke «tap» i § 5-12 til å også omfatte den annen parts «berikelse». Problemstillingen for den følgende drøftelsen er dermed om «tap» i dekningsloven § 5-12 kan tolkes som å også omfatte den annen parts «berikelse» jf. 5-11.

En løsning der «tap» tolkes dithen at det skal innebære den annen parts «berikelse», vil skille seg fra løsningen som er lagt til grunn i dansk rett. Dersom «tap» omfatter «berikelse», må den annen part fralegge seg berikelsen både etter den subjektive omstøtelsesregelen og de objektive reglene, mens den annen part får beholde berikelsen i begge tilfeller etter dansk rett. Berikelsen skyldes den annen parts innsats jf. pkt. 3.1. Det kan dermed ansees problematisk at boet skal beholde berikelsen. Ved å pålegge den annen part å fralegge seg berikelsen både etter den subjektive omstøtelsesregelen og de objektive omstøtelsesreglene, vil en imidlertid unngå at en annen part som ikke er i god tro jf. § 5-12 får beholde berikelsen mens en annen part som gjerne kan være i god tro etter § 5-11 må fralegge seg berikelsen. En slik løsning vil medføre likebehandling av den annen part i slike tilfeller, som medfører at reglene i større grad vil få den tiltenkte virkning og ivareta de tiltenkte hensyn. Særlig sentralt vil det være at § 5-12 som er tiltenkt å være mer gjennomgripende ikke vil gi boet dårligere dekning enn § 5-11, og at § 5-11 som er ment å ivareta den annen part ikke vil pålegge vedkommende et strengere krav enn § 5-12 som skal ivareta boet.<sup>90</sup>

Dekningsloven § 5-12 annet ledd inneholder regler om lemping av erstatningskravet etter bestemmelsens første ledd. I § 5-12 annet ledd annet punktum fremgår det at «*den annen part kan likevel ikke stilles gunstigere enn vedkommende ville vært stilt etter § 5-11*». En ordlydstolkning tilsier at berikelsen etter § 5-11 vil være den nedre grensen for lemping av erstatningskravet «tap» jf. § 5-12 første ledd. At det eksplisitt uttales at erstatningskravet ikke

---

<sup>89</sup> NOU 1970: 20 s. 300

<sup>90</sup> Se pkt. 3.1

kan settes lavere enn berikelsen kan tilsi at det er lovgivers vilje at «tap» skal være et mer inngrepende krav enn «berikelse», og at tapet dermed må ansees å omfatte berikelsen i de tilfeller der berikelsen er større enn tapet.

Huser gir imidlertid uttrykk for at lempingsbegrensningen i § 5-12 annet ledd annet punktum kun markerer en nedre grense for lemping, og at dersom berikelsen er større enn boets «tap» må dette medføre at det ikke er adgang til lemping.<sup>91</sup> Huser reiser ikke problemstillingen vedrørende hva som må bli løsningen dersom berikelsen er større enn tap i sin fremstilling. Den foregående uttalelsen kan imidlertid tas til inntekt for at han legger til grunn at boet vil få bedre dekning ved å anvende de objektive omstøtelsesreglene i tilfeller der berikelsen er større enn tapet, ettersom han ikke problematiserer at manglende lempingsadgang forutsetter at boet får bedre dekning etter de objektive omstøtelsesreglene. I forlengelsen av oppfatningen av at boet vil få bedre dekning ved å anvende de objektive omstøtelsesreglene, vil det dermed ikke være rom for å innlemme den annen parts berikelse i det «tap» som skal erstattes i slike tilfeller.

I relasjon til lempingsadgangen i dekl. § 5-12 annet ledd annet punktum fremgår følgende av forarbeidene:

*«Ansvaret ved omstøtelse på subjektivt grunnlag bør selsvagt ikke kunne bli mindre enn ansvaret ved omstøtelse på objektivt grunnlag. Ansvaret bør derfor ikke kunne settes lavere enn berikelsen» (egen understreking).<sup>92</sup>*

Utover å understreke at den annen parts berikelse er den nedre grensen for lemping av ansvar etter § 5-12, kan forarbeidene gi uttrykk av å hvile på en forutsetning om at boets tap alltid vil være større enn den annen parts berikelse og at § 5-12 skal favne videre enn § 5-11 jf. uttalelsen om at krav etter subjektivt ansvar «selsvagt» ikke kan bli mindre enn krav etter objektivt ansvar.

At forarbeidene til dekningsloven § 5-12 annet ledd synes å hvile på en forutsetning om at boets «tap» er større enn den annen parts «berikelse», reiser en underproblemstilling om en slik forutsetning synes å ligge til grunn for forarbeidene som helhet.

---

<sup>91</sup> Huser (1992) s. 638

<sup>92</sup> NOU 1970: 20 s. 302

I relasjon til den danske løsningen på problematikken som ble trukket frem i pkt. 3.1, der danskene har valgt å inkorporere en tapsbegrensning i virkningsbestemmelsen for objektiv omstøtelse, fremgår det av forarbeidene at:

*«i dansk utkast er berikelsen maksimert til boets tap. Utvalget antar at det ikke er noen reell begrunnelse for en slik grense, og man har ikke tatt inn en tilsvarende begrensning i norsk utkast» (egen understreking).<sup>93</sup>*

I pkt. 3.1 ble forarbeidsuttalelsen kritisert ettersom en god begrunnelse for en slik regel vil være at den løser problematikken som oppstår i norsk rett når den annen parts berikelse er større enn boets tap. Synspunktet om at det ikke er noen reell begrunnelse for en tapsgrense for berikelse kan imidlertid være uttrykk for at situasjonen der berikelsen er større enn tapet er oversett. Dersom en underbevisst hviler på en forutsetning om at tapet er større enn berikelsen vil ikke en tapsbegrensning ha noe for seg. Forarbeidsuttalelsen kan dermed synes å være uttrykk for en forutsetning om at boets tap er større enn den annen parts berikelse.

På side 297 i NOU 1970: 20 kommenteres styrkeforholdet mellom dekningsloven §§ 5-11 og 5-12:

*«I praksis vil den subjektive omstøtelsesregel først og fremst bli påberopt i tilfelle hvor de objektive regler ikke fører frem – det gjelder f. eks. en disposisjon som tidsmessig eller innholdsmessig faller utenfor de sistnevnte regler. Den subjektive regel er imidlertid ikke subsidiær i forhold til de objektive. På grunn av den mer gjennomgripende virkning av den subjektive omstøtelse, se DU § 5-14 sammenholdt med § 5-13, kan det være fordelaktig for boet å påberope den subjektive regel også i tilfelle hvor en objektiv regel er anvendelig» (egen understreking).<sup>94</sup>*

Forarbeidsuttalelsen gir uttrykk for at den subjektive omstøtelsesregelen primært vil anvendes i de tilfeller der de objektive reglene ikke fører frem. Dette vil nok i stor grad skyldes at de objektive reglene er utformet for å være en retts teknisk forenkling i forhold til den subjektive omstøtelsesregelen, slik at de objektive reglene vil være lettere å anvende.<sup>95</sup> Det følger videre av forarbeidene at den subjektive regelen har en mer «gjennomgripende virkning», og at det derfor «kan» være fordelaktig for boet å påberope den subjektive regel også i tilfeller hvor en

---

<sup>93</sup> NOU 1970: 20 s. 300

<sup>94</sup> NOU 1970: 20 s. 297

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153

objektiv regel er anvendelig. At det gis uttrykk for at den subjektive omstøtelsesregelen kan være fordelaktig å anvende også der de objektive omstøtelsesreglene er anvendelige, kan være uttrykk for en forutsetning om at § 5-12 alltid vil gi boet bedre dekning enn § 5-11. En slik forutsetning innebærer at situasjoner der berikelsen er større enn tapet er oversett. På en annen side tilsier bruken av «kan» at det ikke dreier seg om et klart uttrykk for en forutsetning om at tapet alltid er større enn berikelsen. Det kan tenkes at man ved bruken av «kan» tar høyde for tilfeller der berikelsen er større enn tapet slik at boet vil få bedre dekning etter § 5-11, men dette fremgår ikke eksplisitt. Forarbeidsuttalelsen synes å bygge på en forutsetning om at dekningsloven § 5-12 gir bedre dekning enn § 5-11, og i forlengelsen at boets «tap» alltid er større enn den annen parts «berikelse». Den potensielle forutsetningen er imidlertid ikke like tydelig som i de to foregående forarbeidsuttalelsene grunnet «kan»-forbeholdet.

Omfanget av det som kan kreves etter henholdsvis den subjektive omstøtelsesregelen og de objektive omstøtelsesreglene er kommentert i Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) på s. 170. I relasjon til subjektiv omstøtelse fremgår det av odelstingsproposisjonen at:

*«En slik subjektiv omstøtelsesregel supplerer de objektive omstøtelsesreglene som bare kan omfatte forholdsvis snevert definerte disposisjoner, og gir dessuten boet krav på erstatning av dets fulle tap, mens det ved objektiv omstøtelse bare kan kreve at den annen part fralegger seg berikelsen» (egen understreking).<sup>96</sup>*

At det uttales at den subjektive regel gir boet krav på «dets fulle tap», mens de objektive omstøtelsesregler «bare» gir krav på berikelsen, gir inntrykk av at boet ikke vil få like god dekning ved å anvende de objektive reglene ettersom berikelsen er mindre enn tapet. Her synes forarbeidene tydelig å hvile på en forutsetning om at boets «tap» er større enn den annen parts «berikelse».

Når de ulike forarbeidsuttalelsene sees i sammenheng fremstår det tydelig at forarbeidene er bygget på en forutsetning om at boets «tap» er større enn den annen parts «berikelse». Underproblemstillingen, om at en forutsetning som går ut på at tapet er større enn berikelsen ligger til grunn for forarbeidene som helhet, må dermed besvares bekreftende. Ettersom hovedproblemstillingen settes på spissen i tilfeller der berikelsen overgår tapet, må det

---

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 170

følgelig sees hen til andre rettskilder for å vurdere om «tap» i dekningsloven § 5-12 kan tolkes til å også omfatte den annen parts «berikelse» jf. 5-11.

Spørsmålet rundt hva som bør bli løsningen i tilfeller der den annen parts berikelse overstiger boets tap ble reist i Bruvik-dommen (Rt. 1996 s. 1647). Dommen gjaldt et eiendomsselskap og et driftsselskap, som var nært tilknyttet ved at driftsselskapet var et datterselskap av eiendomsselskapet. Selskapene hadde inngått en fremleieavtale, der driftsselskapet leide ut en eiendom som var eid av eiendomsselskapet. Da driftsselskapet fikk problemer med driften overdro driftsselskapet leiekontrakten, som stod mellom leietaker og driftsselskapet, til eiendomsselskapet. Spørsmålet i dommen var om overføringen måtte ansees som en gave etter dekningsloven § 5-2, og videre om overføringen kunne omstøtes. Til tross for at spørsmålet om hva som burde bli løsningen dersom den annen parts berikelse overstiger boets tap ikke kom på spissen i saken, kommenterte Høyesterett situasjonen slik:

*«Vanligvis vil boets tap være større enn mottakerens berikelse, og forskjellen mellom reglene i § 5-11 og § 5-12 kan begrunnes med at det ikke er urimelig at en ondtroende mottaker får en videre tilbakebetalingsplikt enn en godtroende mottaker. Men er situasjonen unntaksvis slik at mottakerens berikelse er større enn boets tap, kan det hevdes å være urimelig dersom mottakeren får en videre tilbakebetalingsplikt når omstøtelsen skjer på objektivt grunnlag enn når den skjer på subjektivt grunnlag. På den annen side er altså lovens ordlyd klar, og det er også forarbeidene. Og jeg kan ikke se at det isolert sett er urimelig om mottakeren må gi fra seg berikelsen. Ut fra den beregning av berikelsen som jeg er kommet frem til i vår sak, kan jeg imidlertid ikke her se at det er tilstrekkelig grunnlag for å beregne boets tap til noe mindre beløp, og jeg ser da ikke grunn til å ta stilling til det generelle spørsmålet.»<sup>97</sup>*

Høyesterettsuttalelsen ble gjort i forbindelse med en drøftelse om det kan innfortolkes en tapsbegrensning i utmålingen av den «berikelse» som skal fralegges etter dekningsloven § 5-11, som i dansk rett. Uttalelsen gjelder imidlertid en drøftelse av den rettsstilstanden som gjelder dersom det ikke er rom for å innfortolke en tapsbegrensning, slik at det dreier seg om løsningen som tilsynelatende fremgår av norsk rett jf. pkt. 3.1. Høyesterettsuttalelsen synes å legge til grunn at den annen part i god tro får et større krav rettet mot seg, enn den annen part som ikke er i god tro. Dersom en slik tolkning legges til grunn, er det ikke er rom for å tolke

---

<sup>97</sup> Rt. 1996 s. 1647 på s. 1654

«tap» til å omfatte den annen parts «berikelse». Det må likevel legges vekt på at uttalelsen er et *obiter dictum*, og at slike uttalelser normalt ikke er viet samme plass i den helhetlige drøftelsen da de ikke er avgjørende for resultatet i dommen.

I dommen gir Høyesterett uttrykk for at lovens ordlyd og forarbeider er klare. Lovteksten tar ikke opp spørsmålet om hva som bør bli løsningen der tapet overstiger berikelsen direkte. At berikelse oppstilles som en nedre grense for lemping av tap etter dekningsloven § 5-12 annet ledd annet punktum tyder imidlertid på at den annen part ikke skal komme bedre fra et omstøtelsesoppgjør på subjektivt grunnlag enn på objektivt grunnlag. Videre er forarbeidene ikke klare i drøftingen av spørsmålet, problemstillingen fremstår oversett jf. drøftelsen i underproblemstillingen ovenfor. Når det gjelder poenget om at det ikke synes urimelig at den annen part må fralegge seg berikelsen isolert sett, er ikke det nødvendigvis problematisk. Det er ikke gitt at den annen part bør få beholde det overskytende når berikelsen skyldes en omstøtelig disposisjon. En er imidlertid nødt til å se omstøtelsesvirkningene av den subjektive regelen og de objektive reglene i sammenheng, da de skal fungere i et funksjonelt samspill.<sup>98</sup> Den subjektive omstøtelsesregelen fungerer som et mer finmasket nett som fanger opp de tilfellene som ikke plukkes opp av de objektive reglene.<sup>99</sup> Når en ser virkningene i sammenheng er det problematisk at en godtroende annen part får en videre betalingsplikt enn en annen part i ond tro i samme situasjon, noe som også anerkjennes av Høyesterett i begynnelsen av uttalelsen.

I lys av de innvendinger som kan oppstilles til uttalelsen i høyesterettsdommen, og det faktum at uttalelsen er et *obiter dictum*, vil uttalelsen ha liten betydning for spørsmålet om «tap» i dekningsloven § 5-12 kan tolkes til å omfatte den annen parts «berikelse» i tilfeller der berikelsen overstiger tapet.

Spørsmålet om hva som bør bli løsningen der den annen parts berikelse er større enn boets tap er nevnt kort av Brækhus og Berg:

*«Etter omstendighetene kan kreditorfellesskapets tap likevel være mindre enn medkontrahentens berikelse, slik at en omstøtelse etter dekningsloven § 5-12 er gunstigere for medkontrahenten enn en omstøtelse etter dekningsloven § 5-11.»<sup>100</sup>*

---

<sup>98</sup> Brækhus og Berg (2016) s. 88

<sup>99</sup> NOU 1970: 20 s. 297

<sup>100</sup> Brækhus og Berg (2016) s. 88

Brækhus og Berg legger altså til grunn at en kreditor som «kjente eller burde kjent til» de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig jf. dekningsloven § 5-9 får sitte igjen med differansen mellom berikelsen og tapet mens en annen part i god tro vil måtte fralegge seg hele berikelsen, uten å problematisere dette videre. Som illustrert ovenfor i relasjon til den nedre grensen for lemping etter § 5-12 annet ledd annet punktum, legger også Huser til grunn at en annen part i god tro vil få et større krav rettet mot seg enn en part som ikke er i god tro i tilfeller der berikelsen overstiger tapet, uten å problematisere løsningen.<sup>101</sup>

Sandvik mener imidlertid at boet bør kunne kreve den annen parts berikelse etter den subjektive omstøtelsesregelen dersom berikelsen overstiger boets tap.<sup>102</sup> Sandviks synspunkt støtter løsningen som er foreslått i problemstillingen, der boets «tap» bør tolkes dithen at det omfatter den annen parts «berikelse». I likhet med ovennevnte teoretikerne begrunner imidlertid ikke Sandvik hvorfor løsningen bør bli slik. Mangelen på begrunnelse må ansees å være mer problematisk i tilknytning til Sandviks standpunkt, da det er en løsning som fraviker den løsning som følger av en naturlig ordlydsforståelse av lovteksten jf. pkt. 3.1. Sandviks standpunkt kan følgelig ikke tillegges betydelig vekt i den helhetlige vurderingen av om «tap» bør tolkes dithen at det omfatter «berikelse».

Som nevnt innledningsvis vil en løsning der «tap» tolkes dithen at det omfatter «berikelse» medføre at løsningene ikke strider med hensynene som ligger til grunn for henholdsvis dekningsloven §§ 5-11 og 5-12, og derav medføre bedre sammenheng i regelverket. § 5-11 er ment å ivareta den annen part, og vil ikke pålegge vedkommende en større betalingsplikt enn det som vil være tilfellet etter § 5-12 ettersom den annen part i begge tilfeller må fralegge seg berikelsen.. Samtidig vil ikke § 5-12, som er ment å ivareta boet, medføre at boet får dårligere dekning enn etter § 5-11 ettersom berikelsen innlemmes i det «tap» som skal erstattes.

Dekningsloven § 5-12 er imidlertid en erstatningsrettslig regel, som innebærer at reparasjonshensynet står sentralt. Reparasjonshensynet går ut på at skadelidte skal få gjenopprettet stillingen vedkommende hadde før skaden.<sup>103</sup> Prinsippet om at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde skjedd, er langt på vei overlappende med reparasjonshensynet, med det unntak at det er den tenkte situasjonen boet ville vært i på

---

<sup>101</sup> Huser (1992) s. 638

<sup>102</sup> Sandvik (1985) s. 72

<sup>103</sup> Lødrup (2009) s. 108

omstøtelsestidspunktet som skal gjenopprettes.<sup>104</sup> Hensynene tilsier at boet skal stilles som om disposisjonen ikke hadde skjedd. Ettersom berikelsen utelukkende skyldes den annen parts innsats, vil det samsvare dårlig med de nevnte hensyn å tilkjenne boet denne berikelsen. En løsning der «tap» tolkes til å omfatte «berikelse» strider følgelig mot tanken om at boets stilling skal gjenopprettes.

Det erstatningsrettslige prinsippet *compensatio lucri cum damno* går ut på at vinning skaden har tilført skadelidte avkortes i erstatningen, som nevnt i pkt. 2.4.4.<sup>105</sup> Prinsippet er blant annet begrunnet i en avgrensingsmålsetting om at skadelidte ikke skal tjene på skaden.<sup>106</sup> Spørsmålet er om den annen parts berikelse er en vinning som skal fralegges etter prinsippet om *compensatio lucri cum damno*. Hagstrøm mener at situasjoner som betegnes som «godt for dårlig» og «nytt for gammelt», altså der den skadelidte får tilbake en gjenstand som er mer verdifull enn den som ble avhendet, utvilsomt omfattes av prinsippet om *compensatio lucri cum damno*.<sup>107</sup> Tilfeller der den annen parts berikelse overstiger boets tap er et resultat av at den annen part har forvaltet tingen på en måte som har gjort den mer verdifull. Slike tilfeller faller dermed innenfor det som omtales som «godt for dårlig»-situasjoner og medfører at boet skal fralegge seg berikelsen etter prinsippet om *compensatio lucri cum damno*. Det vil følgelig samsvare dårlig med erstatningsrettslige prinsipper å tilkjenne boet berikelsen i tilfeller der berikelsen overstiger tapet ettersom den er opparbeidet av den annen part. Å tolke «tap» til å omfatte berikelse i slike tilfeller vil medføre at boet tjener på skaden.

Samlet sett synes situasjonen der den annen parts «berikelse» jf. dekningsloven § 5-11 er større enn boets «tap» i § 5-12 å være oversett i lovteksten og forarbeidene. Situasjonen er heller ikke satt på spissen i verken rettspraksis eller juridisk teori. At situasjonen ikke er satt på spissen i rettspraksis eller teori medfører utfordringer med hensyn til å ta stilling til om en «tap» kan tolkes til å omfatte den annen parts «berikelse». Som illustrert avslutningsvis samsvarer en tolkning av «tap» der «berikelse» omfattes, dårlig med de hensyn som ligger til grunn for dekningsloven § 5-12. Konklusjonen på problemstillingen er følgelig at «tap» i dekningsloven § 5-12 ikke kan tolkes dithen at «berikelse» etter § 5-11 omfattes for å bøte på de problemer som oppstår når den annen parts berikelse overstiger boets tap.

---

<sup>104</sup> Huser (1992) s. 628

<sup>105</sup> Hagstrøm (2011) s. 569

<sup>106</sup> Nygaard (2007) s. 72

<sup>107</sup> Hagstrøm (2001) side 169



## 3.3 Dagens rettstilstand i tilfeller der berikelsen overstiger tapet

### 3.3.1 De lege lata

Etter gjennomgangen i pkt. 3.1 og 3.2 er det klart at gjeldende rett, i tilfeller der den annen parts berikelse overstiger boets tap, medfører at boet får bedre dekning etter de objektive reglene. Som drøftet i pkt. 3.1 og 3.2 er en slik løsning problematisk da den medfører svak intern sammenheng mellom de to reglene, og medfører at bestemmelsene fører til dårligere løsninger for de parter de er ment å ivareta. Det er imidlertid ikke rettskildemessig grunnlag for å fravike den løsningen som fremgår av lovteksten jf. pkt. 3.2.

### 3.3.2 De lege ferenda

Som gjennomgangen i pkt. 3.2 illustrerte ville en løsning der «tap» i dekningsloven § 5-12 tolkes til å omfatte «berikelse» i § 5-11 medføre bedre intern sammenheng mellom reglene. En slik løsning ville imidlertid samsvart dårlig med de hensyn som ligger til grunn for § 5-12 isolert sett.

Løsningen som er lagt til grunn i dansk rett vil imidlertid bøte på den problematikken som oppstod ved problemstillingen i pkt. 3.2. Ved å innføre en tapsbegrensning i berikelseskravet i § 5-11, vil bestemmelsen ivareta den annen part slik formålet med regelen er.<sup>108</sup> Som det fremheves i de danske forarbeidene synes det rimelig at den annen part skal få sitte igjen med berikelsen når den skyldes vedkommendes innsats.<sup>109</sup> Videre ville en tapsbegrensning medført at kravet i § 5-12 ikke er mindre enn § 5-11, i tilfeller der berikelsen overstiger tapet, slik at § 5-12 som skal ivareta boets interesser ville gitt like god dekning. En tapsbegrensning i berikelseskravet i § 5-11 ville dermed løst de problemer en møter på i tilfeller der den annen parts berikelse overstiger boets tap. At det i NOU 1972: 20 s. 300 eksplisitt tas avstand fra en tapsbegrensning grunnet at det ikke er noen «reell begrunnelse for en slik grense», må sees i sammenheng med at situasjonen der den annen parts berikelsen overstiger boets tap fremstår oversett i forarbeidene jf. drøftelsen i pkt. 3.2. Det kan følgelig argumenteres for at det er rom

---

<sup>108</sup> NOU 1972: 20 s. 300

<sup>109</sup> KBET 1971 nr. 606 s. 165

for å se bort fra forarbeidsuttalelsene i vurderingen av om det kan inkorporeres en tapsbegrensning i dekningsloven § 5-11.

Samlet sett burde rettstilstanden være slik at det innføres en tapsbegrensning i berikelseskravet i dekningsloven § 5-11, slik det er gjort i dansk rett.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Bekendtgørelse af konkursloven LBK nr 1600 af 25/12/2022 § 75

# Litteraturliste

## 3.4 Lover

### 3.4.1 Norske lover

Lov 10. april 1969 nr. 17 om hendelege eieendomshøve (hendelege eieendomshøvelova/hendl.)

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

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

### 3.4.2 Danske lover

Konkurslov nr. 298 af 8. juni 1977 (Senest endret ved Bekendtgørelse af konkursloven LBK nr 1600 af 25/12/2022)

### 3.4.3 Svenske lover

Konkurslag (1987:672) 11. juni 1987

## 3.5 Forarbeider

### 3.5.1 Norske forarbeider

NOU 1970: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m

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

### 3.5.2 Danske forarbeider

KBET 1971 nr. 606 Konkurs og tvangsakkord: betænkning II afgivet af det af justitsministeriet den 29. januar nedsatte udvalg

### 3.6 Rettspraksis

Rt. 1994 s. 792 - Namtvedt

Rt. 1996 s. 1647 – Bruvik

Rt. 2003 s. 400 - Fearnley

Rt. 2007 s. 1415

HR-2017-959-A

### 3.7 Bøker og artikler

Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer*, Gyldendal juridisk 2015

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

Berg, Borgar Høgetveit, *Beslagsretten: Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*, Universitetsforlaget 2021

Brækhus, Sjur, *Konkursrett utvalgte emner*, Universitetsforlaget 1970

Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg, «Introduksjon til reglene om omstøtelse» *Jussens venner* 2016, s. 61-121

Fondevik, Harald, «40 prosent auke i talet på konkursar» *Statistisk sentralbyrå*, 25. April 2023, <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/konkurser/statistikk/opna-konkursar/artikler/40-prosent-auke-i-talet-pa-konkursar> (sist lest 10. mai 2023)

Hagstrøm, Viggo, «Compensatio lucri cum damno» *Jussens venner* 2001, s. 157-172

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget 2015

Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling & konkurs: Bind 3: Omstøtelse*, Bergen 1992

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg., Gyldendaal 2009

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utg., Universitetsforlaget 2007

Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett: Utdrag*, Universitetsforlaget 1985.