



Condictio indebiti

av Bjørn-Ivar Bendiksen

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2012*

Forord

Reglene om *condictio indebiti* er et tema med historiske røtter helt tilbake til romerretten. Det var med stort pågangsmot at jeg børstet støvet av denne «klassikeren» innen formueretten, og bestemte meg for å skrive en stor mastergradsavhandling. Arbeidet har til tider vært krevende, men fremfor alt givende. Et siktemål med avhandlingen har vært å bidra med avklaring av en rekke problemstillinger som har aktualisert seg i lys av den senere tids høyesterettspraksis. Samtidig har det vært en målsetting ikke å miste fokus på temaets bredde. Avhandlingen har slikt sett til formål å gi en fullstendig fremstilling av de ulovfestede reglene om *condictio indebiti*, selv om det innenfor rammene av en stor mastergradsavhandling selvfølgelig er nødvendig med visse prioriteringer.

Avhandlingen er skrevet ved det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, hvor jeg samtidig har vært ansatt som kollokvieleder og vitenskapelig assistent. Først og fremst vil jeg takke stipendiat Roger Stelander Magnussen for den oppofrende og grundige jobben han har gjort som min veileder. Jeg vil også takke fakultetet for å ha latt meg ta del i forskergruppen for formuerett, hvor jeg også har presentert avhandlingen min og fått nyttige innspill. En særlig takk går til PhD Markus Hoel Lie og dr. juris Lena Renate Lauritsen Bendiksen, som begge har lest gjennom avhandlingen og gitt nyttige tilbakemeldinger.

Bjørn-Ivar Bendiksen

Tromsø, mai 2012

Innhold

Forord	2
1 Innledning	5
1.1. Presentasjon av problemstillinger	5
1.2. Nærmere om temaet	5
1.3. Terminologi.....	7
1.4. Temaets aktualitet	8
1.4.1. Et praktisk og/eller rettsvitenskapelig behov for en behandling av emnet?	8
1.4.2. Rettspraksis som setter <i>condictio indebiti</i> i et nytt lys	9
1.5. Rettskilde- og metodespørsmål	10
1.5.1. Metoden	10
1.5.2. Rettskildefaktorene	11
1.6. Den videre fremstilling	13
2 Rettslig plassering	15
2.1. Utgangspunkter	15
2.2. <i>Condictio indebiti</i> i et kontraktrettslig paradigme	16
2.3. <i>Condictio indebiti</i> i et erstatningsrettslig paradigme	17
2.4. <i>Condictio indebiti</i> som berikelse-/restitusjonskrav	18
3 Forholdet til øvrige kravgrunnlag	20
3.1. Innledning	20
3.2. Forholdet til erstatningskrav, misligholdskrav, krav om tilleggsbetaling og lovhjemlet tilbakesøking	20
3.3. Forholdet til tilbakesøking på kontraktrettslig grunnlag.....	22
3.3.1. Gyldig kontrakt.....	22
3.3.2. Ugyldig kontrakt.....	23
3.3.2.1. Oversikt.....	23
3.3.2.2. Forholdet til avtaleloven § 30	23
3.3.2.3. Forholdet til avtaleloven § 33	24
3.3.2.4. Forholdet til forutsetningslæren	26
4 Rettshistorisk bakgrunn	27
4.1. Innledning	27
4.2. Den romerrettslige regulering	27
4.3. Utviklingen i norsk teori og rettspraksis	27
5 Rettslig grunnlag	30
5.1. Innledning	30
5.2. Høyesterett ga <i>condictio indebiti</i> et innhold – Særlig om Rt. 1927 s. 237	30
5.3. Etterfølgende rettspraksis.....	32
6 Anvendelsesområdet for <i>condictio indebiti</i>	34
6.1. Innledning	34
6.2. En oppfyllelse må ha funnet sted og ytelsen må kunne tilbakesøkes	34
6.3. Det må ikke foreligge plikt til oppfyllelse	35
6.4. Eksisterer det en forutsetning om villfarelse hos betaleren?	37
6.5. Kan <i>condictio indebiti</i> anvendes i «tingsrettslige» trepartsforhold?.....	40
6.5.1. Utgangspunkter.....	40
6.5.2. Særlig om rekkevidden av <i>condictio indebiti</i> overfor godtroende tredjemann – En analyse av Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg)	40
6.5.3. Kravets rekkevidde overfor betalingsmottakerens kreditorer (konkursbo).....	43
6.6. Bevisbyrde	46
6.7. Oppsummering.....	46

7	Innholdet i <i>condictio indebiti</i>	47
7.1.	Vurderingstema og forholdet mellom hensyn og momenter	47
7.2.	De grunnleggende hensyn	48
7.2.1.	Innledning	48
7.2.2.	Korreksjonshensynet	48
7.2.3.	Oppgjørshensynet	51
7.2.4.	Hensynene må ses i sammenheng	54
7.3.	Vurderingsmomenter	56
7.3.1.	Oversikt over punkt 7.3	56
7.3.2.	Betydningen av årsaken til <i>solutio indebiti</i>	56
7.3.2.1.	Innledning	56
7.3.2.2.	Feiloppfyllelse som er viljebestemt, men skjedd i villfarelse	57
7.3.2.3.	Feiloppfyllelse på grunn av en data- eller inntastingsfeil mv.	58
7.3.2.4.	Feiloppfyllelse som er viljebestemt og bevisst	59
(i)	Utgangspunkter	59
(ii)	Oppfyllelse på grunn av en bevismessige vanskelig stilling	59
(iii)	Oppfyllelse på grunn av fare for tap eller ulempe	60
(iv)	Oppfyllelse i villfarelse om øvrige forhold enn betalingsplikt – særlig om Rt. 1998 s. 989	61
7.3.3.	Subjektive forhold	62
7.3.3.1.	Innledning	62
7.3.3.2.	Subjektive forhold hos betaleren	62
7.3.3.3.	Subjektive forhold hos betalingsmottakeren	64
7.3.3.4.	Subjektive forhold hos begge parter	67
7.3.4.	Objektive feil – risikobetraktninger – hvor ligger hovedårsaken til feilen?	68
7.3.5.	Partens profesjonalitet, innbyrdes forhold og eventuelt betalingspress	69
7.3.5.1.	Innledning	69
7.3.5.2.	Generelt om ressursstyrke og grad av profesjonalitet	70
7.3.5.3.	Særlig om finansinstitusjoner	71
7.3.5.4.	Særlig om tilbakesøking hvor det offentlige er part	72
(i)	Tilbakesøking mellom offentlig og privat part	72
(ii)	Tilbakesøking mellom to offentlige parter	72
7.3.5.5.	Innbyrdes avhengighetsforhold og betalingspress	73
7.3.6.	Tidsmomentet	74
7.3.6.1.	Utgangspunkter	74
7.3.6.2.	Tiden fra betaleren oppdaget eller burde oppdaget feiloppfyllelsen	74
7.3.6.3.	Tiden fra oppfyllestidspunktet og til tilbakesøking kreves	79
7.3.6.4.	Foreldelse	81
7.3.7.	Graden av innrettelse	81
7.3.8.	Fordringens karakter	83
7.3.9.	Forbehold	84
7.3.9.1.	Utgangspunkter	84
7.3.9.2.	Forbehold er tatt	85
7.3.9.3.	Forbehold burde vært tatt	87
7.3.10.	Noen øvrige momenter	88
7.3.10.1.	Gjelder feiloppfyllelsen forpliktelsens eksistens eller omfang?	88
7.3.10.2.	Betaleren innfrir overfor feil betalingsmottaker	89
7.3.10.3.	Betaleren innfrir en annen gjeldspost hos samme betalingsmottaker	89
7.3.10.4.	Betaling av foreldet eller prekludert gjeld	89
7.3.10.5.	Betaling før forfall eller før frigjøringstid	91
7.3.10.6.	Betalerens mulighet for å oppnå dekning på annen måte	92
7.3.10.7.	Betalingen har sin bakgrunn i et straffbart forhold	92
7.4.	Sammenfatning og noen overordnede betraktninger	93

8	Tilbakesøkningskravets omfang	97
8.1.	Innledning	97
8.2.	Berikelsesbegrensningen	97
8.2.1.	Berikelsesbegrensningens rettslige grunnlag	97
8.2.2.	Nærmere om berikelsen	100
8.2.2.1.	Utgangspunkter	100
8.2.2.2.	Er mottakeren overhodet beriket ved oppfyllelsen?	100
8.2.2.3.	Berikelsens omfang	101
	(i) Fysiske gjenstander	101
	(ii) Pengeytelser	102
8.3.	Må betaleren tåle fradrag for overvelting?	104
8.4.	Renter på tilbakesøkningskravet?	106
8.4.1.	Forsinkelsesrenter	106
8.4.2.	Avsavnrenter	107
8.5.	Oppsummering	109
9	Avslutning	111
9.1.	Sammenfatning og konklusjoner	111
9.2.	En vurdering av dagens rettstilstand	112
Kilder		114
	Forarbeider	114
	Høyesterettspraksis	114
	Underrettspraksis	115
	Utenlandsk rettspraksis	115
	Sivilombudsmannens uttalelser	115
	Uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling	115
	Finansklagenemnda, Bankklagenemnda og Forsikringsklagenemnda	115
	Litteratur	116

1 Innledning

1.1. Presentasjon av problemstillinger

Temaet for avhandlingen er *de ulovfestede reglene om condictio indebiti* etter norsk rett.¹ Reglene kan tjene som rettslig grunnlag for et tilbakesøkingsskrav der betaleren har prestert en ytelse han helt eller delvis ikke var forpliktet til å prestere. Tilbakesøkingsskrav benyttes i denne sammenheng om krav hvis rettsfølge er tilbakeføring av verdier som opprinnelig er overført fra betaleren til betalingsmottakeren.²

Emnet reiser tre hovedproblemstillinger. For det *første* hva som er de nærmere forutsetninger for anvendelsen av *condictio indebiti*. For det *andre* hva som er det nærmere innholdet i *condictio indebiti*. Undersøkelsen vil her fokusere på vurderingstema, hensyn og momenter, herunder hva som skal til for å få medhold i et krav som bygger på *condictio indebiti*.³ Under forutsetning av at parten får medhold i tilbakesøkingsskravet, blir det for det *tredje* spørsmål om hva som er rettsfølgene, det vil si omfanget, av *condictio indebiti*. Hovedtyngden i avhandlingen vil ligge på de to første hovedproblemstillingene. I punkt 1.6 vil problemstillingene og behandlingen av disse presiseres.

1.2. Nærmere om temaet

Condictio indebiti betyr tilbakesøking av det man ikke var forpliktet å betale. Reglernes anvendelsesområde er likevel tradisjonelt begrenset til tilbakesøking hvor oppfyllelsen har sin årsak i en *villfarelse om betalingsplikstens eksistens eller omfang*.⁴ I senere tid synes Høyesterett å ha utvidet reglernes anvendelsesområde utover *villfarelsetilfellene*.⁵ Dette gir grunnlag for å analysere i hvilken utstrekning *condictio indebiti* kan benyttes når feiloppfyllelsen *ikke* beror på en *villfarelse*.

¹ *Condictio indebiti* omtales også som en «lære» eller et «prinsipp».

² Se nærmere om terminologi i punkt 1.3.

³ Termen «innholdet i *condictio indebiti*» benyttes således om de nevnte elementer.

⁴ Dette er en vanlig definisjon av *condictio indebiti*, se punkt 6.4 med videre henvisninger.

⁵ Se punkt 1.4, herunder avgjørelsene inntatt i Rt. 1998 s. 989, Rt. 2001 s. 1580, Rt. 2008 s. 738 og Rt. 2010 s. 816. NYGAARD 2004 s. 304 omtaler blant annet Rt. 2001 s. 1580 som et eksempel på «utvidande tolking av ulovfest rett».

I avhandlingen vil *condictio indebiti* belyses ved tre tilfellegrupper av årsaker til feiloppfyllelsen: (1) feiloppfyllelser som er viljebestemt, men skjedd i villfarelse om betalingsplikt, (2) feiloppfyllelser som beror på data- eller inntastingsfeil mv. og (3) feiloppfyllelser som er viljebestemt og bevisste.⁶ Det vil undersøkes om eller i hvilken grad villfarelse er en forutsetning for reglens anvendelse, og hvilken betydning årsaken til feiloppfyllelsen har ved løsningen av spørsmålet.⁷

Dersom reglene først kommer til anvendelse, er det et karakteristisk trekk at det beror på *en konkret rimelighetsvurdering* hvorvidt tilbakesøking skal skje eller ikke, jf. Rt. 1985 s. 290 (Birgo) på s. 293, hvor det er uttalt:

«Det er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet.»

I norsk rett er det altså ikke oppstilt en hovedregel i den ene eller annen retning. Det er de konkrete forhold, sett i lys av en rimelig og rettferdig løsning, som avgjør hvorvidt en ytelse skal tilbakeføres til den egentlige berettigede, eller om ytelsen skal forbli hos mottakeren.⁸

Betalerens ønske er at feilen som er avdekket skal korrigeres, slik at ytelsen tilbakeføres til ham. Mottakeren, som har betraktet forholdet som avgjort, ønsker på sin side at disposisjonen skal være endelig. Til partenes interesse motsetning svarer to motstridende hensyn, som må avveies i vurderingen.⁹ På den ene siden står *korreksjonshensynet*, som tilsier tilbakesøking. Hensynet skal verne om betalerens behov for riktig oppfyllelse. På den andre siden står *oppgjørshensynet*, som tilsier at et oppgjør skal være endelig. Dette hensyn skal verne om status quo for mottakeren.¹⁰

Hvilket hensyn som slår sterkest ut i den konkrete sak, beror på en nærmere rettslig vurdering av de faktiske forhold som i det enkelte tilfellet gjør seg gjeldende. Av rettspraksis kan det utledes at relevante vurderingsmomenter blant annet er partenes subjektive forhold, grad av profesjonalitet, tid, fordringens karakter, eventuelle forbehold, et cetera.¹¹

⁶ Nærmere om ulike årsaker til feiloppfyllelsen og betydningen av disse, se punkt 7.3.1.

⁷ Se henholdsvis punkt 6.4 og 7.3.2.

⁸ Om vurderingstemaet, se punkt 7.1.

⁹ Dette er alminnelig anerkjent, og fremgår av bl. a. Rt. 1927 s. 237 på s. 239.

¹⁰ Nærmere om de grunnleggende hensyn, se punkt 7.2.

¹¹ Se punkt 7.3 for en gjennomgang av vurderingsmomenter.

Dersom et *condictio indebiti*krav fører frem, vil det bli et spørsmål om kravets omfang. Tilbakesøkingsskravet kan tenkes redusert enten på grunn av berikelsesbegrensningen (se punkt 8.2) eller fordi betaleren må tåle fradrag for overvelting (punkt 8.3). Kravet kan også tenkes å øke på grunn av renter (se punkt 8.4).

1.3. Terminologi

Den terminologi som anvendes i avhandlingen skal presenteres her. Øvrig terminologi forklares der det er nødvendig.

Betaling av en ikke-forpliktelse betegnes som *solutio indebiti*.¹² Betaling i villfarelse er tradisjonelt blitt betegnet som *solutio per errorem*.¹³ *Condictio* betyr stevning eller krav, mens *indebiti* betyr ikke-gjeld.

Reglene er aktuelle når det mellom partene allerede har skjedd et oppgjør. Dette oppgjøret vil betegnes som det *opprinnelige oppgjør*. *Condictio indebiti*situasjonen angir således et «returoppgjør» i ettertid av den opprinnelige formuesoverføringen. Dette oppgjøret vil betegnes som *korreksjonsoppjøret* eller *restitusjonsoppjøret*.

Både pengeytelser og realytelser kan være objekt for *condictio indebiti*.¹⁴ *Betaling* eller *oppfyllelse* vil benyttes gjennomgående, selv om betaling som regel bare assosieres med pengeforpliktelser. Valg av terminologi på dette punkt må ses i lys av at pengeforpliktelser er den mest praktiske gjenstand for tilbakesøking.¹⁵ Det er videre nødvendig å skille mellom *den underliggende forpliktelse* og selve betalingen. Betalingen er en *realakt*, som normalt bare skal «sette til livs» en forpliktelse.¹⁶

Det krav som gjøres gjeldende, nemlig kravet om å få tilbake et pengebeløp eller en ytelse, vil betegnes som *tilbakesøkingsskrav* eller *restitusjonskrav*.

¹² «Solutio» kan oversettes med «oppfyllelse», jf. INGSTAD 1920 s. 131.

¹³ HAMBRO 1921 s. 143ff.

¹⁴ Fast eiendom er imidlertid upraktisk. Den videre fremstilling vil ikke operere med noe gjennomgående skille med hensyn til ytelsens art. Der hvor ytelsens karakter er av særlig betydning for de rettslige spørsmål, vil imidlertid dette bli bemerket.

¹⁵ Her må i tillegg bemerkes at en betaling i teknisk forstand knytter seg til et underliggende forhold – man betaler en gjeld. Således vil betaling av en ikke-gjeld bero på en utvidet forståelse av ordet. Dersom feiloppfyllelsen f. eks. skyldes en teknisk feil, kan det videre være upresist å tale om en *betaling* i egentlig forstand. En naturlig bruk av begrepet innbefatter normalt at det er noe viljebestemt over disposisjonen.

¹⁶ En annen sak er at betalingen kan være ledsaget av en forpliktelse, f. eks. et forbehold, se punkt 3.3.1.

I det opprinnelige oppgjøret er betaleren debitor, mens betalingsmottakeren er kreditor. I korreksjonsoppgjøret derimot, byttes rollene, og den som opprinnelig betalte vil bli kreditor for tilbakesøkningskravet overfor den nye debitor (som var kreditor i det opprinnelige oppgjør). Terminologien er til dels upresis ettersom man ikke kan betegne noen som en debitor i de tilfeller hvor det overhodet ikke har foreligget en forpliktelse. Debitor etter det opprinnelige oppgjør vil derfor bli betegnet som *betaleren*, mens opprinnelig kreditor vil bli betegnet som *betalingsmottakeren*, eller bare *mottakeren*.¹⁷

I korreksjonsoppgjøret vil den som krever tilbakesøking bli betegnet som *restitusjonskreditor* eller *tilbakesøkningskreditor*, mens den som blir avkrevd vil bli betegnet som *restitusjonsdebitor* eller *tilbakesøkningsdebitor*.

1.4. Temaets aktualitet

1.4.1. Et praktisk og/eller rettsvitenskapelig behov for en behandling av emnet?

Det forekommer nok oftere at en debitor unnlater å betale sine forpliktelser, enn at han betaler noe han ikke var forpliktet til.¹⁸ Likevel gjennomføres det i stadig økende grad transaksjoner og andre oppfyllelser, og flere av disse er feilbeheftet på en eller annen måte. Av domsmaterialet og dets omfang fremgår det at spørsmålet om *condictio indebiti* er langt fra upraktisk. Hva gjelder hyppighet er det nok også slik at de fleste tilfeller gjøres opp i minnelighet, utenfor domstolene. Det er derfor neppe en dristig påstand at reglene om *condictio indebiti* er praktisk relevante for rettslivet. Denne avhandlingen kan således være et bidrag.

I rettsvitenskapen har *condictio indebiti* vært gjenstand for omfattende drøftelser, særlig i formuerettslig teori. Dette vil komme til syne gjennom avhandlingens henvisningsomfang. Temaet er likevel i den senere tid stort sett kun behandlet som en del av større obligasjonsrettslige lærebøker.¹⁹ Visse særproblemstillinger er behandlet i ulike artikler.²⁰ Siden ARNHOLMS *Streiftog i obligasjonsretten* fra 1938, kan det i norsk litteratur ikke sees å

¹⁷ Tilsvarende VON EYBEN 2008 s. 137 og BERGSÅKER 2011 s. 265.

¹⁸ ARNHOLM 1938 s. 126.

¹⁹ Se f.eks. KRÜGER 1984 s. 309ff., BERGSÅKER 2011 s. 256 og HAGSTRØM 2011 s. 700ff.

²⁰ Se f. eks. BERGSÅKER 2010 og KJØNSTAD 2011.

være gjort en større og selvstendig gjennomgang av *condictio indebiti*. I lys av dette, er det et rettsvitenskapelig behov for en behandling av emnet.

1.4.2. Rettspraksis som setter *condictio indebiti* i et nytt lys

Som nevnt i punkt 1.2, har *condictio indebiti* tradisjonelt vært begrenset til tilbakesøking av ytelser som er oppfylt i villfarelse om betalingsplikt. Etter avgjørelsene inntatt i Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger), Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg), Rt. 2008 s. 738 (KLM) og Rt. 2010 s. 816 synes imidlertid Høyesterett å utvide rettsinstituttet utover de tradisjonelle villfarelsetilfellene. Dette medfører at det foreligger en viss uklarhet både med hensyn til det nærmere anvendelsesområdet og det nærmere innholdet i reglene om *condictio indebiti*. Ettersom avgjørelsene vil stå sentralt i avhandlingen, skal de presenteres kort allerede her.

I Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger) innfridde en bank et sertifikatlån i tillit til at det ville komme inndekning fra låntaker/sertifikateierne. Banken (betaleren) fikk medhold i tilbakesøkningskravet selv om det ikke forelå villfarelse om betalingsplikt. Høyesterett uttalte blant annet at tilfellet var i ytterkanten av det som kunne anses som en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon. Avgjørelsen vil særlig bli behandlet i punkt 7.3.2.4 (iv).

I Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg) overførte en fullmektig for et borettslag et pengebeløp til et byggefirma. Utbetalingen berodde heller ikke her på en villfarelse. Tvert i mot var overføringen en kriminell handling gjort med vitende og vilje. Høyesterett uttrykte at det ikke kunne bygges på et «formelt» *condictio indebiti*-begrep. Avgjørelsen ble avsagt under begrunnelsesdissens, idet én dommer bedømte situasjonen som en tredjemannskonflikt slik at *condictio indebiti* ikke kunne anvendes. Avgjørelsen reiser spørsmål om anvendelsesområdet for *condictio indebiti*, herunder om *condictio indebiti* kan benyttes i «tingsrettslige» trepartsforhold. Se nærmere om dommen og denne problemstilling i punkt 6.5.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2008 s. 738 gjaldt et flyselskaps (KLM) tilbakesøkningskrav overfor staten etter innbetaling av flyseteavgift som viste seg å være i strid med EØS-avtalen. Flyselskapet hadde overveltet deler av avgiftene på passasjerene gjennom prisøkning, og det var spørsmål om inndekningen av utgiften gjennom overvelting skulle redusere omfanget av betalingsmottakerens tilbakebetalingsplikt. Høyesterett uttalte at tilfellet befant seg «i ytterkanten av hva man vil anse som en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon», men at

condictio indebiti også var anvendelig når det var «spørsmål om å fordele en gevinst som har oppstått fordi betaleren har overveltet hele eller noe av betalingen på andre».²¹ Condictio indebiti er aldri benyttet på en slik måte tidligere. Se om dette i punkt 8.3.

Rt. 2010 s. 816 (vassdragsreguleringskonsesjon) gjaldt krav om tilbakebetaling av konsesjonsavgift da endelig vedtak om konsesjon påla et kraftselskap mindre forpliktelser enn det som midlertidig var lagt til grunn. Oppfyllelsen hadde ikke sin bakgrunn i en villfarelse, men kraftselskapet hadde betalt det som var korrekt ut fra midlertidige vedtak som forelå. Høyesterett gjentok de tidligere uttalelser om at det ikke kunne bygges på et «formelt» condictio indebitibegrep, og ga kraftselskapet medhold i tilbakesøkingsskravet. Avgjørelsen bidrar blant annet til spørsmålet om det kan kreves avsavnsrenter på et tilbakesøkingsskrav etter reglene om condictio indebiti, se nærmere om problemstillingen i punkt 8.4.2.

De nevnte avgjørelsene har bare i begrenset grad vært gjenstand for behandling i fremstillinger av condictio indebiti.²² Dette gjør temaet ytterligere aktuelt.

1.5. Rettskilde- og metodespørsmål

1.5.1. Metoden

I avhandlingen vil det foretas en rettsdogmatisk analyse av gjeldende rett. Formålet er å analysere og systematisere gjeldende rett for reglene om condictio indebiti. Hverken «rettsdogmatikk» eller «gjeldende rett» er klart avgrensede begreper med et allment akseptert meningsinnhold.²³ *Rettsdogmatikk* kan defineres som læren om hvilke rettsregler som gjelder, og hvilket innhold disse har.²⁴ *Gjeldende rett* er den til enhver tid gyldige rett slik den forstås og praktiseres i samfunnet.²⁵ Metoden går normalt ut på å formulere en problemstilling, identifisere relevante rettskilder, tolke disse, før rettskildene avveies og harmoneres mot hverandre for å fastslå hva gjeldende rett er.²⁶

²¹ Rt. 2008 s. 738 avsnitt 40.

²² Rt. 2001 s. 1580 er behandlet av TØRUM 2002 og LILLEHOLT 2003, men da i et bredere perspektiv, blant annet med hensyn til regeldannelse, konsekvens og klare linjer i formueretten.

²³ BERNT OG DOUBLET 1998 s. 13ff.

²⁴ FLEISCHER 1998 s. 211.

²⁵ BERNT OG DOUBLET 1998 s. 18.

²⁶ Metoden er beskrevet av blant annet ECKHOFF 2001, FLEISCHER 1998 og NYGAARD 2004.

Utover det som her er sagt, vil ikke avhandlingen oppta seg med metodespørsmål i sin alminnelighet. Metodiske spørsmål behandles derfor bare så langt de berører de problemstillingene som behandles.

1.5.2. Rettskildedefaktorene

På ulovfestede områder vil rettspraksis ofte være en sentral rettskilde. For *condictio indebiti* er praksis fra Høyesterett den viktigste rettskilden. Med dette mener jeg også praksis fra Høyesteretts ankeutvalg (Kjæremålsutvalg før tvisteloven). Reglene er lagt til grunn og utviklet av Høyesterett. Det rettslige grunnlag for *condictio indebiti* behandles i kapittel 5.

I teorien er det delte meninger om den rettskildemessige status for praksis fra tingrett og lagmannsrett.²⁷ Noen forfattere avviser at slik praksis kan være en rettskildedefaktor.²⁸ Andre forfattere, blant annet SKOGHØY, fremholder at underrettsavgjørelser ikke kan tillegges selvstendig rettskildeverdi, men kan tillegges betydning så langt de gir uttrykk for en bestemt praksis eller rettsoppfatning.²⁹ Sistnevnte syn deler jeg. Ettersom det foreligger en betydelig praksis fra Høyesterett for spørsmålet om *condictio indebiti*, er det likevel mindre behov for å se hen til underrettspraksis. Mitt utgangspunkt for avhandlingen er at underrettspraksis benyttes som illustrasjonsmateriale for å synliggjøre faktiske forhold og rettslige argumenter.

Det finnes også en betydelig praksis om spørsmålet i Finansklagenemnda (tidligere Bankklagenemnda og Forsikringsklagenemnda). NYGAARD har uttalt om den rettskildemessige status for slik praksis:

«Utgangspunktet må generelt sett vera at ein rimeleg fast tolkingspraksis kan gi ei viss rettesnor også for domstolane, og at domstolen bør grunngi kvifor den eventuelt kjem til eit anna standpunkt.»³⁰

På samme måte som for underrettspraksis, er utgangspunktet at domstolene ikke er bundet av Finansklagenemndas avgjørelser. Det kan imidlertid, som NYGAARD er inne på, i flere tilfeller være grunn til å tillegge dem betydning. Hvor etablert og fast praksisen er vil spille inn, samt hvilken argumentasjonsverdi som ligger i begrunnelsen.³¹ I avhandlingen vil slik praksis særlig bli trukket inn under drøftelsen av berikelsesbegrensningen, jf. punkt 8.2. I

²⁷ Om ulike synspunkter på underrettsdommers rettskildemessige relevans og vekt, se f. eks. SKOGHØY 1994 s. 849f., FLEISCHER 1998 s. 191f., ECKHOFF 2001 s. 159ff. og NYGAARD 2004 s. 210f.

²⁸ Se f. eks. FLEISCHER 1998 s. 191f.

²⁹ SKOGHØY 2002 s. 325f.

³⁰ NYGAARD 2004 s. 216.

³¹ Sml. også uttalelser i Rt. 1984 s. 248 (s. 258) om den rettskildemessige betydningen av avgjørelser fra Næringslivets Konkurransutvalg.

motsetning til domstolene, har nemnda i en rekke tilfeller benyttet seg av berikelsesbegrensningen for å redusere tilbakesøkningskravets omfang. Nemndspraksis vedrørende berikelsesbegrensningen mener jeg derfor bør tillegges betydning. For øvrig vil slik praksis benyttes som illustrasjonsmateriale.

Det er delte meninger om juridisk litteratur er å anse som en rettskilde. FLEISCHER avviser at juridisk litteratur i seg selv er en rettskilde, men viser til at litteraturen kan gi uttrykk for alminnelige rettsoppfatninger i samfunnet, noe han anser som en rettskilde.³² SKOGHØY omtaler juridisk litteratur som en «sekundær» rettskilde, som i prinsippet ikke kan ha større vekt enn det argumentasjonen tilsier.³³

For *condictio indebiti* har rettslitteraturen, i alle fall den eldre, hatt en mer fremskutt rolle enn på mange andre områder. I Rt. 1997 s. 1029 (på s. 1035) ble det påpekt at *condictio indebiti* er «utviklet med særlig forankring i Høyesteretts praksis og den juridiske litteratur».³⁴ Juridisk litteratur vil derfor bli trukket inn i drøftelsene, og da først og fremst for å illustrere rettslige argumenter og overordnede betraktninger. At *condictio indebiti* er et rettslig grunnlag med lange historiske røtter, begrunner bruken av en del eldre litteratur, som jeg mener fortsatt har relevans.³⁵

Reelle hensyn vil ofte ha stor betydning på ulovfestede områder. Det er for så vidt treffende at FLEISCHER har omtalt reelle hensyn som «alle rettskilders og rettsreglers mor».³⁶ SKOGHØY anser reelle hensyn som en primær rettskilde, og har blant annet uttalt:

«Etter norsk rettskildelære er det klart at reelle hensyn i alle fall vil måtte anses som en selvstendig rettskilde i tilfeller hvor det verken foreligger autoritative kilder eller sedvaner (etablert praksis).»³⁷

I kapittel 5 skal det påvises at den første rettsavgjørelsen som anerkjenner og gir *condictio indebiti* et innhold i norsk rett, bygger på rettsgrunnlaget «alminnelige rettsgrunnsetninger», som igjen består av en kombinasjon av forskjellige reelle hensyn, se nærmere i punkt 5.2. De

³² FLEISCHER 1998 s. 72f.

³³ SKOGHØY 1994 s. 849.

³⁴ At rettspraksis er blitt preget av den samtidige meningsoppfatning i litteraturen, var særlig fremtredende på 1800-tallet og begynnelsen av 1900-tallet, se punkt 4.3.

³⁵ Dette gjelder også de forfatterne, både norske og øvrige nordiske, som har plassert *condictio indebiti* i kontraktsretten, se punkt 2.2. Selv om jeg i punkt 2.2 argumenterer for at en slik plassering ikke lenger kan opprettholdes, vil de generelle argumenter og hensyn som disse forfatterne har fremhevet, fortsatt ha aktualitet i dag.

³⁶ FLEISCHER 1998 s. 26.

³⁷ SKOGHØY 1994 s. 846.

reelle hensyn fungerte her som en selvstendig rettskilde. I ettertid har rettspraksis overtatt funksjonen som primært rettsgrunnlag på området. Reelle hensyn vil likevel fremdeles ha sentral betydning,³⁸ blant annet for den konkrete vurderingen, jf. også det som er sagt om at spørsmålet beror på en konkret vurdering under hensyn til rimelighet, se Rt. 1985 s. 290 (Birgo).³⁹ Punkt 7.2 er viet til å behandle de grunnleggende hensyn, og punkt 7.3 de ulike skjønnsmomenter i vurderingen.

Øvrige kilder, som utenlandsk rettspraksis og uttalelser fra Sivilombudsmannen, vil i den grad de benyttes bare tjene som illustrasjonsmateriale.

1.6. Den videre fremstilling

Avhandlingen består av 8 kapitler. Som angitt i punkt 1.1 skal fremstillingen av temaet knyttes til tre hovedproblemstillinger.

Den *første* problemstillingen gjelder anvendelsesområdet for *condictio indebiti*. I teoretiske fremstillinger av *condictio indebiti* er dette undertema normalt kommet i skyggen av behandlingen av hensyn, vurderingstema og vurderingsmomenter. I lys av utviklingen i den senere tids høyesterettspraksis (jf. punkt 1.4.2), samt med en målsetting om å gi *condictio indebiti* en mer systematisk fremstilling, vil reglenes anvendelsesområde bli undergitt en bredere behandling. Dette oppnås gjennom en rettslig plassering (kapittel 2), en negativ tilnærming som berører forholdet til øvrige kravgrunnlag (kapittel 3), samt en positiv tilnærming hvor hensikten er å analysere og utlede forutsetninger for reglenes anvendelse (kapittel 6).

Den *andre* problemstillingen gjelder innholdet i *condictio indebiti* (kapittel 7). Her behandles vurderingstema (7.1), hensyn (7.2) og de ulike skjønnsmomenter (7.3).

Den *tredje* problemstillingen knytter seg til tilbakesøkningskravets omfang (kapittel 8). Her behandles først og fremst berikelsesbegrensningen (8.2), overveltingsspørsmål (8.3), samt rentespørsmål (8.3).

³⁸ Slik også KJØNSTAD 2011 s. 136.

³⁹ Sml. ECKHOFF 2001 s. 371ff. og NYGAARD 2004 s. 152ff.

Kapittel 4 og 5 knytter seg ikke spesifikt til noen av de nevnte problemstillinger, men kan anses som felleskapitler. Visse retthistoriske hovedlinjer skal trekkes opp i kapittel 4, og i kapittel 5 skal det foretas en nærmere analyse av reglenes rettslige grunnlag.

2 Rettslig plassering

2.1. Utgangspunkter

Condictio indebiti angår et skyldforhold mellom to parter, og behandles tradisjonelt i «obligasjonsretten». «Obligatoriske» krav må som utgangspunkt avgrenses mot «tinglige» rettigheter.⁴⁰ I punkt 6.5 vil det likevel tas opp en del spørsmål som berører forholdet mellom «obligatoriske» krav og «tinglige» rettigheter, herunder hvorvidt *condictio indebiti* er anvendelig i «tingsrettslige» trepartsforhold.⁴¹

I romerretten ble det gjort følgende tredeling av de obligatoriske forpliktelser: (1) kontrakt («*obligationes ex contractu*»), (2) delikt («*obligationes ex delicto*»), og (3) andre faktiske forhold eller begivenheter enn kontrakter og delikter («*obligationes ex variis causarum figuris*»).⁴² Sistnevnte uensartede gruppe har i tillegg blitt stykket opp i kvasikontraktene («*obligationes quasi ex contractu*»)⁴³ og kvasideliktene («*obligationes quasi ex delicto*»)⁴⁴. Selv om det ikke har vært noen tradisjon for det i norsk rett, ser man i nyere tid at en slik oppdeling er skissert.⁴⁵

Mens de to første gruppene består av forholdsvis ensartede krav, inngår det en rekke forskjellige krav i den tredje. Det kan være krav som bygger på lov, rettsavgjørelser, forvaltningsvedtak, selskapsvedtak osv.⁴⁶ Flere av kravene kan imidlertid betegnes som enten *berikelseskrav* eller *restitusjonskrav*.⁴⁷ Med *berikelseskrav* forstås krav som bygger på at det er skjedd en eller annen form for berikelse for debitor, som er rettsstridig overfor kreditor.⁴⁸ Med *restitusjonskrav* forstås krav som bygger på at det er skjedd en formuesforskyvning som på en eller annen måte opprinnelig er overført fra debitor til kreditor.⁴⁹

⁴⁰ Se HAGSTRØM 2011 s. 25ff. og LILLEHOLT 1999 s. 18 om «obligatoriske» og «tinglige» rettigheter, herunder uheldige sider ved dette skillet.

⁴¹ Drøftelsen i punkt 6.5 vil særlig skje i lys av dommen inntatt i Rt. 2001 s. 1580. Avgjørelsen er introdusert i punkt 1.4.2.

⁴² INGSTAD 1920 s. 9ff.

⁴³ ZIMMERMANN 1989 s. 837f.

⁴⁴ Se HAMBRO 1921 s. 132 og ZIMMERMANN 1989 s. 15ff.

⁴⁵ Se f. eks. KROKEIDE 1982 s. 414 og HAGSTRØM 2011 s. 680ff.

⁴⁶ HAGSTRØM 2011 s. 690ff.

⁴⁷ Begrepene er ikke innarbeidet i teorien eller rettspraksis, men heller ikke annen passende terminologi synes å være utviklet på området. MONSEN 2005 s. 159 ff. foretar denne sontringen mellom to hovedgrupper krav, og min inndeling følger denne begrepsbruk.

⁴⁸ MONSEN 2005 s. 163.

⁴⁹ MONSEN 2005 s. 164.

Et særlig spørsmål er hvor krav som bygger på *condictio indebiti* skal plasseres. Som vi skal se, er det i den juridiske teori både hevdet at læren har et kontraktrettslig grunnlag (punkt 2.2), at den har nære forbindelseslinjer med erstatningskrav (punkt 2.3), og at den må plasseres sammen med berikelse- og restitusjonskravene (punkt 2.4). Dette spørsmålet er fremdeles omdiskutert i teorien.⁵⁰

2.2. *Condictio indebiti* i et kontraktrettslig paradigme

Condictio indebiti er av blant annet HAGERUP begrunnet ut fra *forutsetningslæren*, idet den manglende betalingsplikten måtte anses som en bristende forutsetning for betalingen.⁵¹ Også AUGDAHL og KRÜGER synes å ha plassert *condictio indebiti* under læren om bristende forutsetninger.⁵²

STANG argumenterte for at mottakelsen av en betaling innebar et *stilltiende samtykke* (fiktiv avtaleklausul) om å tilbakebetale dersom det skulle vise seg at betaleren ikke var forpliktet.⁵³ Resonnementet var at en betaling forutsetter at man skylder noe, og at dette skyldforholdet er det eneste grunnlaget mottakeren har for å beholde ytelsen.

Tilsvarende kontraktrettslige synspunkter er fremført av blant annet STANG,⁵⁴ GJELSVIK⁵⁵ og PLATOU,⁵⁶ samt i Danmark av blant annet JUL. LASSEN.⁵⁷

ARNHOLM begrunnet tilbakesøkingsretten ut fra en slags *ugyldighetsbetraktning*.⁵⁸ Han avviste at betalingen var en viljeserklæring, men anførte at den må likevel kunne bli ugyldig ut fra en analogi fra de alminnelige ugyldighetsgrunner.

STANGS synspunkt med stilltiende samtykke har i ettertid ikke fått gehør. Mer usikker er forankringen i *forutsetningslæren*. Etter min vurdering er plasseringen vanskelig å forene med

⁵⁰ KROKEIDE 1982 s. 443 og MONSEN 2007A s. 227.

⁵¹ HAGERUP 1885 s. 245-253. Tilsvarende JUL. LASSEN 1889 s. 1ff. HAGERUP uttrykte riktignok senere tvil om sitt eget standpunkt, se HAGERUP 1894 s. 32ff.

⁵² AUGDAHL 1978 s. 397 og KRÜGER 1984 s. 310.

⁵³ STANG 1897 s. 77ff.

⁵⁴ STANG 1897.

⁵⁵ GJELSVIK 1897.

⁵⁶ PLATOU 1914 s. 378ff.

⁵⁷ JUL. LASSEN 1897.

⁵⁸ ARNHOLM 1938 s. 168f, 196f og 234f.

gjeldende rett. Oppfatningen bygger blant annet på at betaleren normalt handler i villfarelse, og dermed *forutsetter* at han er forpliktet. I punkt 6.4 vil det påvises at anvendelsesområdet for *condictio indebiti* ikke er begrenset til villfarelsetilfellene. Forutsetningslæren er således ikke alltid dekkende for tilfeller hvor det ikke foreligger noen villfarelse, ettersom det da normalt heller ikke foreligger noen feilaktig forutsetning.⁵⁹ Det samme må gjelde der feilen er en data- eller inntastingsfeil, da det i slike tilfeller ikke er naturlig å tale om noen forutsetning eller stilltiende forbehold om senere tilbakesøking. Tilsvarende innvending må gjøres mot ARNHOLMS ugyldighetsbetraktning. De fleste oppfyllelser er ikke skjedd under slike omstendigheter at en ugyldighetsgrunn kan gjøres gjeldende.⁶⁰

Det er på den bakgrunn hverken nødvendig eller tilstrekkelig å begrunne *condictio indebiti* ut fra slike synspunkter.⁶¹

2.3. *Condictio indebiti* i et erstatningsrettslig paradigme

USSING⁶² og VINDING KRUSE⁶³ synes for dansk retts vedkommende å oppfatte betalingskorreksjonsinstituttet som en slags erstatningsrett.⁶⁴ Synspunktet er at det er betalerens atferd som er årsaken til at det er skjedd en feiloppfyllelse. Dersom betaleren kan bebreides for sin atferd, vil kravet ikke føre frem.

Denne erstatningsrettslige plasseringen mangler støtte i norsk rett.⁶⁵ Ved erstatningskrav fokuseres det på skadelidtes tap, mens det ved *condictio indebiti* fokuseres det på mottakerens berikelse. Et mer eller mindre lukket syn på betalerens aktsomhet, vil heller ikke være i overensstemmelse med den brede helhetsvurderingen som skal foretas ved *condictio indebiti*.⁶⁶

⁵⁹ En annen sak er det at forutsetningslæren i seg selv kan benyttes som grunnlag for et tilbakesøkingsskrav, se punkt 3.3.2.

⁶⁰ VINDING KRUSE 1950 s. 204.

⁶¹ I samme retning HAGSTRØM 2011 s. 702.

⁶² USSING 1945 s. 435.

⁶³ VINDING KRUSE 1950 s. 289.

⁶⁴ Se RAVNKILDE 2001 s. 98ff.

⁶⁵ BERGSÅKER 2011 s. 258f.

⁶⁶ *Condictio indebiti* er et objektivt krav, men culpaelementer kan inngå i vurderingen, se punkt 7.3.3.

2.4. *Condictio indebiti* som berikelse-/restitusjonskrav

I den senere tid synes rettsvitenskapen⁶⁷ å plassere *condictio indebiti* blant berikelses- og restitusjonsforpliktelsene, følgelig slik at reglenes begrunnelse anses koblet til den såkalte *berikelsesgrunnsetningen*.⁶⁸ Grunnsetningens innhold er at en ugrunnet berikelse på annens manns bekostning, skal føres tilbake. Det er alminnelig antatt at «berikelsesgrunnsetningen» kan ha flere funksjoner.⁶⁹ Blant annet kan den ha en funksjon som rettspolitisk argument for å *begrunne* et restitusjonskrav, som *hjemmel* for et restitusjonskrav, som rettspolitisk *argument for å begrense* et restitusjonskrav og den kan ha en funksjon som *målestokk* for visse restitusjonskrav.⁷⁰

I punkt 8.2 vil det påvises at berikelsesgrunnsetningen har en funksjon som en målestokk ved utmålingen av omfanget av *condictio indebiti*. Her tales det om berikelsesbegrensningen.⁷¹ I norsk rett er det imidlertid usikkert om berikelsesgrunnsetningen kan benyttes som hjemmel for et restitusjonskrav.⁷² Det må uavhengig av dette likevel antas at de hensyn som grunnsetningen bygger på kan benyttes som rettspolitisk argument for å begrunne rettsregler.⁷³ At norsk rett anerkjenner hensyn som bygger på berikelsesbetraktninger kan ikke være tvilsomt. MONSEN uttaler om dette i tilknytning til *condictio indebiti*:

«Likevel inneholder norsk formuerett en berikelsesgrunnsetning, iallefall i den forstand at grunnsetningen kan utgjøre en del av argumentasjonsarsenalet ved avgjørelsen av rettsspørsmål. Det er forsåvidt illustrerende at læren om *condictio indebiti* henter sin begrunnelse fra berikelsesgrunnsetningen; lærens siktemål er å utlikne en formuesforskyvning, og dermed kan man tale om restitusjon av uberettiget berikelse.»⁷⁴

Også HAGSTRØM synes å dra en kobling mellom *condictio indebiti* og berikelsesgrunnsetningen, idet han uttaler at «læren om *condictio indebiti* [har] nærmere forbindelseslinjer til berikelseskrav i alminnelighet [enn til forutsetningslæren]». ⁷⁵ KJØNSTAD uttaler seg i samme retning når han fremholder at et «helt sentralt kjennetegn ved de

⁶⁷ MONSEN 2005 s. 161, MONSEN 2007B s. 228, HAGSTRØM 2011 s. 703 og KJØNSTAD 2011 s. 138.

⁶⁸ Regler som bygger på grunnsetningen er kommet til uttrykk i blant annet BGB § 812, den sveitsiske lovboken art. 62, Restatement of the Law of Restitution 1937 § 1 og Principles of European Unjustified Enrichment Law (PEUE) art. 1: 101.

⁶⁹ KROKEIDE 1982 s. 415.

⁷⁰ KROKEIDE 1982 s. 415.

⁷¹ Berikelseslæren har også en slik funksjon ved f. eks. omstøtelse etter dekningsloven (lov 59/1984) § 5-11.

⁷² Spørsmålet har vært gjenstand for omfattende drøftelser i nordisk teori, se f. eks. JUL. LASSEN 1880, THOMLE 1913, USSING 1937, VINDING KRUSE 1950, HELLNER 1950, MONSEN 2005 s. 157ff., HAGSTRØM 2011 s. 687.

⁷³ KROKEIDE 1982 s. 415ff.

⁷⁴ MONSEN 2008 s. 339.

⁷⁵ HAGSTRØM 2011 s. 703.

ulovfestede obligasjonsrettslige reglene om *condictio indebiti* er at de knytter seg til *læren om ugrunnet berikelse*». ⁷⁶

Plasseringen blant berikelse- og restitusjonskravene harmonerer med at *condictio indebiti* er en utpreget rettslig standard som kan være gjenstand for utvikling. ⁷⁷ Det forhold at spørsmålet beror på en interesseavveining, og at det ikke kan oppstilles noen hovedregel, er også forenelig med henvisningen til en *ugrunnet berikelse*. ⁷⁸ I tillegg er reglenes virkningsside løsrevet fra villfarelsetilfellene, se nedenfor i punkt 6.4, slik at det ikke er naturlig med en forankring i forutsetningslæren eller andre kontraktrettslige synspunkter. Også dette taler for at *condictio indebiti* anses begrunnet ut fra berikelsessynspunkter. I overensstemmelse med den ovenfor beskrevne begrepsbruk, kan *condictio indebiti* betegnes som et restitusjonskrav.

⁷⁶ KJØNSTAD 2011 s. 138.

⁷⁷ KRÜGER 1984 s. 312. Se nærmere nedenfor i punkt 5.3.

⁷⁸ MONSEN 2007 s. 227.

3 Forholdet til øvrige kravgrunnlag

3.1. Innledning

Condictio indebiti kommer til anvendelse hvor det av en eller annen grunn er skjedd en *solutio indebiti*; en innfrielse av en ikke-forpliktelse. Dette premiss kan også helt eller delvis ligge til grunn for øvrige krav. Condictio indebiti er ikke et subsidiært grunnlag i den forstand at reglene bare kommer til anvendelse så lenge ikke andre grunnlag kan medføre restitusjon.⁷⁹ Reglene kan følgelig påberopes sammen med øvrige grunnlag.⁸⁰ Etersom spørsmålet om tilbakesøking beror på en helhetlig rimelighetsvurdering, har *condictio indebiti* et bredt nedslagsfelt med forgreininger inn i anvendelsesområdet til øvrige kravgrunnlag. Condictio indebiti har samtidig et eksklusivt anvendelsesområde for tilfeller som ikke fanges opp av øvrige grunnlag. Så fremt det er mulig, er likevel en part normalt bedre tjent med å påvise et annet grunnlag, f. eks. restitusjonsplikt etter erstatnings- eller ugyldighetsreglene, se like nedenfor. For slike krav vil det som et utgangspunkt bli spørsmål om full restitusjonsplikt for betalingsmottakeren, og ikke et krav begrenset til berikelsen, se punkt 8.2 om omfanget av *condictio indebiti*.

3.2. Forholdet til erstatningskrav, misligholdskrav, krav om tilleggsbetaling og lovhjemlet tilbakesøking

Skadevoldende atferd som har medført en uberettiget verditilførsel fra den ene til den annen part, kan på nærmere betingelser danne grunnlag for et erstatningskrav hvis rettsfølge er tilbakesøking av en ytelse. Selv om krav som grunnes på *condictio indebiti*, og erstatningskrav kan ha flere likheter, må disse prinsipielt holdes adskilt, se punkt 2.3.

Kontrakt er det sentrale grunnlag for stiftelse av forpliktelser, herunder restitusjonsforpliktelser. Dersom en part misligholder en kontrakt, kan dette gi den annen part grunnlag for et krav om tilbakesøking. Et tilbakesøkingskrav kan også bygge på gyldig eller ugyldig kontrakt. Mellom slike krav, og tilbakesøkingskrav som bygger på *condictio indebiti*,

⁷⁹ Se om dette THOMLE 1913 s. 322 med videre henvisninger.

⁸⁰ Se f. eks. Rt. 1998 s. 989, som ble løst etter reglene om *condictio indebiti*, men der det prinsipielt ble påberopt avtalerettslige ugyldighetsregler.

er det flere grenser og forbindelseslinjer som kan være uklare.⁸¹ Det er for så vidt illustrerende at *condictio indebiti* er forsøkt begrunnet ut fra et kontraktsrettslig synspunkt, se punkt 2.2. I punkt 3.3 er siktemålet å påvise forholdet mellom *condictio indebiti*, og tilbakesøking som bygger på gyldig og ugyldig kontrakt.

Nært beslektet med misligholdstilfellene, er krav om tilleggsbetaling. Ved *condictio indebiti* er det betalt mer enn det som skyldtes, mens det ved tilleggsbetalingskrav er betalt mindre. Hovedregelen er at tilleggsbetaling skal skje, men situasjonen kan være slik at et oppgjør likevel bør anses som endelig.⁸²

Det finnes en rekke lovbestemmelser som innenfor sitt anvendelsesområde hjemler en tilbakesøkingsrett. Innenfor anvendelsesområdet for disse vil det normalt ikke være nødvendig å benytte *condictio indebiti*, i alle fall på prinsipielt grunnlag. Noen sentrale lovhjemler skal her nevnes kort.

Finansavtaleloven (lov 46/1999) § 31 første ledd gir banker adgang til å korrigere egne feilaktige godskrivninger på konti ved å belaste kontoen innen utløpet av tredje virkedag, samt ved uriktig godskrivning av konto i annen institusjon. Institusjonen kan imidlertid ikke kreve tilbakesøking etter bestemmelsen dersom betalingen er tilsiktet fra bankens side. Det samme gjelder dersom godskrivningen har skjedd etter oppdrag fra en tredjeperson, typisk dersom overføringen har sin bakgrunn i en uberettiget betalingsanmodning fra betalingsmottakeren eller dersom en tredjemann har skrevet inn feil kontonummer. Her vil *condictio indebiti* kunne være anvendelig, jf. § 31 fjerde ledd.

For krav nevnt i skattebetalingsloven (lov 67/2005) § 1-3 første ledd, jf. § 1-1, har innkrevingsmyndighetene rett til tilbakesøking, uavhengig av mottakerens gode tro. Bestemmelsen omfatter ikke rene feilutbetalinger, som feilaktig dobbel utbetaling, eller utbetaling til feil person.⁸³ Her kan *condictio indebiti* anvendes.

⁸¹ Tilsvarende BERGSÅKER 2011 s. 261.

⁸² Det kan være at kreditor har sendt debitor en delvis ettergivelse, og at debitor innretter seg i tillitt til dette, eller at det for øvrig etter en samlet vurdering er rimelig å la forholdet være endelig oppgjort. Se for øvrig BERGSÅKER 2011 s. 28ff. om emnet.

⁸³ Ot.prp.nr. 83 (2004-2005) s. 166.

En arbeidsgivers adgang til å kreve tilbakebetaling av for mye utbetalt lønn, må følge av skriftlig avtale, jf. arbeidsmiljøloven (lov 62/2005) § 14-15 annet ledd litra c.⁸⁴ Ved fravær av slik avtale, reguleres kravet av *condictio indebiti*.

3.3. Forholdet til tilbakesøking på kontraktrettslig grunnlag

3.3.1. Gyldig kontrakt

En adgang til oppgjørskorreksjon, herunder tilbakesøking, kan selvsagt bero på særskilt avtale mellom partene. Avtalen kan være mer eller mindre uttrykkelig, og det vil bero på en nærmere tolking om og i hvilken grad, det foreligger rett til å kreve tilbakesøking. Det motsatte kan selvsagt også avtales, nemlig at oppfyllelsen skal være endelig, selv om den senere skulle vise seg å være feilbeheftet. Også en slik avtale kan være mer eller mindre klar, f. eks. kan det tenkes at en part bevisst gjør opp med en «rund» sum for å få forholdet ut av verden.⁸⁵

Selve betalingen kan normalt ikke anses som et stilltiende avkall på å kreve tilbakesøking.⁸⁶ Men selv om betaleren ikke har ment å foreta et bindende oppgjør (har berikelseshensikt), kan det likevel unntaksvis tenkes at betalerens utsagn og atferd gir mottakeren *rimelig grunn til å forstå* ham slik. Det kan for eksempel være grunn til å tro at betalerens handling skjer ut fra kulanse, eller en rettslig og eventuelt også moralsk følelse av tilbakebetalingsplikt.⁸⁷ Det kan videre tenkes at oppfyllelsen må oppfattes som en gave, men her skal det nok en del til.⁸⁸

En oppgjørsform er avtale om *a konto betaling*. Slike avtaler kan benyttes når utbetalingen(e) skal anses som forskudd som er gjenstand for senere korreksjon. I visse tilfeller foreligger det sedvane for *a konto betaling*, se f. eks. systemet i entrepriseretten om entreprenørens rett til periodevis betaling ettersom arbeidsprosessen løper.⁸⁹

⁸⁴ Se Somb-2001-22 om hvilke krav som stilles for slike avtaler.

⁸⁵ ARNHOLM 1938 s. 189.

⁸⁶ Oppfyllelshandlingen som sådan er normalt ikke av dispositiv karakter, selv om ugyldighetsreglene kan finne (analogisk) anvendelse, se punkt 3.3.2.

⁸⁷ Dersom forpliktelsens omfang avhenger av debitors skjønn, f. eks. der det er avtalt «passende vederlag», må tilbakesøking normalt nektes, sml. USSING 1940 s. 411. Det kan her anføres at det ligger i kontraktreguleringens formål at betaleren må ta sitt endelige standpunkt, og at senere korreksjon er utelukket.

⁸⁸ ARNHOLM 1938 s. 192.

⁸⁹ HAGSTRØM 2011 s. 375f.

Et annet praktisk tilfelle er der betaleren har tatt *forbehold* om et senere restitusjonskrav. Betydning av tilstedeværelsen (og fraværet) av forbehold som moment ved vurderingen av *condictio indebiti*, behandles i punkt 7.3.9.

3.3.2. Ugyldig kontrakt

3.3.2.1. Oversikt

Rettsfølgen hvor det er oppfylt etter en ugyldig kontrakt, er normalt at ytelsene skal tilbakeføres.⁹⁰ Ugyldigheten kan ha sin bakgrunn i både habilitetsmangler, innholdsmangler og tilblivelsesmangler.

Et eksempel på habilitetsmangler er avtaler inngått av umyndige. Vergemålsloven (lov 3/1927) § 37 regulerer at for slike avtaler, skal restitusjon skje. Her gjelder berikelsesbegrensningen, slik at den umyndige ikke behøver erstatte det mottatte i større utstrekning enn det er kommet ham til nytte, jf. § 37 siste punktum. Innholdsmangler kan typisk være avtaler i strid med preseptorisk lovgivning. Eksempelvis kan tilbakesøking av merpris kreves dersom det er oppfylt i strid med forbudet mot urimelige priser, se pristiltaksloven (lov 66/1993) § 6, jf. § 2.

Mer relevant for grensene mellom *condictio indebiti* og ugyldighetsreglene, er tilblivelsesmangler etter avtaleloven (lov 4/1918) §§ 30 (svik) og 33 (uredelighet), samt den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.⁹¹ De praktisk viktigste typetilfellene for disse reglene er hvor det foreligger villfarelse på løftegivers (betalerens) hånd. Denne villfarelsen kan være fremkalt av den annen part, eller det kan være at den annen part ikke har fremkalt den, men bare kjenner til, eller bare burde være kjent med den. Slike tilfeller har nære forbindelseslinjer med *condictio indebiti*, særlig de tilfeller hvor oppfyllelsen har sin bakgrunn i en villfarelse (tilfellegruppe 1, jf. punkt 1.2).

3.3.2.2. Forholdet til avtaleloven § 30

Avtaleloven § 30 første ledd lyder slik:

«Er en viljeserklæring fremkaldt ved svik fra den anden part, binder den ikke den som har avgitt den.»

⁹⁰ Ugyldighetsvirkningen varierer likevel noe etter hva som er ugyldighetsgrunnen, se HOV OG HØGBERG 2009 s. 306f.

⁹¹ Dersom feilen er en data- eller inntastingsfeil (tilfellegruppe 2, jf. punkt 1.2) kan det i tillegg være aktuelt å kreve tilbakesøking etter § 32. Bestemmelsen kan fange opp forvanskningstilfellene, skrivefeil og lignende.

Bestemmelsen regulerer tilfellet hvor en løftemottaker fremkaller en viljeserklæring gjennom svikaktig opptreden overfor løftegiveren. Dette enten ved å gi uriktige opplysninger, eller fortie opplysninger, om omstendigheter som kan antas å være av betydning for viljeserklæringen, jf. bestemmelsens andre ledd. Det typiske vil være at betaleren blir bedratt til å tro at han er forpliktet. Ordlyden «viljeserklæring» må forstås å omfatte de forpliktende utsagn, slikt som tilbud, aksept og andre løfter. En oppfyllelsehandling derimot, her en betaling av ikke-gjeld, er det etter en alminnelig språklig forståelse av ordlyden noe unaturlig å karakterisere som en viljeserklæring. Av avtalelovens forarbeider følger det imidlertid:

«Tredje kapitel rækker forsaavidt længer end de to foregaaende som det ikke begrænser sine regler til at gjælde erklæringer, som indeholder et tilbud eller et svar paa tilbud eller en fuldmagt, men omfatter alle viljeserklæringer paa formuerettens omraade, likegyldig hvad de gaar ut paa. Kapitlet omfatter saaledes ogsaa handlinger som gaar ut paa at opfylde en allerede stiftet forpligtelse, f.eks. betaling av gjæld.»⁹²

I henhold til forarbeidene, omfattes betaling av gjeld klart av ordlyden «viljeserklæring», men det kan ikke uten videre slutes at også betaling av ikke-gjeld omfattes. Spørsmålet er likevel av underordnet betydning, da bestemmelsen kan anvendes analogisk for tilfellet *solutio indebiti*.⁹³

3.3.2.3. Forholdet til avtaleloven § 33

Paragraf 30 konsumeres i hovedsak av § 33, og har derfor mindre betydning i praksis.

Paragraf 33 lyder som følger:

«Selv om en viljeserklæring ellers maatte ansees for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjældende.»

Hva gjelder forholdet til *condictio indebiti* er det særlig relevant at bestemmelsen fanger opp tilfellet der mottakeren på oppfyllestidspunktet visste at den annen part betalte ut fra en villfarelse om betalingsplikt. Villfarelsen subsumeres under lovens ordlyd «omstændigheter». Mottakerens kunnskap er imidlertid ikke nok, det avgjørende er at det som følge av denne kunnskapen ville stride mot «redelighet og god tro» å la oppfyllelsen bli endelig.

⁹² Ot.prp.nr.63 (1917) s. 66.

⁹³ HAGSTRØM 2011 s. 700. Etter mitt skjønn er det ikke nødvendig å gripe til analogi.

Mottakelse av en ytelse i positiv ond tro med hensyn til betalerens manglende forpliktelse vil *normalt* medføre uredelighet, selv om unntak kan tenkes.⁹⁴ Det vil ikke være nødvendig å benytte seg av *condictio indebiti* i disse tilfeller, ettersom man da har et sterkere grunnlag for tilbakesøking.⁹⁵

Avtaleloven § 33 taler om hva «det maa antages at han [betalingsmottakeren] kjendte til». Av lovens forarbeider fremgår det at det ikke kreves noe eksakt bevis for positiv kunnskap.⁹⁶ Både lovens ordlyd og forarbeider angir samtidig at det ikke er tilstrekkelig at betalingsmottakeren *burde* kjent til omstendighetene, noe som står i motsetning til f. eks. §§ 29, 30, 31 og 32.⁹⁷ På tross av lovens ordlyd, har juridisk teori og rettspraksis lagt til grunn at § 33 også kan omfatte uaktsomhet.⁹⁸ Dette bygges enten på en utvidende tolking av bestemmelsen, eller bestemmelsen supplert med ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.⁹⁹ Eksempelvis kom Høyesterett i Rt. 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank) til at § 33 omfattet et tilfelle hvor løftemottakeren kjente til visse omstendigheter og burde forstått at løftegiveren ikke ville avgitt løftet, her stillet selvskyldnerkausjon, dersom han hadde kjent til omstendighetene.

Selv om bestemmelsen kan omfatte uaktsomhet, er det usikkert om dette kan danne grunnlag for et tilbakesøkningskrav. ARNHOLM fremholdt i sin tid at det var usikkert om § 33 omfattet en uaktsom betalingsmottaker, og at det var lite rimelig å pålegge tilbakeføringsplikt for den som «bare i uaktsom god tro [hadde] tatt imot hvad en annen frivillig har betalt».¹⁰⁰ HAGSTRØM har et lignende synspunkt:

«Den ubetingede tilbakeføringsplikt bør ikke utstrekkes til tilfellet der mottakeren ikke *visste* at oppfyllelsen skyldtes en villfarelse, men *burde* innsett dette. Her får man falle tilbake på læren om *condictio indebiti*.»¹⁰¹

⁹⁴ ARNHOLM 1938 s. 184 benytter følgende eksempel på et unntak: «Går man tilbake til det tilfelle hvor A ydet noget til B fordi C har gjort dette til vilkår for at A skal arve ham, er B selvsagt ikke i «ond tro» om han tar imot med full bevissthet om at han ikke hadde noget rettskrav.»

⁹⁵ TORVUND 1997 s. 101 behandler mottakelse i ond tro som moment ved helhetsvurderingen etter *condictio indebiti*, uten å vise til f. eks. § 33. Dersom søksmålet anlegges som en ren *condictio indebitisak*, uten spørsmål om ugyldighet, vil en slik tilnærming være naturlig. Etter mitt skjønn er det likevel hensiktsmessig å behandle mottakelse i ond tro særskilt etter de avtalerettslige regler, men dette er nok likevel bare et spørsmål om ulik tilnæringsmåte. Tilsvarende HAGSTRØM 2011 s. 700 note 12.

⁹⁶ Ot.prp.nr.63 (1917) s. 76.

⁹⁷ Ot.prp.nr.63 (1917) s. 76.

⁹⁸ Se Rt. 1920 s. 188, Rt. 1921 s. 415, Rt. 1929 s. 947, Rt. 1935 s. 1079, Rt. 1969 s. 572 og Rt. 1984 s. 28.

⁹⁹ Om førstnevnte forståelse se GIERTSEN 2006 s. 161 og 179, WOXHOLTH 2009 s. 317, HOV OG HØGBERG 2009 s. 370 og HAGSTRØM 2011 s. 163. Om sistnevnte forståelse se NAZARIAN 2007 s. 70f. og SÆBØ 1995 s. 343.

¹⁰⁰ ARNHOLM 1938 s. 128.

¹⁰¹ HAGSTRØM 2011 s. 700f.

Jeg er enig i at det neppe kan oppstilles noen alminnelig regel om tilbakeføringsplikt for den uaktsomme betalingsmottaker. Et tilbakesøkningskrav bør imidlertid etter mitt skjønn kunne grunnes på avtaleloven § 33, slik den er utviklet i nevnte teori og praksis, dersom mottakeren av ytelsen *burde* innsett at oppfyllelsen skyldtes en villfarelse, og dette medfører en overtredelse av «redelighet eller god tro».¹⁰² Dersom det ikke foreligger en overtredelse av «redelighet eller god tro», vil man imidlertid måtte falle tilbake på *condictio indebiti*.¹⁰³

3.3.2.4. Forholdet til forutsetningslæren

Forutsetningslæren kan også benyttes som grunnlag for et tilbakesøkningskrav.¹⁰⁴ Ugyldighet kan her inntre dersom en forutsetning ved løftet viser seg å være uriktig. Villkårene er at forutsetningen er *vesentlig* for løftegiveren, at vesentligheten er *synbar* for løftemottakeren, samt at forutsetningsbristen anses som *relevant*.¹⁰⁵ For tilfellet *solutio indebiti*, vil det være nærliggende å påberope at den uriktige formeningen om oppfylleelsesplikt var en vesentlig forutsetning som var kjent for mottakeren. I den senere tid har forutsetningslæren fått begrenset praktisk betydning ved siden av avtaleloven §§ 33 og 36.¹⁰⁶ Forholdet mellom forutsetningslæren og *condictio indebiti* vil derfor ikke utdypes nærmere.

¹⁰² Se for øvrig AUGDAHL 1978 s. 401: «Et moment i *betalerens* favør er det naturligvis at mottageren burde forstå at han ikke hadde krav på det erlagte. I mer graverende tilfelle av denne art vil det vel forøvrig stride mot redelighet eller god tro om han krever å beholde det.»

¹⁰³ I samme retning KRÜGER 1984 s. 310f.

¹⁰⁴ Se f. eks. Rt. 1999 s. 922.

¹⁰⁵ HAGSTRØM 2011 s. 260.

¹⁰⁶ GIERTSEN 2006 s. 177 og WOXHOLTH 2000.

4 Rettshistorisk bakgrunn

4.1. Innledning

Før gjeldende rett behandles, skal det foretas en retthistorisk gjennomgang. Fremstillingen av den romerrettslige regulering (4.2) og reglens utvikling gjennom norsk juridisk teori og rettspraksis (4.3), har til formål å gi et bakteppe til de etterfølgende drøftelser av gjeldende rett (kapittel 5 flg.).

4.2. Den romerrettslige regulering

I romerretten ble det lagt til grunn at erverv av en annen manns formue trengte et rettslig grunnlag (*causa*). Tanken var at ingen skulle sitte igjen med en ubegrunnet berikelse som følge av en annens tap eller skade (*nemo locupletari debet ex alterius damno*).¹⁰⁷

Det er i dag til dels ukjent, og til dels omtvistet, hva som var det nærmere innholdet i de opprinnelige romerrettslige regler om *condictio indebiti*.¹⁰⁸ Det er likevel sikkert nok at tilbakesøking skulle skje hvor betaleren hadde oppfylt i god tro, det vil si i unnskyldelig villfarelse om betalingsplikt. Også mottakeren måtte være i god tro. Dersom mottakeren var i ond tro om den annen parts manglende forpliktelse, var hans adferd *furtum*, og han ble da etter den romerske retts utvidede tyveribegrep ansett som tyv. Kravet kunne da bygges på såkalt *condictio furtiva* (til erstatning).¹⁰⁹ Betalerens villfarelse måtte være unnskyldelig, *error probabilis*, og dersom villfarelsen var av rettslig karakter, *error juris*, var tilbakesøking som den klare hovedregel avskåret. Det som kunne kreves tilbake, var berikelsen.¹¹⁰

4.3. Utviklingen i norsk teori og rettspraksis

For dansknorsk rett starter historien med ØRSTED.¹¹¹ Han mente at det ikke kunne utledes noen alminnelig regel om at den som hadde betalt i villfarelse om betalingsplikt, kunne kreve tilbakesøking. ØRSTED fremhevet at det hverken forelå noen dom, eller andre rettskilder som

¹⁰⁷ HAMBRO 1921 s. 140ff.

¹⁰⁸ VINDING KRUSE 1950 s. 9f. Dette skyldes i stor grad at temaet «har været gjenstand for mangfoldige kontroverser imellem forfatterne i den romerske ret», se ØRSTED 1828 s. 234.

¹⁰⁹ ØRSTED 1828 s. 231.

¹¹⁰ HAMBRO 1921 s. 143ff.

¹¹¹ ØRSTED 1828.

ga grunnlag for en slik teori, ei heller fant han tilstrekkelige rimelighetshensyn til å begrunne en slik regel:

«Den tilsyneladende Billighet, som kunde synes at tale for en ubetinget Tilbagegivelse af slige Betalinger, kunde og i Virkeligheden føre til de største og meest ødelæggende Ubilligheder, ja der vilde opstaae en Rettighedernes rolige Nydelse aldeles forstyrrende Usikkerhed i det borgerlige Liv, saafremt en ubetinget Tilbagesøgning blev hjemlet.»¹¹²

ØRSTED innrømmet imidlertid *condictio indebiti* for visse tilfeller. For det første burde tilbakesøking skje dersom mottakeren var i ond tro om feiloppfyllelsen, sml. punkt 7.3.3.3.¹¹³ For det andre burde tilbakesøking skje dersom mottakeren, selv i god tro, «har givet anledning til den indløbne Feiltagelse, eller det dog laae ham nærmere end den Betalende at undgaae Feiltagelsen», sml. punkt 7.4.3.¹¹⁴ ØRSTED ga likevel snevre grenser for *condictio indebiti*, og vektla tungt hensynet til betalingsmottakerens innrettelse (oppgjørshensynet).

ØRSTEDS fremstilling ble lenge styrende for dansk og norsk teori. HALLAGER¹¹⁵ videreførte at det skulle mye til for å kreve tilbakesøking. Det samme gjorde J. E. LARSEN, GRAM og JOHS. BERGH.¹¹⁶ I norsk rettspraksis er det utover 1800-tallet en tilsvarende motvilje til å godta tilbakesøkingskrav med grunnlag i *condictio indebiti*. Domstolenes avgjørelser bærer preg av å være påvirket av den samtidige teori. Den første kjente avgjørelsen for spørsmålet er inntatt i Rt. 1836 s. 627, og gjaldt tilbakebetaling av for mye mottatt skattegodtgjørelse. Begge parter hadde vært i rettslig villfarelse om betalingspliktens eksistens. Av overrettens domsgrunner, som Høyesterett tiltrådte, følger det at tilbakesøking i dette tilfellet

«... vilde afstedkomme den største Usikkerhed og Forstyrrelse i mangfoldige Retsforhold».¹¹⁷

Også av øvrige avgjørelser fra 1800-tallet kan det utledes at domstolene var avvisende til å godta tilbakesøkingskrav på grunnlag av *condictio indebiti*.¹¹⁸ Det finnes imidlertid eksempler på at domstolene har godtatt tilbakesøking i dette tidsrommet, se Rt. 1850 s. 612, Rt. 1863 s. 550 og Rt. 1870 s. 773. De nevnte avgjørelser er nok for kasuistiske til å gi grunnlag for en alminnelig lære om *condictio indebiti*.¹¹⁹ I tillegg fulgte Høyesterett opp med en rekke avgjørelser med en klar uvilje mot tilbakesøking, se Rt. 1871 s. 33, Rt. 1874 s. 466, Rt. 1877 s. 481 og Rt. 1895 s. 203.

¹¹² ØRSTED 1828 s. 246

¹¹³ ØRSTED 1828 s. 252.

¹¹⁴ ØRSTED 1828 s. 253.

¹¹⁵ HALLAGER 1879 s. 598ff.

¹¹⁶ Se ARNHOLM 1938 s. 139 med videre henvisninger.

¹¹⁷ Rt. 1836 s. 627 på s. 630.

¹¹⁸ Se f. eks. Rt. 1838 s. 457 og Rt. 1852 s. 252 som også gjaldt skatt.

¹¹⁹ ARNHOLM 1938 s. 141 og HAGERUP 1885 s. 245. Motsatt GJELSVIK 1897 s. 65.

På slutten av det nittende århundre skjedde det et omslag i teorien, med en lang rekke forfattere som grunnet *condictio indebiti* på kontraktrettslige synspunkter, se punkt 2.2.¹²⁰ Dette paradigmeskiftet i teorien gjorde seg tilsvarende til kjenne i rettspraksis, selv om det her kom noe senere. Mens domstolene i den foregående periode bare unntaksvis tok *condictio indebiti* til følge, ble tendensen nærmest motsatt slik at hovedregelen synes å være korreksjon.¹²¹

Det er likevel også i denne perioden avgjørelser som forkastet krav grunnet på *condictio indebiti*.¹²² Av avgjørelser hvor kravet har ført frem kan det vises til Rt. 1917 s. 1417, Rt. 1925 s. 531 og Rt. 1925 s. 417. Illustrerende er avgjørelsen inntatt i Rt. 1908 s. 774, hvor en eldre debitor hadde betalt renter på en obligasjon uten å vite at kreditor hadde forfulgt kravet overfor en alternativt ansvarlig debitor etter kravet. Høyesterett viste til at kreditor hadde truffet et bindende valg mellom de forpliktete, og dømte kreditor til å tilbakebetale ytelsen uten ytterligere vurdering eller begrunnelse.

Til tross for domstolenes holdningsomslag, gir avgjørelsene hverken enkeltvis eller samlet noe prejudikat for en alminnelig lære om *condictio indebiti*.¹²³ Domstolene har uttrykt til tider svært vidtgående skepsis, men *condictio indebiti* har likevel aldri blitt benektet som rettslig grunnlag.¹²⁴ Rettspraksis fra denne tiden bærer i det hele preg av å være svært kasuistisk.¹²⁵

I det påfølgende kapittel går jeg over til å behandle gjeldende rett, herunder den første høyesterettsavgjørelse som anerkjente *condictio indebiti*. Ettersom Høyesterett aldri har avvist *condictio indebiti*, kan det ikke trekkes noen skarp grense mellom rettshistorie og gjeldende rett. Avgjørelser som er omtalt i dette kapittel kan således fortsatt ha relevans som rettskildefaktor ved bedømmelsen av dagens rettstilstand.

¹²⁰ Se HAGERUP 1885 s. 245ff, PLATOU 1914 s. 378ff., JUL. LASSEN 1897, STANG 1897 og GJELSVIK 1897. Annerledes HAGERUP 1894 s. 32ff.

¹²¹ ARNHOLM 1938 s. 148.

¹²² Se Rt. 1910 s. 359, Rt. 1911 s. 488 og Rt. 1911 s. 849.

¹²³ Se motsatt HAMBRO 1925, som fremholder at Rt. 1908 s. 774 så «uimotsigelig hævder den almindelige gyldighet ogsaa for vor ret av det i læren om *condictio indebiti* liggende princip».

¹²⁴ Slik også AUGDAHL 1978 s. 400 note 25.

¹²⁵ Høyesteretts rettsavklarende og rettsutviklende rolle som i dag er fremtredende, gjorde seg ikke tilsvarende gjeldende på denne tid, se om dette i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 302–303.

5 Rettslig grunnlag

5.1. Innledning

Fraværet av en alminnelig lovregulering gjør at spørsmålet om *condictio indebiti* må løses på ulovfestet grunnlag. *Condictio indebiti* fikk, som vist i punkt 4.3, først støtte i teorien. I samme punkt er det også vist at det foreligger en bred rettspraksis vedrørende *condictio indebiti*, men avgjørelsene peker i begge retninger. Periodevis har domstolene vært svært imøtekommende overfor krav om tilbakesøking, og periodevis sterkt avvisende. Et vendepunkt skjedde ved Høyesteretts plenumsavgjørelse i Rt. 1927 s. 237 (Amerikalinjens skattesak), se punkt 5.2. Ved plenumsdommen, og en rekke senere avgjørelser, skjedde det en viss stabilisering i rettspraksis vedrørende forståelsen av *condictio indebiti*, se punkt 5.3.

5.2. Høyesterett ga *condictio indebiti* et innhold – Særlig om Rt. 1927 s. 237

Avgjørelsen gjaldt tilbakesøking av krigskonjunkturskatt som Amerikalinjen hadde innbetalt i henhold til ligningen, men som i en annen sak, Rt. 1923 s. 92, ble funnet å være beregnet feil. Amerikalinjen påberopte seg 1923-dommen som grunnlag for å få differansen tilbake, men kravet førte ikke frem. Saken reiste en del skatterettslige spørsmål som ikke er relevant i denne sammenheng, men Høyesterett kom også med prinsipputtalelser om *condictio indebiti* som skulle vise seg å skape presedens for fremtidige saker:

«Det er ganske vist saa, at almindelige retsgrundsætninger og almindelige fortolkningsregler maa føre til at der under visse omstændigheder maa anerkjendes en adgang til at gjøre en tilbakesøkningsret gjældende, naar det viser sig, at en har betalt noget, han aldeles ikke skylder. Men herav følger ikke, at man som nogen almindelig hovedregel skulde kunne opstille, at en tilbakesøkning tilkommer enhver, som har betalt ut fra den uriktige tro, at han var forpligtet til det. Avgjørende for retsordenens stilling til et tilbakesøkningskrav kan ikke bare være hensynet til betaleren og hans formodede forutsætninger og motiver. Retsordenen maa efter min mening ogsaa veie de reale grunde som, om saken sees fra mottagerens side, kan tale for at betalingsretshandelen bør ha en endelig og forbindende karakter.»¹²⁶

Etter plenumsdommen var det for første gang klart at *condictio indebiti* var anerkjent som gjeldende rett. Selv om avgjørelsen gjaldt skatt og selv om tilbakesøking ble nektet, er

¹²⁶ Rt. 1927 s. 237 på s. 239.

uttalelsen generelt utformet, og bærer også preg av å være utformet slik med hensikt.¹²⁷ Uttalelsen fikk tilslutning fra samtlige av de 21 dommere.

Høyesterett trakk opp det sentrale premiss for anvendelsen av *condictio indebiti* om at det må ha skjedd en innfrielse av en ikke-forpliktelse (*solutio indebiti*), sml. kapittel 6. Og videre at tilbakesøking i det enkelte tilfellet beror på de konkrete omstendighetene hvor det både må ses hen til betalerens og mottakerens interesser, sml. kapittel 7. Med dette fremgår det at oppgjørshensynet må veies mot korreksjonshensynet. En hovedregel i den ene eller annen retning ble det således tatt avstand fra.

Rt. 1927 s. 237 er et eksempel på domstolenes rettsskapende virksomhet. Sakens tema befant seg utenfor lov, sedvane og klar rettspraksis. I et slikt tilfelle, hvor den positive rett har «hull» som ikke kan fylles gjennom tolking, kan dommeren ikke unnlate å ta stilling til saken.¹²⁸ Dommeren har plikt til å løse tvisten, og dette må gjøres med en regel.¹²⁹

Høyesterett gjorde nettopp dette i Rt. 1927 s. 237; det ble statuert et rettslig grunnlag som før avgjørelsen manglet. Som den siterte uttalelse viser, bygde Høyesterett sitt standpunkt på «alminnelige rettsgrunnsetninger». Slike kan defineres som ulovfestete rettsnormer, med struktur som rettsregler, basert på vår allmenne rettskultur.¹³⁰ Det selvstendige grunnlag for den alminnelige rettsgrunnsetningen er å finne i en kombinasjon av forskjellige reelle hensyn.¹³¹ Det er noe upresist å si at Høyesterett *skapte* den alminnelige rettsgrunnsetningen *condictio indebiti* gir uttrykk for, men domstolen *la den til grunn*, og ga den et innhold.¹³²

I denne sammenheng er det nødvendig å nevne at begrepet «alminnelige rettsgrunnsetninger» ikke har et fast meningsinnhold, og ulike teoretikere opererer med forskjellig terminologi på dette punkt. Etter ECKHOFFS begrepsbruk dreier det seg om «rettsoppfatninger» og/eller «reelle hensyn».¹³³ NYGAARD taler her om «allmenne rettsgrunnsetningar» eller

¹²⁷ ARNHOLM 1966 s. 153.

¹²⁸ NYGAARD 2004 s. 257.

¹²⁹ Sml. ECKHOFF 2001 s. 204 som viser til den sveitsiske sivillovboks art. 1, hvoretter dommeren, dersom han ikke kan holde seg til lov eller sedvanerett, skal dømme etter den regel som han ville oppstilt dersom han hadde vært lovgiver.

¹³⁰ NYGAARD 2004 s. 273.

¹³¹ NYGAARD 2004 s. 260. Om de reelle hensyn som ligger til grunn for rettsgrunnsetningen, se punkt 7.2.

¹³² NYGAARD 2004 s. 258 og 273.

¹³³ ECKHOFF 2001 s. 269ff. og s. 366ff.

«rettsprinsipp».¹³⁴ Illustrerende for de to forfatternes syn er også diskusjonen i tilknytning til Rt. 1977 s. 1035 (sykejournaldommen), der ECKHOFF har fremhevet at Høyesteretts henvisning til «alminnelige rettsgrunnsetninger» bare «var en tom talemåte, og ikke noe forsøk på å late som om resultatet kunne hentes fra rettsregler som eksisterte på forhånd».¹³⁵ NYGAARD har imidlertid oppfattet dette som rettsstoff som eksisterte forut for dommen.¹³⁶ På bakgrunn av de romerrettslige røtter for læren om *condictio indebiti*, samt den langvarige utviklingen i norsk teori og rettspraksis, er det nok større grunn til å kritisere Høyesterett for språkbruken i Sykejournaldommen, enn i Rt. 1927 s. 237.¹³⁷

5.3. Etterfølgende rettspraksis

Dommen i Rt. 1927 s. 237 skapte, som en enstemmig plenumsdom bør, presedens for fremtidige saker. Den etterfølgende rettspraksis er preget av skattesaker, og særlig krigskonjunkturskatt.¹³⁸ Utenfor det skatterettslige området finner vi også en rekke avgjørelser som følger opp de linjer som ble trukket opp ved plenumsdommen i Rt. 1927 s. 237. Dommen inntatt i Rt. 1934 s. 33 er et eksempel. Avgjørelsen gjaldt et forsikringssselskaps utbetaling til en skipseiers bank. En tid etter utbetalingen av forsikringssummen rettet forsikringssselskapet et tilbakesøkingsskrav da det ble avdekket at forsikrede selv hadde senket skipet (forsikringsbedrageri). På s. 35 i dommen finner vi følgende prinsipputtalelse:

«Med hensyn til *condictio indebiti* skal bemerkes at vaar rett maa sies at ha anerkjent adgangen til tilbakesøking av et *indebitum*. Derimot har de nærmere betingelser for anvendelse av *condictio indebiti* vært adskillig omtvistet baade i teori og praksis. At det forsaavidt maa tas hensyn baade til betalerens og mottagerens forhold finnes dog ikke tvilsomt, kfr. førstvoterendes votum i den i Rt-1927-237 refererte plenumsdom.»

Etter de nevnte avgjørelser, samt flere fra dette tidsrommet, skjer det et omslag i teorien som i tråd i med rettspraksis følger opp med et mer restriktivt syn på *condictio indebiti*.¹³⁹

Rt. 1985 s. 290 (Birgo) er den viktigste dom i den senere tid hva angår *condictio indebiti*. Dommen gjaldt forsikringsbedrageri. En forsikringssum var utbetalt til banken som var

¹³⁴ NYGAARD 2004 s. 260f.

¹³⁵ ECKHOFF 2001 s. 390f.

¹³⁶ NYGAARD 2004 s. 266ff.

¹³⁷ Se forøvrig KINANDER 2002 s. 284f. om debatten mellom ECKHOFF og NYGAARD.

¹³⁸ Se blant annet Rt. 1927 s. 814, Rt. 1928 s. 579, Rt. 1928 s. 1004, Rt. 1928 s. 1155, Rt. 1929 s. 221, Rt. 1929 s. 604, Rt. 1932 s. 145, Rt. 1933 s. 323 og Rt. 1954 s. 772. Tendensen i dommene er at skattebetaleren er bundet der skatt er betalt uten forbehold. For å godta tilbakesøking ble det normalt krevd at skattebetaleren tok forbehold, og deretter reiste sitt krav innen rimelig tid. Se nærmere ARNHOLM 1938 s. 153. I dag er relevansen av denne rettspraksis begrenset på grunn av gjeldende skattelovgivning, se punkt 3.2.

¹³⁹ Se særlig ARNHOLM 1938, USSING 1940 s. 403ff. og VINDING KRUSE 1950.

skipets panthaver, men det viste seg senere at rederen selv med forsett hadde senket skipet, og forsikringsselskapet krevde tilbakesøking fra banken. På s. 294 i dommen finner vi den sentrale uttalelse, som er blitt referert en rekke ganger i etterfølgende teori og praksis:

«Det er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet.»

Uttalelsen er nærmest blitt ensbetydende med hva som er det nærmere innholdet i *condictio indebiti*. Blant annet i Rt. 1995 s. 1641 gjentas uttalelsen, og det vises til at det må foretas en «rimelighetsvurdering».¹⁴⁰ Tilsvarende uttalelser finnes i stort sett samtlige av de etterfølgende høyesterettsdommer hvor spørsmålet er reist, se f. eks. Rt. 1997 s. 1029, Rt. 1998 s. 989, Rt. 2001 s. 1580, Rt. 2008 s. 738 og Rt. 2010 s. 816.

Henvisningen til det skjønsmessige kriteriet «rimelighet», understreker at *condictio indebiti* er en utpreget rettslig standard.¹⁴¹ Hva gjelder innholdet i den rettslige standarden, kan det fastslås at de hovedlinjer som ble trukket opp i Rt. 1927 s. 237, er fulgt opp. Avgjørelsen bygde som nevnt på rettsgrunnlaget «alminnelige rettsgrunnsetninger», men etter dette har rettspraksis overtatt funksjonen som primært rettsgrunnlag på området.¹⁴² Rettspraksis har slikt sett vært den viktigste premissleverandøren for utviklingen av *condictio indebiti*. Av de foreliggende rettsavgjørelser kan det utledes at så fremt *condictio indebiti* kommer til anvendelse (jf. kapittel 6), skal spørsmålet vurderes konkret, uten at det kan oppstilles noen hovedregel (jf. kapittel 7).¹⁴³ Dette medfører at korreksjonshensynet og oppgjørshensynet i alminnelighet står like sterkt. I henhold til rettspraksis vil spørsmålet bero på en avveining av disse to hensyn, etter en nærmere vurdering av de momenter som gjør seg gjeldende i den enkelte sak.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Rt. 1995 s. 1641 på s.1650.

¹⁴¹ Se også kort om dette foran under punkt 2.4.

¹⁴² NYGAARD 2004 s. 258.

¹⁴³ Se likevel Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen-dommen), som gjaldt tilbakesøking av avgifter som var lovstridig innkrevd. Retten formulerte en problemstilling som synes å forutsette en hovedregel om tilbakesøking: «Spørsmålet [er] om det foreligger grunnlag for å nekte tilbakebetaling etter reglene om *condictio indebiti*...» (s. 1216). Det fremgår likevel av sammenhengen at uttalelsen ikke kan tolkes slik at Høyesterett forsøker å oppstille et utgangspunkt om korreksjon, og et slikt syn er for øvrig heller ikke fulgt opp i senere avgjørelser. Muligens er formuleringen farget av restitusjonskreditors anførsel: «Det er ikke grunnlag for nektelse av dette etter ulovfestede prinsipper om *condictio indebiti*.» (s.1212). Se også Bankklagenemndas uttalelse i BKN-1995-72, hvor det i en sak vedrørende *condictio indebiti* uttales: «Bankklagenemnda har avgitt flere uttalelser vedrørende tilbakesøkingskrav. Etter nemndas praksis skal det tungtveiende grunner til for at tilbakesøking ikke skal kunne finne sted.» Slik uttalelsen står, tenderer nemnda å oppstille et utgangspunkt om korreksjon. I henhold til den foreliggende rettspraksis er det ikke rettskildemessig dekning for å oppstille noen slik hovedregel, og uttalelsen bør ikke tillegges betydning, jf. også det som er sagt om rettskildefaktorene i punkt 1.5.2. Uttalelsen kan heller ikke ses å være fulgt opp i nemndas praksis.

¹⁴⁴ I punkt 7.3 vil det utledes en rekke vurderingsmomenter som i henhold til rettskildematerialet inngår i vurderingen av om tilbakesøking etter reglene om *condictio indebiti* skal innrømmes eller ikke.

6 Anvendelsesområdet for *condictio indebiti*

6.1. *Innledning*

Anvendelsen av *condictio indebiti* forutsetter at en faktisk oppfyllelse har funnet sted (*solutio*), samt at betaleren ikke var forpliktet til oppfyllelsen (*indebitum*). De to grunnforutsetningene behandles i punkt 6.2 og 6.3. I tilknytning til punkt 6.2 er det i tillegg naturlig å drøfte hvilke ytelser som er mulig å tilbakesøke.

Tradisjonelt sett er det ansett som en alminnelig forutsetning at det foreligger en villfarelse hos betaleren. Hvorvidt det er grunnlag for å opprettholde en slik oppfatning skal drøftes i punkt 6.4.

Etter avgjørelsen i Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg) er det i tillegg grunn til å analysere anvendelsesområdet for *condictio indebiti* i en noe annen forstand. Som introdusert i punkt 1.4, forelå det dissens om betalerens krav kunne bygges på *condictio indebiti* eller et tingsrettslig vindikasjonskrav. Avgjørelsen gir grunnlag for å drøfte i hvilken grad *condictio indebiti* kan anvendes i «tingsrettslige» trepartsforhold, se punkt 6.5.

Ved behandlingen av anvendelsesområdet vil også reglene om bevisbyrde behandles, se punkt 6.6.

I punkt 6.7 skal det foretas en oppsummering av anvendelsesområdet for *condictio indebiti*.

6.2. *En oppfyllelse må ha funnet sted og ytelsen må kunne tilbakesøkes*

En første forutsetning er at det har skjedd en faktisk oppfyllelse (*solutio*). Etter rettspraksis å dømme volder spørsmålet sjelden problemer. Det kan likevel tenkes at det ikke foreligger en reell oppfyllelse, men bare et krav om oppfyllelse, eventuelt at kreditor etter å ha fremsatt slikt krav ønsker å korrigere forpliktelsens innhold. Adgangen til å foreta korreksjon av selve den underliggende forpliktelse reguleres av alminnelige avtalerettslige regler, ikke *condictio indebiti*.

Oppfyllelsens gjenstand setter også begrensninger. Ytelsen må gjelde enten penger eller realytelser. Det mest praktiske er penger som normalt er en generisk bestemt, fungibel ytelse.¹⁴⁵ Dersom oppfyllelsen gjelder realytelser, men restitusjonskreditor ønsker å kreve et vederlag istedenfor selve leveransen, dreier det seg ikke om et tilbakesøkingsskrav. Hvis ytelsen etter sin beskaffenhet ikke kan tilbakeføres, f. eks. hvis ytelsen er en arbeidsprestasjon, vil tilbakesøking være utelukket da det ikke er fysisk mulig å føre tilbake en slik innsats. Arbeideren må her f. eks. bygge på et vederlagskrav.¹⁴⁶

6.3. Det må ikke foreligge plikt til oppfyllelse

En neste forutsetning er at oppfyllelsen gjaldt et *indebitum*. I Somb-1997-68, som gjaldt *condictio indebiti* anvendt ved krav om tilbakebetaling av for mye utbetalt lønn, ble problemstillingen reist. Sivilombudsmannen uttalte:

«For at kommunen skal kunne kreve et feilaktig utbetalt beløp tilbake, må det for det første kreves at den som har mottatt beløpet ikke har hatt noe krav på eller rett til beløpet.»

En betaler kan kreve tilbakesøking ut fra en pretensjon om at det er betalt for mye. I likhet med at den opprinnelige betalingen kan bero på en villfarelse, kan betaleren også være i villfarelse om at han senere har avdekket at han ikke var forpliktet. Dersom betalingen reelt sett innebar en innfrielse av gjeld eller må forstås som en gave e. l., kan tilbakesøking ikke finne sted. Der en riktig oppfyllelse har funnet sted, er det intet å korrigere.

Spørsmålet om det foreligger et *indebitum* eller et *debitum*, må vurderes konkret. Klare tilfeller er der det overhodet ikke har foreligget noen forpliktelse, eller hvor forpliktelsen allerede har blitt oppfylt. Et *indebitum* foreligger også der det er betalt mer eller noe annet enn det som fulgte av forpliktelsen, eller det er betalt til feil kreditor (mottaker). Et annet eksempel er innbetaling av avgifter i overensstemmelse med lov, men der det senere viser seg at avgiften var urettmessig etter loven, se særlig Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen)¹⁴⁷, Rt. 2008 s. 738 (KLM)¹⁴⁸ og Rt. 2010 s. 816 (vassdragsreguleringskonsesjon).¹⁴⁹ Eller det kan være et forsikringsselskaps utbetaling i henhold til forsikringsvilkårene, men hvor det i ettertid viser

¹⁴⁵ Med dette menes penger som betalingsmiddel i all forstand, både fysisk og elektronisk. Penger kan også være løsøreting, f. eks. samlemynter, se LILLEHOLT 1999 s. 124.

¹⁴⁶ ARNHOLM 1938 s. 173.

¹⁴⁷ Avgjørelsen er omtalt i blant annet i punkt 7.3.5.2 og 7.3.6.2.

¹⁴⁸ Dommen er introdusert i punkt 1.4.2.

¹⁴⁹ Se om dommen i blant annet punkt 1.4.2.

seg å foreligge forsikringsbedrageri, se Rt. 1934 s. 33, Rt. 1985 s. 290 (Birgo) og Rt. 1995 s. 1641 (Torson). Avgjørelsene er omtalt flere steder, se blant annet punkt 5.2 og 7.3.10.7.

Rt. 1934 s. 33, omtalt blant annet under punkt 5.2, gjaldt tilbakesøking av et forsikringsselskaps utbetaling til en skipseiers bank, men der det senere ble avdekket forsikringsbedrageri. Banken anførte at det ikke forelå noe «indebitum ... da banken kun har faat de penger som den hadde til gode hos forsikrede».¹⁵⁰ Høyesterett avviste imidlertid denne anførselen. Ettersom forsikringstaker som følge av bedrageriet ikke hadde krav på utbetalingen, forelå «et « indebitum » for banken, som jo ingen større rett hadde til disse beløp enn de forsikrede selv».¹⁵¹

I Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger) ble det også drøftet om betaleren var forpliktet til å foreta den utbetalingen som var foretatt.¹⁵² Spørsmålet var om banken (betaleren) var forpliktet overfor lånekreditorene (betalingsmottakeren) til å utbetale det aktuelle lånebeløpet, eller om banken bare var en betalingsformidler, slik at forpliktelsen utelukkende bestod mellom lånekreditorene og låntaker (rederiet Fearnley & Eger). Argumentet fra lånekreditorenes side var at de på forfallsdagen hadde mottatt det beløp de hadde krav på etter det lån de hadde ytt, og at det derfor ikke var noe indebitum som var betalt. Argumentasjonen førte ikke frem. Høyesterett fant at banken bare hadde påtatt seg et betalingsformidlingsoppdrag, og ikke gitt noe løfte om kredittgivning overfor debitor ved innfrielsen av lånet. Høyesterett uttrykte imidlertid noe tvil om hvorvidt dette er et «klart» indebitum:

«Om det er treffende å si at det her foreligger et indebitum, avhenger - slik jeg ser det - av hvilken synsvinkel som anlegges. Den terminologi som anvendes, kan imidlertid ikke være avgjørende for det materielle spørsmål.»¹⁵³

Klarere i sin konklusjon var lagmannsretten:

«Det vil med andre ord si at hvis det ikke var dekning, var CBK heller ikke forpliktet til å foreta noen utbetaling. Det som CBK gjorde, var altså å utbetale beløp som banken ikke var forpliktet til å utbetale. Man utbetalte det som i teorien betegnes som et indebitum.»¹⁵⁴

Etter mitt skjønn forelå det et indebitum så lenge Høyesterett la til grunn at banken ikke hadde noe selvstendig betalingsansvar overfor lånekreditorene. Ettersom forpliktelsen ikke bestod

¹⁵⁰ Rt. 1934 s. 33 på s. 35.

¹⁵¹ Rt. 1934 s. 33 på s. 35.

¹⁵² Se nærmere om sakens faktum nedenfor, under punkt 7.3.1.4 (iv).

¹⁵³ Rt. 1998 s. 989 på s. 999.

¹⁵⁴ LB-1994-1443.

mellom banken og lånekreditorene, er det uten betydning at lånekreditorene hadde tilsvarende forpliktelse med lånedebitor. Slik sett, kan jeg tiltre lagmannsrettens standpunkt i saken.

6.4. Eksisterer det en forutsetning om villfarelse hos betaleren?

Det tradisjonelle anvendelsesområdet for *condictio indebiti* har vært tilfellet hvor en oppfyllelse har sin bakgrunn i en villfarelse om betalingsplikt hos betaleren.¹⁵⁵ En uttalelse i Rt. 2001 s. 1580 er illustrerende:

«Ein tradisjonell *condictio indebiti*situasjon ligg føre der ein betalar har lagt til grunn ei betalingsplikt, men har teke feil av eksistensen eller omfanget av denne.»¹⁵⁶

Den foreliggende rettspraksis gjelder nesten uten unntak feiloppfyllelser foranlediget av slike villfarelser. Eksempelvis vises det i Rt. 1927 s. 237 (på s. 238) til at betaleren «har betalt ut fra den uriktige tro, at han var forpliktet til det», og i Rt. 1985 s. 290 (på s. 297) til at utbetalingene hadde «funnet sted i den tro at de skjedde til dekning av rettsgyldige fordringer».

Selv om *condictio indebiti* både i tradisjonell teori og rettspraksis er knyttet til betaling i villfarelse, og til og med er blitt ansett som et vilkår for reglens anvendelse,¹⁵⁷ er det i lys av den senere tids rettspraksis tvilsomt om en slik oppfatning kan opprettholdes.

I Rt. 1988 s. 556 (Aktuell) var betaleren hele tiden klar over at han ikke var forpliktet, men så seg likevel tvunget til å oppfylle på grunn av betalingsmottakerens avtalebrudd.¹⁵⁸ Tilbakesøking etter *condictio indebiti* kunne likevel skje. I Rt. 1998 s. 989, hvor ingen villfarelse forelå, ble det uttalt at det «kan hende at dette tilfellet ligger i ytterkanten av det som anses som en tradisjonell *condictio indebiti*situasjon».¹⁵⁹ Det avgjørende for om *condictio indebiti* var anvendelig, var likevel at de reelle hensyn «langt på veg [var] de samme som ved en mer tradisjonell *condictio indebiti*situasjon».¹⁶⁰ I Rt. 2001 s. 1580 ble synspunktet om reglens fleksibilitet fulgt opp, da det ble vist til «at det ikkje kan byggjast på eit formelt

¹⁵⁵ Se f. eks. ARNHOLM 1938 s. 125ff., VINDING KRUSE 1950 s. 133, AUGDAHL 1978 s. 396f., KRÜGER 1984 s. 309f., TORVUND 1997 s. 101 og NYGAARD 2004 s. 273.

¹⁵⁶ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1586.

¹⁵⁷ Se f. eks. ARNHOLM 1938 s. 173ff. og ARNHOLM 1966 s. 155f.

¹⁵⁸ Se nærmere om sakens faktum i punkt 7.3.2.4 (iii).

¹⁵⁹ Rt. 1998 s. 989 på s. 999.

¹⁶⁰ Rt. 1998 s. 989 på s. 999.

condictio indebitiomgrep».¹⁶¹ I Rt. 2008 s. 738, hvor condictio indebiti ble benyttet som rettslig grunnlag for fradrag for overvelting, se punkt 8.3, ble det uttalt «at man da befinner seg i ytterkanten av hva man vil anse som en tradisjonell condictio indebiti-situasjon».¹⁶² Høyesterett fant likevel at siden «skjønnsstemaet angis så vidt og standardpreget som i de ulovfestede regler om condictio indebiti, er det etter min mening naturlig å drøfte spørsmålene i vår sak innenfor denne ramme».¹⁶³ Synspunktet ble videre fulgt opp i Rt. 2010 s. 816:

«Etter læra om condictio indebiti har det tradisjonelt vore stilt opp som vilkår for tilbakesøking at ytaren måtte vere uforplikta, og at det måtte ligge føre ei unnskylddeleg villfareing hos han, jf. til dømes Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2003, side 679. Men slik også Hagstrøm understrekar på side 680-681 er rettsinstituttet utvikla gjennom praksis. Sentralt er det som er uttala i Rt-1985-290 om at det « er et grunnleggende trekk i læren om condictio indebiti at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet ». Som framheva i Rt-2001-1580 kan det ikkje byggjast på eit formelt omgrep.»¹⁶⁴

Selv om det ikke forelå noen villfarelse hos betaleren, var condictio indebiti anvendelig:

«Vi står ikke overfor en tradisjonell condictio indebiti-situasjon. Det ble ikke begått feil da betalingene ble foretatt eller konsesjonskraften levert. Betalingen/leveringen har funnet sted i samsvar med de vilkår som gjaldt da de ble foretatt. Det er først da det i 2006 ble fastsatt nytt kraftgrunnlag for Aursunden, at det ble klart at kommunen hadde mottatt for mye i henhold til de beregninger som da ble foretatt av NVE.»¹⁶⁵

Det kan reises spørsmål om hvordan condictio indebiti som rettslig grunnlag skal forstås i lys av den nevnte praksis. En første mulighet er å se det slik at det foreligger en hovedregel om at oppfyllelsen må ha funnet sted i en villfarelse om betalingspliktens eksistens eller omfang, men at det i visse tilfeller kan gjøres unntak fra de (tradisjonelle) reglene om condictio indebiti. En andre mulighet er at condictio indebiti i visse tilfeller kan benyttes på andre vilkår og med eget anvendelsesområde utenfor de tradisjonelle tilfellene. En tredje mulighet er å se det slik at Høyesterett bygger på et eget, selvstendig, rettslig grunnlag som er noe annet enn «egentlig» condictio indebiti. En fjerde forståelse er at det har skjedd en utvidelse av anvendelsesområdet for condictio indebiti, slik at det ikke lenger er noen forutsetning om villfarelse.

BERGSÅKER har uttalt om utviklingen:

«Denne læren forutsetter tradisjonelt at betaling er skjedd i villfarelse om forpliktelsens eksistens. Det følger av norsk rettspraksis at så vel vurderingsstemaet som vurderingsmomentene kan være de samme ved spørsmål om tilbakeføring enten saken faller innenfor eller utenfor kjernen av condictio indebiti.

¹⁶¹ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1586.

¹⁶² Rt. 2008 s. 738 avsnitt 40.

¹⁶³ Rt. 2008 s. 738 avsnitt 41.

¹⁶⁴ Se Rt. 2010 s. 816 avsnitt 60.

¹⁶⁵ Se Rt. 2010 s. 816 avsnitt 99.

Det er derfor neppe nødvendig å foreta en presis avgrensning av *condictio indebiti* mot andre tilfeller av tilbakebetaling eller oppgjørskorreksjon.»¹⁶⁶

Rettspraksis taler om *condictio indebiti*-situasjoner som er «tradisjonelle» eller ikke, se særlig Rt. 1998 s. 989 på s. 999 og Rt. 2008 s. 738 avsnitt 40 hvor dette ble uttrykkelig uttalt. Selv om Høyesterett har vært forelagt tilfeller som har vært «utradisjonelle», har de benyttet det tradisjonelle vurderingstema og de tradisjonelle vurderingsmomentene som følger av reglene om *condictio indebiti*. Begrunnelsen er at de reelle hensyn uansett langt på vei er de samme, jf. Rt. 1998 s. 989 på s. 999. Det er på den bakgrunn neppe riktig å se de «utradisjonelle» tilfellene som unntak fra en «hovedregel» om at det må foreligge villfarelse på betalerens hånd, eller at tilfellene reguleres av et selvstendig grunnlag utenfor *condictio indebiti*, eventuelt på bakgrunn av en analogi fra «tradisjonell» *condictio indebiti*.

Etter mitt skjønn er det derimot riktig å anse de tradisjonelle reglene om *condictio indebiti* som utvidet, slik at det ikke lenger kan opprettholdes en alminnelig forutsetning om at betalingen må ha skjedd i villfarelse om betalingspliktens eksistens eller omfang.

I tråd med den nevnte praksis følger det således at både vurderingstema og vurderingsmomentene kan være de samme, uavhengig av om tilfellet er «tradisjonelt» (betaleren er i villfarelse) eller ikke. Illustrerende er Agder lagmannsretts uttalelse i LA-2009-73348-2, i en sak som gjaldt tilbakesøking av merverdiavgift utbetalt fra feil konto:

«Læra inneber at det kan vera grunnlag for å søkja attende frå godtruande mottakar ei utbetaling som grunnar seg på ei villfaring frå ytaren si side. Villfaringa vil ofte ha sin grunn i feilaktig tru om betalingsplikt, men krav etter *condictio indebiti* kan føra fram sjølv om ytaren ikkje meinte å vera forplikta, jf. Rt-1988-556.»

Dette medfører at *condictio indebiti* er anvendelig, så fremt de øvrige betingelser er oppfylt, for blant annet oppfyllelser som beror på data- eller inntastingsfeil mv. (tilfellegruppe 2) og oppfyllelser som er viljebestemt uten at det foreligger villfarelse om betalingsplikt, men der feiloppfyllelsen har sin bakgrunn i øvrige omstendigheter (tilfellegruppe 3), jf. punkt 1.2.

Hvorvidt feiloppfyllelsen beror på en villfarelse eller ikke, vil likevel få rettslig betydning for den nærmere vurderingen, herunder vil årsaken til feiloppfyllelsen kunne sette sitt preg på hvilke hensyn og momenter som gjør seg gjeldende og hvilken vekt de skal tillegges i den

¹⁶⁶ BERGSÅKER 2010 s. 15.

nærmere avveiningen. Se punkt 7.3.1 om betydningen av årsaken til feiloppfyllelsen for den konkrete vurderingen av *condictio indebiti*.

6.5. Kan *condictio indebiti* anvendes i «tingsrettslige» trepartsforhold?

6.5.1. Utgangspunkter

Som nevnt i punkt 2.1, er *condictio indebiti* et «obligatorisk» krav som består mellom to parter, noe som normalt innebærer en avgrensning mot tingsrettslige problemstillinger og trepartsforhold. Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg) påkaller imidlertid en behandling av emnet. Høyesteretts flertall (4) fant at tilfellet gjaldt et topartsforhold, hvilket gjorde *condictio indebiti* anvendelig. Høyesteretts mindretall (1) mente imidlertid at tilfellet gjaldt en tredjepersonkonflikt, og at *condictio indebiti* var avskåret fra å anvendes. Avgjørelsen skaper på den bakgrunn uklarhet med hensyn til yttergrensene for anvendelsesområdet for *condictio indebiti*. Som TØRUM har uttalt, forelå det «dissens om anvendelsesområdet for selveste grunnpillarene i formueretten, obligasjonsretten og tingsretten».¹⁶⁷

To problemstillinger skal i denne sammenheng behandles. Begge har sider mot det som i tingsrettslig litteratur omtales som hjemmelsmannskonflikten, og illustreres gjerne med figuren H-A-B.¹⁶⁸ Den første er rekkevidden av betaleren (H) sitt krav etter reglene om *condictio indebiti* overfor tredjemann (B) som har fått ytelsen overdratt i aktsom god tro med hensyn til avhenderen (A) sin rett. Den andre er rekkevidden av betaleren (H) sitt krav etter *condictio indebiti* overfor betalingsmottakeren (A) sitt konkursbo (B). Problemstillingene behandles i henholdsvis punkt 6.5.2 og 6.5.3.

6.5.2. Særlig om rekkevidden av *condictio indebiti* overfor godtroende tredjemann – En analyse av Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg)

Dersom betalingsmottakeren overdrar ytelsen, kan det oppstå spørsmål om betaleren kan kreve tilbakesøking etter reglene om *condictio indebiti* overfor godtroende tredjemann.

¹⁶⁷ TØRUM 2002 s. 334.

¹⁶⁸ LILLEHOLT 1999 s. 19f.

Spørsmålet er berørt i Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg). Problemstillingen var om Sunde Borettslag kunne kreve tilbakebetalt 150.000 kroner som borettslagets forretningsfører urettmessig hadde overført fra borettslagets bankkonto til en byggmesters (Slåtto Husbygg AS) konto, til dekning av et krav Slåtto Husbygg AS hadde mot forretningsføreren selv. Forretningsføreren hadde en vid disposisjonsrett over bankkontoen til borettslaget. Han var videre regnskapsfører for Slåtto Husbygg AS, som han hadde engasjert for å føre opp et hus for seg og familien. Forretningsføreren forsøkte å dekke over transaksjonen ved å forfalske overføringsmeldingen ved å endre navnet på betaleren, samt kontonummeret, fra borettslaget til seg selv. Det var klart at utbetalingen ikke hadde sin bakgrunn i en villfarelse om betalingsplikt, men var skjedd ved en kriminell handling (underslag) gjort med hensikt (tilfellegruppe 3, jf. punkt 1.2.).

Overføringen skjedde direkte fra borettslagets bankkonto til Slåtto Husbygg sin bankkonto, men der A senere forfalsket regnskapsvedlegget til Slåtto. Flertallet fant det avgjørende at siden overføringen skjedde *direkte* mellom borettslaget og Slåtto, så var det «ikkje i det ytre grunnlag for å seie at dette var ei betaling frå A». ¹⁶⁹ Det avgjørende, mente flertallet, var hvordan overføringen «reint faktisk vart gjennomført». ¹⁷⁰ Saken ville imidlertid stilt seg annerledes, fremholdt førstevoterende, dersom «A i staden for å føre pengane direkte over frå burettslaget til Slåtto Husbygg, først hadde ført pengane over frå burettslaget sin konto til eigen konto» (hvilket var tilfelle i noen andre forhold som ikke var omfattet av saken). ¹⁷¹

Førstevoterende la således avgjørende vekt på om pengene gikk gjennom As konto eller ikke, og besluttet på den bakgrunn at tilfellet ikke var en tredjemannskonflikt, men en topartskonflikt. Flertallet viste riktignok til Rt. 1998 s. 989, hvor forholdet lå «i ytterkanten av det som anses som en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon», og fremholdt at det heller ikke i den nærværende sak kunne «byggjast på eit formelt *condictio indebitiom*grep». ¹⁷²

Annenvoterende tok utgangspunkt i flertallets resonnement om at de faktiske forhold måtte være avgjørende, og vendte synspunktet tvert om i sin dissens. Realiteten i disposisjonen var ikke at borettslaget overførte penger til Slåtto – det rent faktiske som skjedde var at A (ved å begå underslag) overførte pengene til Slåtto. Annenvoterende uttrykte at selv «om pengene i

¹⁶⁹ Rt. 2001 s. 1580 s. 1585.

¹⁷⁰ Rt. 2001 s. 1580 s. 1585.

¹⁷¹ Rt. 2001 s. 1580 s. 1585.

¹⁷² Rt. 2001 s. 1580 s. 1587.

vårt tilfelle er gått direkte fra borettslagets konto til Slåtto Husbygg, er realiteten at A ved hjelp av fullmakten har trukket beløpet ut av kontoen og brukt det til å dekke egen gjeld».¹⁷³ A var den eneste som var kjent med transaksjonen, og han forledet Slåtto til å tro at overføringen gjaldt sine egne penger. Annenvoterende påpekte at borettslaget var helt ukjent med transaksjonen, slik at Rt. 1998 s. 989 hadde liten overføringsverdi. Her var faktum at en bank med egne penger, og med vitende og vilje, utførte en betaling i tillitt til at det ville komme inndekning. Restitusjonsoppgjøret involverte her de samme parter som det opprinnelige oppgjør.¹⁷⁴ Heller ikke øvrig rettspraksis eller juridisk teori behandler anvendelsen av *condictio indebiti* hvor restitusjonskreditor selv ikke har foretatt betalingen.¹⁷⁵

Annenvoterende så det altså slik at forretningsføreren (A) var legitimert til å råde over borettslagets (H) konto, og spørsmålet var om Slåtto Husbygg (B) var i god tro og dermed hadde ekstingvert H's rett. Annenvoterende fant at eneaksjonær, enestyre og daglig leder i Slåtto Husbygg, Trygve Slåtto, var i god tro, men at hans gode tro hvilte på at A – i egenskap av forretningsfører for Slåtto – foretok de uredelige handlingene. Slåtto ble identifisert med A, og kunne således ikke vinne større rett til pengene enn A hadde.¹⁷⁶

Jeg er enig med annenvoterende i at det foreliggende tilfellet er en tredjemannskonflikt, og at *condictio indebiti* følgelig ikke er anvendelig.¹⁷⁷ Tilfellet passer godt inn i ulike beskrivelser av en tredjepersonkonflikt. Slik også annenvoterende gjør, kan det vises til LILLEHOLT:

«Der B får overført pengar frå As bankkonto eller får ein sjekk frå A, vinn han rett sjølv om A har lurt pengar frå H eller stole pengane. Som utgangspunkt må det same gjelde sjølv om B veit at A ikkje har kome til pengane på rett måte, jf. det som er sagt like ovafor om betaling med kontantar. Men har A disponert over ein konto som tilhøyrrer H eller skrive Hs namn falsk på ein sjekk, må B vera i god tru dersom han skal sleppe å betale pengane attende. Kanskje må det same gjelde der ein advokat, eigedomsmeklar e.l. disponerer urettkome over ein klientkonto.»¹⁷⁸

Karakteristikken er parallell med det foreliggende faktum: A trekker ut penger fra H, og overfører disse til B.

¹⁷³ Rt. 2001 s. 1580 s. 1588.

¹⁷⁴ Se nærmere om dommen, punkt 7.3.2.4 (iv).

¹⁷⁵ Slik også TØRUM 2002 s. 335.

¹⁷⁶ Mindretallets resonnement vedrørende spørsmålet om god tro kan nok kritiseres, se LILLEHOLT 2003 s. 4.

¹⁷⁷ Jeg er således i det vesentligste enig med TØRUM 2002 s. 334ff. som også kritiserer flertallet og tiltrer mindretallets syn. SÆBØ synes også å ha dette syn idet han i omtale av dommen uttaler at Høyesteretts flertall «uriktig anvender *condictio indebiti* på et tilfelle hvor en person innfrir gjeld ved rettsstridig disposisjon over tredjepersons bankkonto», se SÆBØ 2003 s. 105 note 350. Se også NYGAARD 2004 s. 120f.

¹⁷⁸ LILLEHOLT 1999 s. 124-125.

Selv om Høyesteretts flertall anvender *condictio indebiti* på det som etter mitt skjønn var et trepartsforhold, kan ikke avgjørelsen tas til inntekt for at reglene er anvendelige ved slike partskonstellasjoner. Også flertallets syn er at *condictio indebiti* er forbeholdt topartsforhold. Forskjellen mellom fraksjonene ligger ikke i det rettslige, men i bedømmelsen av faktum; er dette en topartskonflikt eller en tredjemannskonflikt? Høyesterett var for øvrig samlet i sitt resultat, og borettslaget fikk pengene tilbakeført. At *condictio indebiti* ikke er anvendelig i trepartsforhold har også vært lagt til grunn i den juridiske teori, og oppfatningen kan spores helt tilbake til ØRSTED:

«Tilbagesøgelse fra tredie Mand kan ikke finde Sted paa Grund av den Vildfarelse, hvori Man havde stilt sig ved Tingen; thi *condictio indebiti* var, som allerede Benævnelsen tilkjendegiver, stedse et blot personligt Søgmaal.»¹⁷⁹

Gjeldende rett er på den bakgrunn at tilbakesøking etter reglene om *condictio indebiti* overfor godtroende tredjemann er utelukket.¹⁸⁰

6.5.3. Kravets rekkevidde overfor betalingsmottakerens kreditorer (konkursbo)

Tidvis hender det at restitusjonsdebitor for et krav etter reglene om *condictio indebiti* går konkurs før det har funnet sted et restitusjonsoppgjør til opprinnelig betaler.¹⁸¹

Der ytelsen gjelder penger som er sammenblandet med mottakerens øvrige formue, er betaleren dividendeberettiget i boet, jf. dekningsloven § 6-1 flg. Spørsmålet er om betaleren i visse tilfeller bør innrømmes vindikasjonsrett (separatistrett) overfor boet.

Dersom tilbakesøkingskravet går ut på utlevering av en ting, er det alminnelig enighet om at restitusjonskreditor normalt har separatistrett i mottakerens konkursbo.¹⁸² Det samme gjelder penger som løsøreting, f. eks. en myntsamling. Begrunnelsen er at det i slike tilfeller foreligger mangler ved skyldnerens adkomst til tingen (*solutio indebiti*), ettersom formuesgodet fremdeles tilhører betaleren (H). Betalingsmottakerens (skyldneres) kreditorer

¹⁷⁹ ØRSTED 1828 s. 231f.

¹⁸⁰ Se for øvrig blant annet STANG 1897 s. 79, ARNHOLM 1938 s. 221 og VINDING KRUSE 1950 s. 297.

¹⁸¹ Problemstillingen er behandlet flere steder i formuerettslig teori, både i tilknytning til *condictio indebiti* spesielt og i alminnelige tingsrettslige og konkursrettslige fremstillinger, se f. eks. OPSAHL 1953 s. 282, ARNHOLM 1938 s. 214f., VINDING KRUSE 1950 s. 297, ANDENÆS 2009 s. 166 og 178, BERGSÅKER 2010 s. 15ff. BERGSÅKER 2011 s. 277ff.

¹⁸² ARNHOLM 1938 s. 219f., VINDING KRUSE 1950 s. 297, AUGDAHL 1978 s. 405, LILLEHOLT 1999 s. 238, jf. s. 236 og ANDENÆS 2009 s. 166

kan ikke ta beslag utover det som tilhører skyldneren, jf. dekningsloven § 2-2, og kreditorekstinksjon i egentlig forstand kommer ikke på tale i konflikten mellom kreditor B og den H som A tilsynelatende utleder sin rett fra (hjemmelsmannskonflikten).¹⁸³

Mer problematisk er det der ytelsen består i penger, noe som alminnelig vil være tilfelle ved *condictio indebiti*. Separatistrett i konkurs er først og fremst knyttet til ting, men det er likevel klart at det også kan oppnås slik rett for fysiske penger og penger i annen form, f. eks. på konto.¹⁸⁴ Betingelsene for vindikasjon av penger har tradisjonelt vært formulert som at mottakeren må (1) ha plikt til å holde pengene i egen kasse, og (2) han må faktisk ha oppfylt denne plikten.¹⁸⁵

For krav etter *condictio indebiti* vil separatistrett som en klar hovedregel være avskåret på grunn av vilkår (1). Rett til tilbakesøking er ingen automatisk følge av feiloppfyllelsen, og det vil ofte være uenighet mellom partene om tilbakesøkingskravets berettigelse. I flere tilfeller vil også mottakeren være uvitende om feiloppfyllelsen. Disse omstendigheter er vanskelig å forene med en plikt til å holde midlene adskilt. Som BERGSÅKER fremholder, må «spørsmålet om plikt vurderes objektivt», og det gir ikke mening å «legge til grunn at plikten bare er til stede når betalingsmottakeren selv er eller bør være klar over at kravet om tilbakebetaling er berettiget».¹⁸⁶ Slik jeg leser BERGSÅKER, konkluderer han med at vindikasjon er utelukket ved en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon, det vil si der betaleren har oppfylt i villfarelse om betalingsplikt (tilfellegruppe 1, jf. punkt 1.2).¹⁸⁷

Vindikasjon kan imidlertid ikke anses å være helt utelukket, i alle fall ikke ved de «utradisjonelle» *condictio indebiti*-situasjoner (tilfellegruppe 2 og 3, jf. punkt 1.2). OPSAHL fremholdt lignende synspunkter:

«Pengene kan være betalt som vederlag i en ugyldig avtale, ved forveksling av sedler i mørket, lagt i konvolutt til feil adressat osv. Her støter vi undertiden på synspunktet *condictio indebiti*, men oftest har avhenderen et annet og sikrere grunnlag for sitt krav om å få pengene tilbake. Det er imidlertid visstnok ikke sikkert at han alltid kan opptre som separatist i boet på dette grunnlag. Antagelig må han kunne gjøre det hvor selve betalingshandlingen er en misforståelse, som i forvekslingstilfellene, hva enten feiltagelsen gjelder ytelsen eller kreditors person.»¹⁸⁸

¹⁸³ LILLEHOLT 1999 s. 229, jf. 167.

¹⁸⁴ Standardverket på området er OPSAHL 1953.

¹⁸⁵ Se f. eks. ANDENÆS 2009 s. 176.

¹⁸⁶ BERGSÅKER 2010 s. 19.

¹⁸⁷ BERGSÅKER 2010 s. 19 og BERGSÅKER 2011 s. 280. I samme retning, se ANDENÆS 2009 s. 178 hvor det fremholdes: «Grunnlaget for de tilbakesøkingskrav jeg her har for øye, vil vel normalt tilsi at kravet ikke har separatistrett.» Dog motsatt i ANDENÆS 1999 s. 122.

¹⁸⁸ OPSAHL 1953 s. 282.

OPSAHLS synspunkter minner om de «utradisjonelle» *condictio indebiti*tilfeller (tilfellegruppe 1 og 2, jf. punkt 1.2), og viser til situasjonen der «selve betalingshandlingen er en misforståelse», f. eks. der feiltakelsen gjelder «ytelsen» (f. eks. inntasting av galt beløp) eller «kreditors person» (f. eks. inntasting av feil kontonummer). Oppfyllelsen er her viljebestemt og bevisst, men betaleren oppfyller ikke i villfarelse om å være forpliktet. Feilen knytter seg til selve oppfyllelsehandlingen. I slike tilfeller av «korreksjon av data- eller inntastingsfeil mv.», fremholder BERGSÅKER at det må

«... kunne legge til grunn at spørsmålet om tilbakeføring av midlene er enklere, og at vurderingen er mindre sammensatt når betalingen ikke beror på en villet betalingshandling i tradisjonell mening. Dette fører til at man lettere vil kunne si at betalingsmottakeren i slike tilfeller må ha en plikt til å holde midlene atskilt fra andre midler.»¹⁸⁹

Det sentrale i denne sammenheng er at det i slike *condictio indebiti*tilfeller er større grunn til å oppstille en plikt for mottakeren til å holde pengene adskilt (det første vilkår for separatistrett). Dette fordi mottakeren normalt vil være kjent med at han ikke har rett til å beholde pengene. Vindikasjon kan på denne bakgrunn etter omstendighetene finne sted så lenge feiloppfyllelsen beror på en data- eller inntastingsfeil mv., så fremt det andre vilkåret om faktisk adskillelse er oppfylt.

Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2001-945 gjaldt et sjeldent tilfelle med spørsmål om vindikasjon av penger som var oppfylt ved en feil (*solutio indebiti*). Konkursdebitor mottok ved en feil kr. 299.000 få dager før konkursåpning. Skifteretten og lagmannsretten fant at det var grunnlag for separatistrett. Konkursboet bestred ikke at det var grunnlag for separatistrett, men anførte at midlene var sammenblandet med debitors øvrige midler (vilkår 2, se like ovenfor). Lagmannsretten kom til at det var grunnlag for separatistrett for den del av det feilinnbetalte beløp som fortsatt stod på kontoen ved konkursåpningen, kr. 65.900. Avgjørelsen illustrer at separatistrett basert *condictio indebiti* ikke er utelukket. Tatt i betraktning at avgjørelsen er avsagt i en underrettsdomstol, og at grunnlaget for separatistrett for lagmannsretten ikke var bestridt av konkursboet, gir nok dommen likevel liten avklaring for rettstilstanden.¹⁹⁰ Det generelle inntrykket er at det skal mye til før vilkårene for separatistrett er oppfylt ved krav som bygger på *condictio indebiti*.¹⁹¹

¹⁸⁹ BERGSÅKER 2010 s. 20.

¹⁹⁰ Se også punkt 1.5.2 om den rettskildemessige status for underrettsavgjørelser.

¹⁹¹ Se for øvrig et noe særegent tilfelle vedrørende *condictio indebiti* og rekkevidden overfor betalingsmottakerens konkursbo, fra Oslo byrett og inntatt i RG-1999-220. En betaler hadde her oppfylt overfor feil betalingsmottaker, og beløpet ble godskrevet dennes kassekredittkonto. Mottakeren gikk konkurs, og

6.6. *Bevisbyrde*

Bevisbyrden tilligger den som vil kreve tilbakesøking. Denne må for det første bevise at det er vedkommende som har oppfylt. For det andre må det bevises at det ikke forelå noen plikt til å oppfylle. Det kan imidlertid ikke kreves bevis for at det foreligger villfarelse. Dersom mottakeren vil anføre at det ble betalt med vitende og vilje, eventuelt at villfarelsen ikke er unnskyldelig, er bevisbyrden for dette på hans side.¹⁹²

6.7. *Oppsummering*

Det kan som vist oppstilles visse forutsetninger for anvendelsen av *condictio indebiti*. Disse er først og fremst at betaleren må ha oppfylt uten å være forpliktet til det (*solutio indebiti*).

Tradisjonelt er det lagt til grunn at anvendelsen av *condictio indebiti* forutsetter at feiloppfyllelsen har sin bakgrunn i en villfarelse om betalingspliktens eksistens eller omfang. Som vist i punkt 6.4, kan *condictio indebiti* ikke lenger anses begrenset til villfarelsestilfellene. Det er skjedd en utvikling med hensyn til anvendelsesområdet for *condictio indebiti*, slik at reglene er anvendelige også der feiloppfyllelsen har en annen årsak, f. eks. en data- eller inntastingsfeil eller beror på en bevisst og viljebestemt betalingshandling.

Det er videre, i punkt 6.5, påvist at partskonstellasjonen setter begrensninger. Utgangspunktet er at korreksjonsoppgjøret må involvere samme parter som det opprinnelige oppgjør.¹⁹³ Overfor godtroende tredjemann er *condictio indebiti* ikke anvendelig. Ved konkurs, kan *condictio indebiti* gi grunnlag for separatistrett der ytelsen er en ting. Dersom ytelsen gjelder penger, vil muligheten for separatistrett være svært begrenset, men ikke utelukket så fremt feiloppfyllelsen ikke er et «tradisjonelt» villfarelsestilfelle.

De forutsetninger behandlet i dette kapittel må være oppfylt for anvendelsen av *condictio indebiti*. Og selv om de er oppfylt, beror spørsmålet på en konkret helhetsvurdering, se kapittel 7.

betaleren rettet krav mot mottakerens bank, som stod for kassekredittkontoen. Ettersom pengene formelt ble «overført til [mottakeren] i og med krediteringen av kassekredittkontoen ... skulle ikke banken kunne være adressat for et krav basert på *condictio indebiti*». (s. 225) Banken ble likevel dømt til å tilbakebetale beløpet i sin helhet, ettersom pengene på grunn av konkursen ikke ble tilbakeført mottakeren, men ble i realiteten brukt til å redusere mottakerens gjeld på kassekredittkontoen, således at det var banken som ble sittende igjen med «den økonomiske fordel», se dommens s. 225-226.

¹⁹² Se bl.a. STANG 1897 s. 91, ARNHOLM 1938 s. 185 og VINDING KRUSE 1950 s. 291.

¹⁹³ KJØNSTAD 2011 s. 143.

7 Innholdet i *condictio indebiti*

7.1. *Vurderingstema og forholdet mellom hensyn og momenter*

Selv om forutsetningene behandlet i kapittel 6 er oppfylt, vil det bero på en helhetsvurdering hvorvidt ytelsen skal tilbakeføres til betaleren, eller om ytelsen skal forbli hos mottakeren.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i det overordnede vurderingstema som ble oppstilt av konstituert høyesterettsdommer Backer i Rt. 1985 s. 290 (Birgo) på s. 294:

«Det er et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet.»

Vurderingen hviler i stor grad på en interesseavveining hvor det sentrale parameter er rimelighet. Interesseavveining skjer mellom betaleren på den ene siden (korreksjonshensynet), og betalingsmottakeren på den annen (oppgjørshensynet). Se f. eks. Rt. 2008 s. 738 avsnitt 45, hvor Høyesterett viser til de

«... vanligvis motstående hensynene i en *condictio indebiti*-vurdering; feil bør rettes opp - korreksjonshensynet, og ting bør forbli som de er - oppgjørshensynet».¹⁹⁴

De grunnleggende hensyn skal behandles i punkt 7.2.

Det overordnede vurderingstemaet kan stykkes opp i ulike «undervurderinger» eller retningslinjer. Disse er ikke bindende, men gir anvisning på vurderingsmomenter. Det avgjørende er en samlet helhetsvurdering, der vurderingsmomentene kun tjener som hjelpemidler.¹⁹⁵ De ulike vurderingsmomenter som kan utledes av kildematerialet, skal behandles i punkt 7.3.

I punkt 7.4 skal det foretas en sammenfatning med sikte på å løfte frem noen hovedtrekk ved gjennomgangen.

¹⁹⁴ Se for øvrig Rt. 1927 s. 237 på s. 238 og Rt. 2008 s. 738 avsnitt 48.

¹⁹⁵ Sml. NYGAARD 1973 s. 69 og FALKANGER 1999 s. 139.

7.2. De grunnleggende hensyn

7.2.1. Innledning

Det kan skje at det avdekkes en feil ved forpliktelsen *i forkant* av et oppgjør, f. eks. ved at betaleren oppdager at han er i ferd med å overføre penger til feil betalingsmottaker. I slike tilfeller er det klart at den uriktige betalingsmottakeren ikke kan kreve at betaleren likevel foretar oppfyllelsen.¹⁹⁶ Tilsvarende hensyn kan gjøre seg gjeldende der det avdekkes feil *i etterkant* av et oppgjør. Her er imidlertid debtors rettsstilling langt svakere. Selv om et oppgjør har funnet sted kan det synes, i alle fall ved første øyekast, urimelig at den annen part skal få beholde det som ikke tilhører ham. Dette er imidlertid ikke like opplagt når det holdes mot betalingsmottakerens forventning og eventuelle innrettelse i tillitt til at betalingen er korrekt. Det kan således sies at det ligger en kvalitet i selve oppfyllelsen som endrer rettsforholdet, ved en forskyvning i den innbyrdes vekt mellom korreksjonshensynet og oppgjørshensynet.

I det følgende skal det foretas en nærmere behandling av de to hovedhensyn, samt underkategorier av disse.

7.2.2. Korreksjonshensynet

Korreksjonshensynet tilsier at et feilaktig oppgjør skal korrigeres. Det synes rimelig at betaleren ikke skal ha plikt til å oppfylle mer, eller rett til å oppfylle mindre, enn hva han er forpliktet til.¹⁹⁷ Der det har funnet sted en feiloppfyllelse, foreligger det et avvik mellom de faktiske og de rettslige forhold. Det som umiddelbart samsvarer med den grunnleggende rettsfølelse, er at de faktiske forhold bringes i samsvar med de rettslige. VINDING KRUSE har uttalt at det er «næppe tvivl om, at den almindelige retsbevidsthed rent faktisk-psykologisk stiller sig på tilbagesøgningsrettens side».¹⁹⁸

Dette resonnementet om korreksjon er utdypet på ulike måter.

¹⁹⁶ Sml. KRÜGER 1984 s. 305.

¹⁹⁷ RAVNKILDE 2001 s. 75 betegner dette som prinsippet om riktig oppfyllelse.

¹⁹⁸ VINDING KRUSE 1950 s. 225

De romerske juristene begrunnet *condictio indebiti* med berikelsesgrunnsetningen. Det ble ansett å være i strid med den «naturlige rimelighet» at noen skulle oppnå en ugrunnet berikelse uten gyldig rettsgrunn (*causa*), og i alle tilfeller på grunn av en annens feiltakelse.¹⁹⁹

I dansk litteratur har JUL. LASSEN begrunnet tilbakesøkingsretten ut fra forutsetningslæren, idet selve oppfyllelsehandlingen normalt måtte forstås slik:

«Jeg overdrager Dig denne Ting og tilsiger Dig at beholde den, fordi jeg skylder, ikke af andre Grunde, altsaa kun fordi jeg skylder, og følgelig kun under Forudsætning af, at jeg skylder. Fastholdes det nu ... at Ingen paa en Retshandel kan støtte anden og større Ret end den, som Retshandelen efter rigtig Fortolkning tilsigter at give ham, bliver Resultatet det, at der, dersom Skylden senere viser sig ikke at existere, savnes alt Retsgrundlag for, at Modtageren skulde beholde det erlagte.»²⁰⁰

Ut fra denne forståelsen kan oppfyllelsen ikke ses på som endelig – det var aldri meningen å skape et nytt skyldforhold. Tilfellet er at oppfyllelsen skjer som en betaling, og mottas som en betaling. Mottakeren har ikke annet grunnlag for å beholde ytelsen enn dette.²⁰¹ Synspunktet med mottakerens manglende rettsgrunn, har nær sammenheng med det som kan kalles «vederlagshensynet»²⁰² eller «likevektsynet».²⁰³ Dette hensyn kan uttrykkes slik at enhver ytelse må ha en tilsvarende adekvat motytelse, og ligger mer eller mindre til grunn for en rekke formuerettslige regler. Tilfellet ved *condictio indebiti* er jo nettopp at det er skjedd en formuesforskyvning uten at det er ytt noen motytelse.

Også STANG fremhevet det hovedsynspunkt at betalingen forutsetter at det foreligger en forpliktelse. Hans tankegang var at mottakelse av en ytelse innebærer et stilltiende løfte om å tilbakebetale dersom det skulle vise seg at betaleren ikke var forpliktet. Han viste dessuten, i likhet med HAGERUP, til rettsoppfatningen i folket:

«En *condictio indebiti* er i et ordnet rettssamfund uundværlig ... Helt å nekte dens tilværelse efter norsk rett vilde være å sette sig ut over rettsforestillinger, som visstnok hele den norske befolkning anerkjenner og uten betenkning følger.»²⁰⁴

Som påvist under punkt 2.2, er det i dag neppe riktig å begrunne *condictio indebiti* ut fra slike kontraktrettslige synspunkter. Ettersom det trolig er riktigere å begrunne *condictio indebiti* med *berikelsessynspunkter* (jf. punkt 2.4), får dette innflytelse for hvilke reelle hensyn som

¹⁹⁹ ØRSTED 1828 s. 244f.

²⁰⁰ JUL. LASSEN 1889 s. 3.

²⁰¹ ARNHOLM 1938 s. 147.

²⁰² Begrepet er benyttet av VINDING KRUSE 1950 s. 101.

²⁰³ I Rt. 2010 s. 816 avsnitt 62 ble synspunktet fremhevet i favør av korreksjonshensynet: «Ein likevektssynsmåte talar såleis for kraftselskapa sitt standpunkt.»

²⁰⁴ STANG 1897 s. 77. Det skal riktignok fremholdes at uttalelsen er etterfulgt av tre eksempler hvor det er nokså klart at tilbakesøking bør innrømmes.

taler for og mot tilbakesøking. De reelle hensyn som forutsetningslæren og øvrige kontraktrettslige synspunkter omtalt i punkt 2.2 bygger på, vil således ha mindre relevans i dag. I tråd med tilsvarende synspunkter i romerretten, vil det være mer aktuelt å se hvilke alminnelige rimelighets- og rettfærdighetsgrunner som gjør det urimelig at mottakeren skal få beholde en ytelse som i virkelighet ikke tilkom ham.²⁰⁵ Som nevnt i punkt 7.1, skal jo vurderingen skje under hensyn til nettopp rimelighet, jf. Rt. 1985 s. 290.

HAGERUP begrunnet *condictio indebiti* ut fra forutsetningslæren, men viste også det til det urimelige ved at det oppstår en «ugrunnet berikelse på overdragerens bekostning».²⁰⁶ Han understreket at korreksjon både var nødvendig og rimelig, samt i overensstemmelse med borgerens rettsfølelse:

«I Virkeligheden vil i mangfoldige Tilfælde Billigheden, ja Nødvendigheden av Adgangen til en saadan Tilbagesøgning være saa slaaende, at vanskelig nogen Dommer vil kunne unddrage sig Følelsen derav. Ja selv vor egen Retsbrug, der ellers har stillet sig saa overordentlig ugunstig ligeoverfor Anerkjendelsen av en *condictio indebiti*, har ikke formaaet helt at udelukke den. ... Den almindelige Retsfølelse vilde ubetinget i et saadant Tilfælde stemple med Misbilligelse den, der undlod godvillig at tilbagebetale, hvad han havde modtaget dobbelt.»²⁰⁷

En feilutbetaling som ikke senere korrigeres vil kunne ramme betaleren hardt. Særlig vil dette gjelde dersom betalingen utgjør en omfattende del av hans økonomi. Til dette kan det innvendes at den betaler som oppfyller i villfarende tro at han er forpliktet, uansett ikke forventer å få ytelsen tilbake. En tilbakesøkingsrett kan til og med undertiden innebære en uventet gevinst for betaleren, og da er det mindre grunn til å beskytte hans interesser. Slike tilfeller må imidlertid antas å tilhøre unntakene. De fleste har nok ikke større inntekter enn at forbruket korresponderer med de tilgjengelige midler. For en betaler som har innrettet seg i tråd med denne forutsetning, vil fraværet av en tilbakesøkingsrett kunne få alvorlig virkning.

Korreksjonshensynet er som nevnt ett av to motstridende hensyn som er grunnleggende for reglene om *condictio indebiti*. I motsetning til oppgjørshensynet – som ofte nevnes - er det sjeldent at Høyesterett uttrykkelig fremhever korreksjonshensynet. Normalt fremgår det bare implisitt av de foreliggende avgjørelser, slik som i Rt. 1927 s. 237. Dette har nok sin naturlige forklaring i at det er større behov for å klarlegge og utdype de forhold som taler til fordel for oppgjørshensynet. I norsk rett foreligger det som nevnt ikke et utgangspunkt om korreksjon, men det kan likevel hevdes å være naturlig for den logiske tanke at feil (som et utgangspunkt)

²⁰⁵ Sml. VINDING KRUSE 1950 s. 203.

²⁰⁶ HAGERUP 1885 s. 252. Likevel noe annerledes i HAGERUP 1894 s. 32ff.

²⁰⁷ HAGERUP 1885 s. 245f.

bør rettes – og at det er unntaket fra dette som må begrunnes. Hensynet til korreksjon er likevel tidvis blitt uttrykkelig fremhevet, blant annet i i to nyere dommer. I Rt. 2008 s. 738 avsnitt 45 viser en enstemmig Høyesterett til «de to grunnleggende og vanligvis motstående hensynene i en *condictio indebiti*-vurdering; feil bør rettes opp - korreksjonshensynet, og ting bør forbli som de er - oppgjørshensynet». Og i Rt. 2010 s. 816 avsnitt 111, uttaler Høyesteretts mindretall (dissens 3-2):

«Som ved *condictio indebiti* må saken avgjøres ut fra en konkret rimelighetsvurdering hvor oppgjørshensynet avveies mot korreksjonshensynet.»

7.2.3. Oppgjørshensynet

Oppgjørshensynet skal verne betalingsmottakerens forventning om at oppgjøret er endelig, slik at han i trygghet kan innrette seg i tråd med de faktiske forhold. Slik innrettelse innebærer vanligvis at mottakeren har et beskyttelsesverdig behov for at de faktiske forhold korresponderer med de rettslige.

På samme måte som for de fremførte hensyn til fordel for korreksjon, er også oppgjørshensynet utdypet på flere måter.

ØRSTED var kritisk til en for vidtgående adgang til korreksjon (jf. punkt 4.3), og begrunnet dette med to hovedsynspunkter. Det første var rettet mot den konkrete oppgjørssituasjonen, og gikk ut på at det fra oppfyllelshandlingen kunne «utlede en Erkjendelse af en Forpligtelse» hvilket ga mottakeren hjemmel til å beholde det mottatte.²⁰⁸ Det andre var et mer allment synspunkt om sikkerhet i omsetningen, da en vidtgående rett til tilbakesøking, som nevnt under punkt 4.3, ville «føre til de største og meest ødelæggende Ubilligheder», samt medføre en «Rettighedernes rolige Nydelse aldeles forstyrrende Usikkerhed i det borgerlige Liv».²⁰⁹

Dette ble utdypet med at

«... den som i en lang Tid havde oppebaaret en Række af Prestationer, hvortil han ligesaavel havde holdt sig berettiget, som de Ydende dertil havde fundet dem forpligtede, har naturligvis indrettet sin hele Oeconomie paa den Forudsætning, at det saaledes Modtagne var blevet hans Ejendom».²¹⁰

SINDBALLE forsøkte å videreutvikle det første hovedsynspunktet til ØRSTED, ved å påpeke oppfyllelsens særlige funksjon som en rettslig avvikling av partenes mellomværende:

«... at ved Betalingstid har Kreditor Krav paa noget mer end at faa et bestemt Beløb flyttet fra Debtors Lomme over i sin egen. Han har Krav paa at komme til Klarhed over, om han nu ogsaa kan beholde

²⁰⁸ ØRSTED 1828 s. 245f.

²⁰⁹ ØRSTED 1828 s. 246.

²¹⁰ ØRSTED 1828 s. 246.

dette Beløb, eller om han maaske engang skal tilbagelevere det helt eller delvis. Han har Krav paa at opnaa Retsvished, Krav paa en afgørelse.»²¹¹

Som HULT påpeker, er ikke SINDBALLES argument helt treffende.²¹² Innvendingen er at synspunktet innebærer en *petitio principii*,²¹³ idet det vises til at betalingen ikke kan tilbakesøkes siden den må være definitiv. Argumentet ignorerer på den måten det faktum at betalingen beror på en feil, og SINDBALLE unnlater således å underbygge hvorfor akkurat en *solutio indebiti* skal bli endelig.

Et mer treffende synspunkt til fordel for oppgjørshensynet, også dette i forlengelsen av ØRSTEDS første hovedsynspunkt, er fremmet av ARNHOLM. Han viser til at selv om oppfyllelsen ikke kan anses som en viljeserklæring,²¹⁴ vil oppfyllelsen som sådan, av rent objektive grunner, tale for å beskytte mottakeren. Valget er å ta en risiko ved å unnlate å betale, eller å oppfylle under forbehold om tilbakesøking, og forfølge forbeholdet innen rimelig tid. Det bærende synspunkt til ARNHOLM var at

«... [d]en annen part har krav på å få vite om det foreligger nogen tvist, og han har krav på å få tvisten avgjort i tide».²¹⁵

Dette er likevel ikke tilstrekkelig for en ubetinget avskjæring av innsigelser for det tilfellet forbehold ikke er tatt.²¹⁶ Også et slikt absolutt synspunkt ville innebære en *petitio principii*; tilbakesøking kan ikke skje fordi betaleren er avskåret fra å rette innsigelser, og betalingen er dermed definitiv.²¹⁷ Argumentets svakhet er særlig fremtredende når betaleren er aktsom, og ikke har insentiv til å ta forbehold, se punkt 7.3.9.

ØRSTEDS første hovedbetraktning om betalingen som en anerkjennelse av gjelden, videreutviklet av blant annet SINDBALLE og ARNHOLM, har slektskap til de mer «rene» kontraktrettslige begrunnelsene for *condictio indebiti*, se punkt 2.2. Som nevnt under behandlingen av korreksjonshensynet, se punkt 7.2.2, har trolig slike hensyn mindre relevans i dag. Ettersom jeg anser *condictio indebiti* som begrunnet ut fra berikelsessynspunkter (jf. punkt 2.4.), vil det på samme måte som under drøftelsen av korreksjonshensynet, isteden være

²¹¹ SINDBALLE 1918 s. 26.

²¹² HULT 1950 s. 64.

²¹³ Lat. «krav om bevis»: En logisk feil ved at det allerede i premisset antas eller forutsettes en konklusjon, se Store norske leksikon.

²¹⁴ Dette vil som nevnt høre til sjeldenhetene, se punkt 3.3.1.

²¹⁵ ARNHOLM 1938 s. 169.

²¹⁶ KARLGREN 1940 s. 339f.

²¹⁷ HULT 1952 s. 65.

aktuelt å se hvilke alminnelige rimelighets- og rettferdighetsgrunner som taler for å la et oppgjør forbli endelig, jf. Rt. 1985 s. 290.

Dette har sammenheng ØRSTEDS andre hovedsynspunkt, nemlig en alminnelig samfunnsmessig interesse om forutberegnelighet og sikkerhet i forbindelse med oppgjør.

Solutio indebitisituasjonen aktualiseres nok så vidt sjeldent at det neppe medfører noen stor fare for samhandelen om tilbakesøking skulle være utgangspunktet. På den annen side må også dette argumentet om *hyppighet* sies å ha begrenset vekt. Hyppighet er et relativt begrep, og selv om det teoretisk sett er mulig å beregne andelen uriktige betalingen blant de riktige, vil svaret ikke avdekke annet enn at solutio indebitisituasjonen oppstår sjeldent – og dette løser jo ikke problemet. Synspunktet er derfor viktig, og trolig det mest sentrale for oppgjørsbetraktningen i dagens rettstilstand, selv om ØRSTED nok fremførte det i for sterke ordlag.

Betalingsmottakeren vil normalt ikke regne med å bli møtt med et tilbakesøkingsskrav. Og selv om situasjonen bare oppstår i ett eneste tilfelle, kan det likevel være særlig byrdefullt om han i dette tilfellet måtte gi fra seg det mottatte.²¹⁸ USSING utdypet dette synspunkt grunnet på «forholdets natur»:

«Den, der har modtaget en Betaling, kan normalt regne med at beholde den, da de fleste Betalinger dog ikke beror paa Vildfarelse, og Modtageren indretter sig derfor gerne i Tillid dertil. Og det er velbegrunnet ialfald i et vist Omfang at beskytte og styrke denne Tillid. Det vilde ikke være en ublandet Fordel at modtage Betaling, naar Modtageren løb en ikke ringe Fare for at maatte aflevere det modtagne igjen. Det er utvivlsomt det sundeste, at Parternes Mellemværende bliver saavidt mulig endelig afgjort ved Betalingen.»²¹⁹

Hensynet til stabilitet og forutberegnelighet er videre uttrykkelig anerkjent i rettspraksis. I Rt. 1836 s. 627 er det uttalt:

«Det in sees ogsaa lettelig at man, ved at indrømme ubetinget Ret til Tilbagesøgning, af hvad der ob errorem juris er erlagt, vilde afstedkomme den største Usikkerhed og Forstyrrelse i mangfoldige Retsforhold ... Høi Grad af Ubillighed vilde ogsaa ofte deraf være Følgen, ja man kan letteligen tænke sig Tilfælde, hvor en saadan conditio indebiti kunde blive aldeles ruinerende.»²²⁰

Lignende uttalelser er å finne i blant annet Rt. 1927 s. 237 (s. 239), Rt. 1934 s. 33 (35) og Rt. 1998 s. 989 (s. 999). I Rt. 1997 s. 1029 (s. 1036) er det uttrykkelig vist til oppgjørshensynet:

«Ved tilbakesøkingsskrav har oppgjørshensynet vekt, om enn i ulik grad.»

²¹⁸ Slik også VINDING KRUSE 1950 s. 216f.

²¹⁹ USSING 1940 s. 407.

²²⁰ Rt. 1836 s. 627 s. 630.

Særlig penger, men også undertiden realytelser, er bestemt for bruk og sirkulasjon.²²¹ Betalingsmottakeren vil vanligvis gjøre bruk av det mottatte, enten i sin private økonomi eller i næringsvirksomhet. Ytelsen forutsettes nå å være mottakerens eiendom, og han innretter sin økonomi ut fra denne forutsetning, for eksempel ved å inngå nye kontrakter. Det må videre antas at de fleste betalingsmottakere er vant til å «rätta munnen efter matsäcken», og dermed lar inntektene være styrende for forbruket.²²² Fra dette synspunktet oppleves en tilbakesøkingsrett som særlig byrdefullt, og kan i høyden være like inngripende som et direkte tap av et tilsvarende beløp.

Det må tas i betraktning at de færreste oppgjør er feilbeheftet, og enda sjeldnere beror feilen på en solutio indebiti. Generelt er det derfor en naturlig tanke for betalingsmottakeren å betrakte oppgjøret som endelig. En mottaker som er ukjent med at det hefter feil med oppgjøret, har ingen oppfordring til å innrette seg etter en slik forpliktelse. Han har ikke en oppfordring til for eksempel å sette av midler til dekning av et eventuelt kommende krav. Oppgjørshensynet skal slik sett verne betalingsmottakeren mot overraskelser, og skape trygghet for uventede krav.

7.2.4. Hensynene må ses i sammenheng

Hverken korreksjonshensynet eller oppgjørshensynet opptrer alene, og de to motstridende hensyn må således ses i sammenheng med hverandre.

Illustrerende for sammenhengen mellom hensynene er blant annet hvordan berikelsesbegrensningen gjennomføres i norsk rett, jf. punkt 8.2. Et argument til støtte for oppgjørshensynet er at et tilbakesøkingskrav vil kunne ramme mottakeren hardt, da han har innrettet seg i tillitt til ytelsen. Dette argumentet anvendt ved avveiiingen om hvorvidt tilbakesøking i alminnelighet bør innrømmes, er i realiteten det samme synspunkt som berikelsesbegrensningen hviler på; mottakeren bør ikke stilles dårligere etter gjennomføringen av tilbakesøkingskravet, enn dersom ytelsen aldri hadde vært prestert. I den sammenheng er det viktig å påpeke at argumentets anvendelse på selve hovedspørsmålet om tilbakesøking bør skje eller ikke, i en viss utstrekning utelukker dets anvendelse ved utmålingen av

²²¹ KRÜGER 1984 s. 312.

²²² HULT 1952 s. 66.

tilbakesøkningens omfang, og vice versa.²²³ VINDING KRUSE har uttalt at dersom anerkjennelse av tilbakesøkingskravet avhenger av hvorvidt beløpet er i behold,

«... så slår man i nogen grad sig selv på munden, idet man ved den sidste tilføjelse på forhånd borttager den anstødssten, hvormed hele diskussionen drejer sig. Hvis man gennemfører berigelsesgrundsætningen i dens yderste konsekvens, altid at lade kravet bortfalde med berigelses bortfald uanset bortfaldsmåden ... er der ingen betænkeligheder ved at gennemføre tilbagesøgning som hovedregel.»²²⁴

Det generelle argumentet til fordel for oppgjørshensynet, at tilbakesøking som regel vil stille mottakeren i en vesentlig ugunstigere posisjon enn dersom intet oppgjør hadde funnet sted, får således begrenset vekt. Satt på spissen kan det sies at hensynet til mottakeren (oppgjørshensynet) bare spiller inn, når ytelsen ikke lenger er i behold.²²⁵ Så lenge den fortsatt er i behold, og mottakeren for øvrig ikke har innrettet seg i tillitt til den, innebærer ikke korreksjonen noen skade for ham. På den annen side kan ikke betraktningen strekkes for langt. Det må sies å være urimelig å la kravet utelukkende være avhengig hvordan mottakeren har anvendt ytelsen, slik at den som forbruker ytelsen er vernet, mens den som sparer blir rammet.²²⁶ En restitusjonsplikt vil samtidig kunne innebære både skuffelse og bryderi, og i alle tilfeller gir berikelsesbegrensningen bare mottakeren en ufullkommen garanti for ikke å bli uheldigere stillet enn om ingenting hadde vært ytet.²²⁷ I tillegg ligger bevisbyrden på ham. Ser man situasjonen fra betalerens side, vil tapet av en tilbakesøkingsrett ofte, men ikke alltid, være en ubehagelig konsekvens. I visse tilfeller kan det tvert om innebære en gledelig overraskelse – han har jo normalt oppfylt i den tro at han var forpliktet, således var han forberedt på at det avgitte forble hos mottakeren.

Prevensjonshensyn spiller en tilbaketrukket rolle ved restitusjonsforpliktelsene, men kan til en viss grad spille inn. Selv om betalingsmottakeren er ukjent med eventuelle feil ved oppjøret, kan en vid adgang for å kreve tilbakesøking gi mottakeren et insentiv til å være grundig i sine undersøkelser av kravet, og dets beskaffenhet. I alle fall bør ikke mottakeren oppfordres til å være uoppmerksom. Tilsvarende vil en snever adgang for tilbakesøking kunne føre til økt aktsomhet for betaleren.

²²³ VINDING KRUSE 1950 s. 220f.

²²⁴ VINDING KRUSE 1950 s. 220f.

²²⁵ VINDING KRUSE 1950 s. 221.

²²⁶ VINDING KRUSE 1950 s. 222f.

²²⁷ HAGSTRØM 2011 s. 705.

7.3. Vurderingsmomenter

7.3.1. Oversikt over punkt 7.3

Her i punkt 7.3 skal det foretas en fremstilling av de vurderingsmomenter som kan gjøre seg gjeldende ved *condictio indebiti*. Drøftelsen vil først og fremst skje i lys av norsk høyesterettspraksis, der målet er å klarlegge og analysere de vurderingsmomenter som anses å være rettslig relevante i den helhetlige rimelighetsvurderingen.

Først behandles sentrale momenter som alltid eller ofte gjør seg gjeldende, se punkt 7.3.2 til 7.3.7. Dette er årsaken og dens betydning til at det er skjedd en *solutio indebiti* (7.3.2), partenes subjektive forhold (7.3.3), objektive feil og risikobetraktninger (7.3.4), partenes profesjonalitet og innbyrdes forhold (7.3.5), tidsmomentet (7.3.6) og graden av innrettelse på betalingsmottakerens hånd (7.3.7).

Deretter behandles noen momenter som tidvis gjør seg gjeldende, se punkt 7.3.7 til 7.3.10. I punkt 7.3.8 behandles fordringens karakter og i punkt 7.3.9 behandles tilstedeværelsen eller fraværet av forbehold om tilbakesøking. I punkt 7.3.10 behandles en rekke øvrige momenter og som kan tenkes å oppstå. Momentene i denne siste gruppen er normalt mer retningsgivende for vurderingen enn de i punkt 7.3.2 til 7.3.9.

7.3.2. Betydningen av årsaken til *solutio indebiti*

7.3.2.1. Innledning

Ettersom *condictio indebiti* ikke lenger er begrenset til villfarelsetilfellene, jf. punkt 6.4, kan det være en fruktbar tilnærming å analysere hvilke årsaker til feiloppfyllelse som kan tenkes, og videre se hvordan ulike årsaker kan få innflytelse på spørsmålet om kravet skal føre frem. I alle fall kan en slik tilnærming bidra til å systematisere *condictio indebiti* og den nærmere fremgangsmåte for vurderingen av om kravet skal føre frem i det enkelte tilfelle.²²⁸

I det følgende behandles feiloppfyllelser som er viljebestemt, men skjedd i villfarelse om betalingsplikt (punkt 7.3.2.2), feiloppfyllelser som beror på data- eller inntastingsfeil mv. (punkt 7.3.2.3) og oppfyllelser som er viljebestemt og bevisste (punkt 7.3.2.4).

²²⁸ Sml. VINDING KRUSE 1950 s. 125: «*Idetheletaget vil den måde, som den berigede har fået genstanden i sin besiddelse på, kunne tænkes at få indflydelse både på spørgsmålet om kravets anerkendelse og dets udmåling.*»

7.3.2.2. Feiloppfyllelse som er viljebestemt, men skjedd i villfarelse

I villfarellestilfellene er betalingen viljebestemt og bevisst, men skjedd ut fra en villfarelse om *kravets eksistens, hvem som er kreditor, eller dets omfang og betingelser mv.* Villfarelse kan innebære både uvitenhet (*ignorantia*) og feil kunnskap (*error*). Betaleren kan enten være i *faktisk* eller i *rettslig* villfarelse, og villfarelsen kan være *unnskyldelig* («error probabilis vel justus») eller *uunnskyldelig* («tilregnelig»).

For det første vil det være aktuelt å vurdere om det i det hele tatt foreligger en villfarelse. At *condictio indebiti* i så stor grad har vært knyttet til villfarellestilfellene, har sammenheng med at det er fraværet av berikelseshensikt som normalt begrunner et tilbakesøkingsskrav. Villfarelsens rolle er i denne sammenheng at den tjener til å utelukke berikelsesvilje.²²⁹ Dersom ingen villfarelse foreligger, det vil si at betaleren er kjent med den manglende forpliktelse, er han normalt bundet, se punkt 7.3.2.4. Eventuelt må feilen vurderes etter tilfellegruppe (2) og (3), se nedenfor punkt 7.3.2.3 og 7.3.2.4.

For det andre vil det være aktuelt å klarlegge hvilken art villfarelsen har. Dette fordi betaleren oftere kan unnskyldes for den faktiske villfarelse, enn den rettslige.²³⁰ I den romerrettslige reguleringen av *condictio indebiti* var tilbakesøking normalt utelukket ved rettsvillfarelser, jf. tesen «*error juris semper nocet*», se punkt 4.2. Det er fortsatt forskjell på faktisk og rettslig villfarelse, men rettsvillfarelse kan i dag lettere anses som unnskyldelig sammenlignet med tidligere. Faktisk villfarelse vil nok forekomme oftest, og innebærer en feilaktig oppfatning av forpliktelsen. Det kan for eksempel være at en av partene har beregnet kravet feil. Rettsvillfarelse innebærer en feilaktig forståelse av de rettsregler som ligger til grunn for forpliktelsen, f. eks. kan betaleren feilaktig tro at han plikter å svare en lovbestemt avgift, se Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen).

Både ved faktiske og rettslige villfarelser, vil det for det tredje være aktuelt å vurdere om villfarelsen er unnskyldelig eller ikke. For rettsvillfarelser vil ofte spørsmålet bli om betaleren innså eller burde innsett at rettsspørsmålet var tvilsomt. Hjemmelens klarhet, tilgjengelighet, hvordan den praktiseres mv. vil her kunne komme i betraktning. Ved elementære og lett tilgjengelige regler vil betaleren vanskelig kunne unnskyldes for feilen. Dersom det er

²²⁹ THOMLE 1913 s. 328.

²³⁰ KJØNSTAD 2011 s. 137.

alminnelig tvil om regelen, kan imidlertid betaleren lettere unnskyldes. Dette gjelder likevel ikke dersom det er kjent at spørsmålet er tvilsomt. I Rt. 1927 s. 237 (Amerikalinjen) la retten til grunn at betaleren var kjent med at rettsspørsmålet var tvilsomt, og at andre betalere som reiste lignende tilbakesøkingsskrav hadde vegret seg for å anerkjenne kravet som riktig, og derfor hadde bragt kravet inn for domstolene.²³¹ Ettersom betaleren som følge av denne kunnskapen ikke hadde tatt forbehold i forbindelse med betalingen, talte det mot å innrømme tilbakesøkingsskravet. For faktiske villfarelser vil det måtte vurderes om betaleren burde unngått misforståelsen. Det vises til punkt 7.3.3.2 for den nærmere vurdering.

De nevnte forhold vil kunne danne et naturlig utgangspunkt for fremgangsmåten ved den konkrete vurderingen og avveiningen av villfarelsetilfellene.

7.3.2.3. Feiloppfyllelse på grunn av en data- eller inntastingsfeil mv.

Situasjonen kan også være at feiloppfyllelsen har sin årsak i feil som hverken kan betegnes som viljebestemte, eller kan føres tilbake til en villfarelse. En betaling kan bero på en ren teknisk feil, f. eks. en programmeringsfeil/datafeil ved betalingsystemer.

Mer praktisk er kanskje tilfellet der det hefter feil ved selve oppfyllelshandlingen, f. eks. der betaleren taster (eller skriver) feil beløp eller kontonummer. Oppfyllelsen er her normalt viljebestemt og bevisst, men betaleren oppfyller ikke i villfarelse om å være forpliktet.

I villfarelsetilfellene (gruppe 1 ovenfor), særlig hvis betalernes villfarelse karakteriseres som unnskyldelig, vil omstendighetene ofte være slik at også mottakeren har latt sin handlemåte bestemme av den samme villfarelse.²³² Der feiloppfyllelsen beror på en data- eller inntastningsfeil mv., uten villfarelse om selve betalingsforpliktelsen, er det grunn til å tro at spørsmålet om tilbakesøking er enklere og mindre sammensatt da betalingen ikke beror på en villet betalingshandling i tradisjonell mening.²³³ Dette fordi mottakeren i slike tilfeller normalt ikke vil være i villfarelse, og således vil være kjent med at han ikke har rett til ytelsen. Utgår man fra en slik presumsjon, noe som bør gjøres med forsiktighet, blir spørsmålet i stor grad om det foreligger omstendigheter som har gitt mottakeren grunn til å tro at han likevel var berettiget ytelsen.

²³¹ Rt. 1927 s. 237 på s. 238.

²³² ARNHOLM 1938 s. 184.

²³³ BERGSÅKER 2010 s. 20.

7.3.2.4. Feiloppfyllelse som er viljebestemt og bevisst

(i) Utgangspunkter

En gruppe tilfeller som særlig etter den senere tids rettspraksis er blitt fremtredende, er der betaleren oppfyller på tross av at han vet at han ikke er forpliktet til det.²³⁴ Disse tilhører som vist i punkt 6.4, de mer utradisjonelle *condictio indebitisituasjonene*.

Utgangspunktet der betaleren innfrir med kunnskap om den manglende forpliktelse, er at oppfyllelsen anses som en disposisjon som ikke kan tilbakesøkes, jf. punkt 3.3.1. Betalerens motiv kan for eksempel være ren velvilje, ønske om å bli ansett som en god betaler eller å eliminere en usikkerhet vedrørende ytelsens omfang. Oppfyllelsen får her karakter av å være en gave, en *ratihabisjon*, en ettergivelse eller lignende, hvorved anvendelsen av *condictio indebiti* er utelukket.

Tilbakesøkingsretten er allerede sterkt begrenset der betaleren *burde visst* at han betalte et *indebitum*, se punkt 7.3.3.2. Dersom betaleren *visste* om den manglende betalingsplikt, må han normalt påvise omstendigheter som på tross av disse forhold gjør restitusjon rimelig.

I det følgende skal det pekes på noen slike omstendigheter hvor *condictio indebiti* er anvendelig fordi betaleren har hatt grunn til å oppfylle i «ond tro». Vurderingen blir normalt noe annerledes enn for tilfellegruppe (1) og (2). Et element i vurderingen er om betaleren kan unnskyldes for å oppfylle på tross av sin kunnskap.

(ii) Oppfyllelse på grunn av en bevismessige vanskelig stilling

Betaleren kan vite at han ikke er forpliktet, men likevel føle seg tvunget til å betale fordi han regner med at en prosess vedrørende kravet vil gå ham imot. Rt. 1934 s. 33 gjaldt et slikt tilfelle. Et forsikringsselskap så seg nødt til å foreta en forsikringsutbetaling til en skipseiers bank, da de ikke evnet å skaffe til veie bevis for sine sterke mistanker om svindel fra forsikringstakers side. Da det senere ble avdekket (og funnet bevis for) at forsikrede selv hadde senket skipet, ble det reist tilbakesøkingskrav overfor banken.

²³⁴ Se særlig Rt. 1998 s. 989, Rt. 2001 s. 1580 og Rt. 2010 s. 816, omtalt bl.a. under punkt 1.4.

Kravet førte imidlertid ikke frem. Tre voterende fant at betingelsene for *condictio indebiti* ikke forelå. Fire voterende fant derimot at betingelsene forelå, men to av disse fant at banken ikke var blitt beriket. Førstevoterende, dommer Bade, som fant at betingelsene for *condictio indebiti* var til stede, men at tilbakesøking likevel var avskåret da ingen berikelse forelå for bankens del, uttalte:

«Selskapet hadde efter forliset av det i saken omhandlede fartøi anstillet nærmere undersøkelser, idet det hadde mistanke om at det var svik til stede, men det var ikke lykket at skaffe bevis til veie. Da det saa blev anlagt sak til inntale av forsikringsbeløpene, fant selskapet saaledes som saken da laa an, det haapløst at faa dom i sin favør, hvorfor det besluttet uten dom at betale det paasøkte beløp. At forholdet ved innbetalingen til banken i og for sig dermed skulde være endelig op- og avgjort overfor banken, kan jeg ikke være enig med banken i, naar det senere viste sig at de forsikrede overhodet ikke hadde noget krav paa forsikringsselskapet i anledning av forliset, hvori de selv ved forbrydersk forhold var skyldig.»²³⁵

Jeg er enig i at *condictio indebiti* ikke kan være avskåret i slike tilfeller. Som førstevoterende fremholder, dreier det seg om et «ugyldig og reprobert krav som skriver sig fra et straffbart forhold», og det ville være et «urimelig og støtende resultat om banken skulde beholde den berikelse som den maatte ha innvunnet ved et saadant krav».²³⁶ I slike situasjoner kan det innvendes at betaleren kunne tatt forbehold. Det er imidlertid normalt ikke kurant å antyde et straffbart forhold hos motparten.

(iii) Oppfyllelse på grunn av fare for tap eller ulempe

Et annet tilfelle er der betaleren innfrir for å unngå et tap eller en ulempe.²³⁷ Det kan f. eks. være at han for å skaffe seg sikkerhet for sitt pengekrav, begjærer arrest i debtors skip. Betaleren kan ikke, på grunn av fare for at skipet skal forlate havnen, risikere en utsettelse av arrestforretningen hvis han mener namsfogden avkrever ham et urettmessig høyt gebyr. Et annet eksempel er at kjøperen av en togbillett blir avkrevd for mye. Betaleren kan her være tvunget til å oppfylle i første omgang, f. eks. fordi hans tog går i mellomtiden.²³⁸

Rt. 1988 s. 556 (Aktuell) gjaldt en bank som i forbindelse med et salg av seksjonsleiligheter innløste en pantobligasjon på kr. 800.000 da obligasjonsinnehaveren (Aktuell AS) nektet pantefrafall i de angjeldende seksjoner. Bakgrunnen for innløsningen var å unngå å komme i mislighold overfor seksjonskjøperne som hadde krav på heftelsesfritt skjøte. Etter oppfyllelsen rettet banken tilbakesøkingskrav overfor Aktuell. Høyesterett kom til at det

²³⁵ Rt. 1934 s. 33 på s. 35-36.

²³⁶ Rt. 1934 s. 33 på s. 36.

²³⁷ ARNHOLM 1938 s. 181.

²³⁸ ARNHOLM 1938 s. 181.

mellom partene var avtalt at obligasjonsinnehaveren var forpliktet til å frafalle pant i de enkelte seksjoner etter hvert som de ble solgt. På den bakgrunn uttalte Høyesterett:

«Som byretten er jeg kommet til at innløsningen av obligasjonen med kr 800.000 er fremtvunget ved Aktuells avtalebrudd. Rogalandsbanken må derfor ha tilbakesøkingskrav overfor Aktuell.»²³⁹

I slike tilfeller, der oppfyllelsen er foretatt for å unngå en fare eller et tap, kan det forhold at betaleren vet at han ikke er forpliktet ikke være til hinder for å nå frem med et tilbakesøkingskrav. I slike tilfeller kan det imidlertid tenkes at betaleren bør ta forbehold ved oppfyllelsen, se punkt 7.3.9.3.

(iv) Oppfyllelse i villfarelse om øvrige forhold enn betalingsplikt – særlig om Rt. 1998 s. 989

Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger), kort omtalt under punkt 1.4 og punkt 6.3, gjaldt et tilfelle hvor Christiania Bank og Kreditkasse ASA (Banken) innfridde, i egenskap av å være kontofører for utsteder og debetbank, et sertifikatlån på lånets forfallsdag. Långiverne for slike lån betegnes ofte som sertifikateiere eller sertifikatinnhavere. Rederiet Fearnley & Eger AS var låntaker, og lånet ble tilrettelagt av meglerhuset Sundal Collier Montagu AS (SCM) som betalingsagent.

På vegne av SCM, påtok banken seg oppdraget som «kontofører utsteder». Banken stod på dette punkt ikke i noe kontraktsforhold til Fearnley & Eger. Sertifikateierne hadde overfor Fearnley & Eger krav på (tilbake)betaling av lånet på forfallsdagen. Banken hadde overfor SCM (sin oppdragsgiver) påtatt seg en forpliktelse til å medvirke ved innfrielsen av lånet, men hadde ikke et selvstendig ansvar overfor sertifikateierne for å betale.

Etter ordningen i verdipapirsentralen (VPS) måtte banken, dersom den ønsket å stanse betalingsoppdraget, gi beskjed om dette senest kl. 12.00 dagen før betalingsoppdraget var beordret utført (forfallstidspunktet). Selv om det ikke var kommet inndekning fra Fearnley & Eger før dette tidspunktet, besluttet banken ikke å gi stoppordre til VPS, da de hadde tillit til at det ville komme inndekning fra Fearnley & Eger. På dette tidspunktet var det imidlertid allerede på det rene at slik inndekning med all sannsynlighet ikke ville komme, men det visste ikke banken. Førstevoterende uttalte i den anledning:

«Han var derfor i villfarelse om et forhold som var helt avgjørende for om han skulle gi stoppordre til VPS.»²⁴⁰

²³⁹ Rt. 1988 s. 556 på s. 561.

Det er på det rene at banken aldri hadde noen betalingsplikt overfor sertifikateierne. Dette var banken kjent med, og således forelå det ikke et tradisjonelt villfarelsestilfelle. Banken var også kjent med at betalingen fra Fearnley & Eger ikke var innkommet. Banken foretok utbetalingen med hensikt, og i tillit til at forholdet kom til å bli ordnet neste dag. Banken hadde imidlertid mangelfull informasjon fra Fearnley & Eger og SCMs side, da disse var klar over den økonomiske situasjonen for selskapet. Den sentrale begrunnelse for at tilbakesøking her ble innrømmet, som for så vidt også berører bankens uvitenhet, er det illojale forhold ved at SCM unnlot å opplyse banken om at lånet ikke ville bli innfridd.

7.3.3. Subjektive forhold

7.3.3.1. Innledning

Betaleren og betalingsmottakerens gode eller onde tro med hensyn til den feilaktige betalingen er normalt vesentlige momenter når det skal avgjøres om tilbakesøking skal skje. Begrepet «subjektive forhold» tar sikte på å dekke både god og ond tro. Ond tro foreligger dersom parten visste eller burde visst at det forelå en feiloppfyllelse. Dersom parten hverken hadde eller burde hatt slik kunnskap, foreligger god tro. Dersom parten ikke visste, men bare burde visst om feiloppfyllelsen, kan det tales om uaktsomhet.

7.3.3.2. Subjektive forhold hos betaleren

Dersom betaleren vet at han ikke plikter å oppfylle, anses betalingen normalt som en rettslig bindende disposisjon, men helt ubetinget er dette som sagt ikke, jf. punkt 7.3.2.4. Det vil likevel normalt være mer aktuelt å vurdere om betaleren burde visst at det forelå en feiloppfyllelse.

Ved bedømmelsen av betalere ns aktsomhet er det flere omstendigheter som kan få betydning. Det må blant annet tas i betraktning om betaleren har hatt *mulighet* til å sette seg inn i de forhold som danner bakgrunnen for feilen. Det må også vurderes om betaleren, gjennom f. eks. økt årvåkenhet, burde *forebygget* feilen. Eksempelvis kan det tenkes at betaleren har forsømmet sine regnskapsplikter, eller av andre grunner har utvist mangel på ettersyn, som har vært avgjørende for å holde oversikt over forpliktelsene. Her må det vurderes om

²⁴⁰ Rt. 1998 s. 989 på s. 999.

forholdene gir betaleren anledning til å avdekke feilen. Dersom det er betalingsmottakeren som f. eks. har foretatt en feilberegning av kravet, kan det få betydning om feilberegningen er lett å oppdage. Hvor mye som her kan kreves beror på de nærmere omstendigheter. I næringslivsforhold, samt ved utbetalinger fra det offentlige, er det grunn til å stille et strengere aktsomhetskrav.²⁴¹ Disse generelle argumenter svekkes dersom det er betalingsmottakeren som har bidratt til betalerens isolert sett onde tro.

Rt. 1911 s. 488 gjaldt et sjøforsikringsselskaps tilbakebetalingskrav av for mye utbetalt erstatning overfor en forsikringstaker. En samlet Høyesterett fant det avgjørende at betaleren «har havt eller har kunnet skaffe sig kjendskab til alle de momenter, som for det maatte være bestemmende saavel ved spørgsmaalet om, hvorvidt det fra først af skulde overtage risikoen, som om det, denne var blevet effektiv, var forpligtet til at dække den».²⁴² Ettersom betaleren kunne forebygget feilen var tilbakesøking avskåret.

At betaleren innehar, eller evner å skaffe seg, tilstrekkelig informasjon til å unngå feilen, ble også vektlagt i Rt. 1933 s. 1009. En banks konkursbo krevde tilbakebetalt for mye forskudd på dividende som var utbetalt til en kunde i banken. Av byrettens domsgrunner, som en enstemmig Høyesterett kunne tiltre, fremgår det:

«Saksøkte hadde ikke anledning til overhode at bedømme berettigelsen av de gjorte avbetalinger men maatte stole blindt paa bankens styre, som heller ikke dengang avbetalingene ydedes kan antas at ha tenkt sig muligheten av at der overhode kunde bli tale om tilbakesøking.»²⁴³

Den siterte uttalelse illustrerer også at kravene til betalerens aktsomhet skjerpes når det utelukkende eller i overveiende grad beror på ham å kontrollere at oppfyllelsen blir riktig.

I Rt. 1985 s. 290 (Birgo) ble det vurdert om betaleren handlet uaktsom ved å foreta utbetalingen av en forsikringssum. Dommen gjaldt tilbakebetaling av et forsikringsbeløp som etter et skipsforlis var utbetalt til en skipsreders kreditorer (to banker), og der det senere ble avdekket at skipsrederen selv forsettlig hadde senket skipet. Bankene påberopte seg blant annet at tilbakesøking var avskåret da forsikringsselskapet (betaleren) hadde «særlig ekspertise ... for å vurdere årsakene til forliset», og at «[m]eget tyder på at selskapets direktør

²⁴¹ Se punkt 7.3.5.

²⁴² Rt. 1911 s. 488 på s. 489.

²⁴³ Rt. 1933 s. 1009 på s. 1011.

hadde mistanke mot rederen».²⁴⁴ Høyesterett kom imidlertid til at det ikke forelå slike ond tro på betalerens hånd:

«Når det gjelder utbetalingen ... finner jeg ikke at det kan rettes bebreidelser ... Kystskipsassuransen hadde - slik jeg ser det - ikke noe annet å gjøre enn å foreta utbetalingene etter at politiet hadde henlagt den etterforskede sak i samråd med sjøfartsinspektøren. Uten hensyn til om Kystskipsassuransens direktør hadde noen mistanke til rederen, kunne han under denne omstendighet ikke motsette seg kravet om utbetaling.»²⁴⁵

Avgjørelsen viser at det er av betydning, ikke bare om betaleren *burde* handlet annerledes, men også om han *kunne* handlet annerledes. Slike vurderingsmønstre er kjent fra erstatningsretten. Dette medfører at det normalt vil være uten betydning hvorvidt betaleren er i tvil om betalingsplikten, så lenge han *ikke har mulighet* til å unnlate å oppfylle. Saken stiller seg imidlertid annerledes dersom betaleren er eller burde være i tvil om forpliktelsen, men likevel oppfyller på tross av at han har mulighet til å motsette seg dette. Dersom betaleren opplyser om sin tvil, og kanskje til og med tar forbehold om tilbakesøking, styrker han igjen sin posisjon.

Rt. 1995 s. 1641 (Torson) gjaldt et lignende tilfelle som Rt. 1985 s. 290 (Birgo). Også her var spørsmålet om et sjøforsikringsselskap kunne tilbakesøke et utbetalt forsikringsbeløp etter at det ble avdekket at skipsforliset var forsettlig fremkalt. Høyesterett godtok tilbakesøkingskravet, og viste blant annet til at «forsikringsselskapene vanskelig kan bebreides for å ha foretatt utbetaling».²⁴⁶

7.3.3.3. Subjektive forhold hos betalingsmottakeren

Dersom det er på det rene at mottakeren vet at det er skjedd en feiloppfyllelse, vil det normalt innrømmes et tilbakesøkingskrav både etter reglene om *condictio indebiti* og etter avtalerettslige ugyldighetsregler, se punkt 3.3.2 om sistnevnte.

Som vist i både 3.3.1 og 3.3.2 må det likevel gjøre visse reserverasjoner fra dette utgangspunkt. Det kan f. eks. tenkes at betaleren oppfyller overfor betalingsmottakeren fordi en tredjeperson har gjort dette til vilkår, f. eks. for arv, og da er ikke mottakeren i «ond tro» selv om han vet at han ikke har noe krav. Det kan også tenkes at mottakeren tar i mot betaling fordi han har

²⁴⁴ Rt. 1985 s. 290 på s. 291.

²⁴⁵ Rt. 1985 s. 290 på s. 293-294.

²⁴⁶ Rt. 1995 s. 1641 på s. 1650.

rimelig grunn til å tro at betaleren ønsket å gjøre opp uavhengig av hans gjeld, f. eks. på grunn av en moralsk plikt e. l.²⁴⁷

Mer aktuelt for *condictio indebiti* er nok tilfellet der oppfyllelsens feil er så fremtredende at betalingsmottakeren *burde* visst om feiltakelsen. Bakgrunnen for momentets relevans er at mottakerens posisjon er mindre beskyttelsesverdig dersom han ikke er i god tro. Mottar han en ytelse han vet eller burde vite ikke å ha krav på, er det ingen rimelig grunn til å la ham beholde det mottatte.²⁴⁸ Dersom det foreligger ond tro hos mottakeren, medfører dette ofte at tilbakesøking innrømmes, selv om øvrige momenter taler i motsatt retning. KRÜGER uttalte om dette:

«Det sikreste holdepunkt for å pålegge kreditor refusjonsplikt har man i tilfellet hvor kreditor forsto eller burde forstått at han har fått uriktig oppgjør. I slike tilfeller kan det etter omstendigheten fremstå som direkte uredelig å forholde seg passiv overfor betaleren, særlig dersom man er kjent med at betaleren ikke er klar over feilen.»²⁴⁹

Også Somb-2008-101 er illustrerende for momentets vekt. Ombudsmannen påpekte at de

«... fleste momenter som typisk vektlegges i vurderingen etter den ulovfestede læren om *condictio indebiti* taler ... etter min mening i favør av ikke å kreve tilbakebetaling fra A».

Det ene momentet som talte i motsatt retning, var i hvilken grad A hadde vært i god tro med hensyn til utbetalingene. Ettersom A ikke «reagerte da hun mottok et beløp som avvek ikke ubetydelig fra det forhåndsstipulerte beløpet», kom Sivilombudsmannen til at tilbakesøking skulle skje. Se også BKN-2010-74, hvor det er fremholdt at «den uberettigede mottakerens gode eller onde tro med hensyn til om det mottatte beløp tilhørte ham *er særlig relevant*» (min kursivering).²⁵⁰

Undertiden bør betalingsmottakeren gi betaleren opplysninger om kravet. Særlig gjelder dette når han innehar mer informasjon enn betaleren. Hvis han unnlater å gi opplysninger som han forstår eller burde forstå at betaleren mangler, og som er av betydning for å oppnå riktig oppfyllelse, vil det tale for tilbakesøking. Dette gjelder imidlertid ikke dersom han hadde grunn til å tro betaleren hadde den nødvendige kunnskap, jf. Rt. 1929 s. 1052. Saken gjaldt blant annet et forsikringssselskaps tilbakesøkingskrav etter en forsikringsutbetaling etter en brann. Utbetalingen skjedde i henhold til en skadetakst for totaltap av bygningen, men der det

²⁴⁷ Sml. ARNHOLM 1938 s. 195.

²⁴⁸ TORVUND 1997 s. 101.

²⁴⁹ KRÜGER 1984 s. 310f.

²⁵⁰ Se for øvrig blant annet BKN-1996-34, BKN-1998-19, BKN-1999-24, BKN-2001-74, FSN-3986, FSN-4009, FSN-6500 og FSN-6509 om betalingsmottakerens subjektive forhold.

senere viste seg at bygningskommisjonen tillot bygningen reparert for en lavere sum. Både subjektive forhold hos forsikringsselskapet i forbindelse med oppfyllelsen, og subjektive forhold hos bygningseieren ved mottakelsen, stod sentralt i saken. Høyesterett delte seg i et flertall (5) og et mindretall (2). Mindretallet fant at mottakeren måtte skjønne at utbetalingen gjaldt et for høyt beløp:

«Hvad nu eierens forhold angaar mener jeg efter det jeg foran har anført at han ved beløpets mottagelse maatte skjønne at utbetalingen skjedde i henhold til skadeskjønnet og paa dets grunnlag. ... Men naar eieren under disse forhold mottar beløpet uten at gi forsikreren nærmere opplysninger, synes dette at maatte regnes som en pliktstridig forsømmelse i kontraktsforholdet som maa paadra eieren en erstatningsmessig tilbakebetalingsplikt uten hensyn til hvad man ellers maatte anta om anvendelse av *condictio indebiti* i det foreliggende tilfelle.»²⁵¹

Mindretallet fant altså at mottakeren atferd dannet grunnlag for tilbakesøking etter erstatningsreglene, uavhengig av hva som måtte følge etter reglene om *condictio indebiti*.²⁵²

Flertallet så det imidlertid slik at betaleren måtte være klar over at bygningen delvis var tillatt reparert, og at mottakeren ut fra denne kjennskapen kunne forvente at utbetalingen var grunnet på tilstrekkelige opplysninger:

«Under enhver omstendighet kan jeg ikke anse det bevist, at formannen ved det omhandlede uttrykk har tilsiktet at føre brannkassen bak lyset for derved at opnaa utbetaling av brannerstatningen. Der var all grunn for ham til at gaa ut fra at brannkassen hadde faatt eller vilde faa utskrift av bygningskommisjonens beslutning og saaledes vilde bli bekjent med sakens sammenheng.»²⁵³

Avgjørelsen er illustrerende for hvordan betalerens forhold kan påvirke betalingsmottakerens gode eller onde tro. Kombinasjonen ond tro hos betaleren og god tro hos mottakeren, taler således ofte med styrke for å nekte tilbakesøking.

En betalingsmottaker har normalt en interesse i å motta riktig oppfyllelse til rett tid, og vil normalt sikre denne interesse ved å foreta visse undersøkelser, f. eks. ved å sjekke at betalingens avsender og beløp korresponderer med en fremsatt regning, underliggende kontrakt mv. Dersom betalingsmottakeren unnlater å foreta undersøkelser som han burde foretatt, taler det mot å innrømme tilbakesøking. Særlig bør dette gjelde dersom det er på det rene at undersøkelsene ville ført til at feilen avdekket. Betalerens opptreden og eventuelle forsikring om oppfyllelsens riktighet kan her påvirke hvilke krav som må stilles til betalingsmottakerens plikter.

²⁵¹ Rt. 1929 s. 1052 på s. 1058.

²⁵² Mindretallets syn er for så vidt illustrerende for grensene mellom erstatningskrav og *condictio indebiti*, sml. punkt 1.6 og 2.3.

²⁵³ Rt. 1929 s. 1052 på s. 1055.

I Rt. 1988 s. 556 (Aktuell), omtalt i punkt 7.3.2.4 (iii), ble oppfyllelsen ansett fremtvunget av betalingsmottakeren. Det ble fremhevet at Aktuell (betalingsmottakeren) heller ikke hadde vært i god tro ved oppfyllelsen og fremtvingelsen av avtalebruddet. Av byrettens domsgrunner, som en enstemmig Høyesterett i det vesentligste viste til, er betalingsmottakerens subjektive forhold nærmere drøftet:

«Videre finner retten det bevist at saksøkte, når han fremtvinger oppgjør er klar over at dette er i strid med avtalen mellom partene, saksøkte er således ikke i god tro jfr. det som er sagt ovenfor om at saksøkte må ha vært klar over en kjøpers selvsagte krav på heftelsesfritt skjøte.

...

En debitor som tvinges til å oppfylle overfor en kreditor som ikke er i god tro, har etter rettens mening rett til å kreve beløpet tilbakebetalt selv om det ikke er tatt uttrykkelig forbehold jfr. Augdahl: Alminnelig Obligasjonsrett, utg. 1972 side 395 og Arnholm: Alminnelig Obligasjonsrett, utg. 1966, side 156.»²⁵⁴

Ettersom oppfyllelsen både var fremtvunget, og betalingsmottakeren var i ond tro, talte sterke hensyn for å innrømme tilbakesøking.²⁵⁵ Også i Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg) ble det lagt vekt på at betalingsmottakeren ikke var i god tro.²⁵⁶ I dette tilfellet var betalingsmottakeren i positiv ond tro, noe som med styrke talte for tilbakebetaling.

7.3.3.4. Subjektive forhold hos begge parter

I visse tilfeller foreligger det ond tro på både betalerens og mottakerens side. I slike tilfeller kan momentet sies å miste litt av sin selvstendige betydning. Avgjørelsen inntatt i Rt. 1934 s. 400 kan være illustrerende. Saken gjaldt et oppgjør mellom to banker etter en auksjon av en fast eiendom. Betaleren hadde ytt i henhold til rekvirentens beregning, som i ettertid viste seg å være feil. Feilen hadde sin bakgrunn i uaktsomhet på begge sider, men Høyesterett fant ikke å legge den ene part «til last i høiere grad» enn den andre.²⁵⁷

I tilfeller hvor det foreligger uaktsomhet på begge sider, kan det være avgjørende om den ene parts uaktsomhet er så vidt mindre i forhold til den andres at det er rimelig å ignorere den. Dersom ingens uaktsomhet kan ignoreres, kan det vurderes om den ene part er mest å bebreide: Hvem har utvist *den største uaktsomhet*? Ved slike tilfeller vil det blant annet tas hensyn til hvem av partene som har hatt mest anledning og de største muligheter til å unngå feiloppfyllelsen.²⁵⁸

²⁵⁴ Rt. 1988 s. 556 på s. 569.

²⁵⁵ HAGSTRØM 2011 s. 706 fremholder at restitusjon normalt må kunne kreves når begge disse omstendigheter foreligger.

²⁵⁶ Avgjørelsen er omtalt flere steder, blant annet i punkt 6.5.

²⁵⁷ Rt. 1934 s. 400 på s. 402.

²⁵⁸ Sml. VINDING KRUSE 1950 s. 289.

7.3.4. Objektive feil – risikobetraktninger – hvor ligger hovedårsaken til feilen?

Selv om en part ikke kan bebreides for en feil, kan det likevel være slik at han har *gitt anledning til feiltakelsen*, eller at det av andre grunner er *rimelig å legge risikoen på ham*. Ved fraværet av (beviselig) ond tro, kan det være fruktbart med en slik tilnæringsmåte for vurderingen. Hvorvidt det er grunnlag for å la en slik innfallsvinkel være et hovedsynspunkt, er imidlertid usikkert.

Momentet har støtte i rettspraksis. Blant annet i Rt. 1928 s. 20 (på s. 21) ble det vist til at feilen ene og alene lå på betalerens side. Også i Rt. 1934 s. 400 (på s. 402) ble det vist til at feilen opprinnelig kunne føres tilbake til den ene part.²⁵⁹

Det kan undertiden være slik at bare den ene parten har adgang til å kontrollere de faktiske forhold knyttet til skyldforholdet. Et eksempel er der betalingsmottakeren (kreditor), som har oversikt over forpliktelsen, på grunn feilberegning eller lignende avkrever betaleren for mye. Se til illustrasjon RG-1969-298, hvor en eiendomsmegler i et oppgjør hadde glemt å ta med utlegg for innfrielse av pantobligasjon, og hadde utbetalt tilsvarende for høyt beløp til oppdragsgiveren. Retten fremholdt at dersom «eiendomsmegleren [har] regnet feil vil det normalt være et tap han selv må bære» (s. 300). Det kan også være betaleren som utelukkende eller i overveiende grad har adgang til de kjensgjerninger som ligger til grunn for forpliktelsen. De samme synspunkter må gjeldende for ham.

Ved den nærmere vurdering kan flere forhold få betydning. Der den ene part opprinnelig var i besittelse av mer informasjon enn den annen, kan det hende at opplysningene er blitt fremlagt for kontroll av den annen part. Hvorvidt en regning inneholder en full angivelse av beregningen for kravet, eller bare en sluttsum, vil således få betydning. En dansk avgjørelse, U. f. R. 1923 s. 69, er illustrerende.²⁶⁰ Saken gjaldt en huseier som hadde beregnet brenselutgifter etter feile satser, men hadde oppstillet en beregning slik at leieboeren hadde adgang til å kontrollere utregningen. Ettersom leieboeren ikke foretok slik kontroll, og heller ikke tok forbehold ved betalingen, kunne han ikke kreve tilbakesøking av det som var betalt

²⁵⁹ I avgjørelser fra Finansklagenemnda er det ofte vist til at feilen utelukkende eller i overveiende grad ligger på den ene parts side, se til illustrasjon blant annet BKN-1996-34, BKN-1998-19, FSN-4009, FSN-5624, FSN-6500, FSN-6509, FSN-6672, FSN-7161, FKN-2009-319 og FKN-2010-39.

²⁶⁰ Avgjørelsen er omtalt av ARNHOLM 1938 s. 199 note 20.

for mye. Selv om det ikke er uaktsomt av betalingsmottakeren å ikke avdekke feilen, kan det altså likevel være rimelig å la risikoen for feilen gå ut over ham.

Det må videre vektlegges om parten har hatt tid og anledning til å kontrollere kravet, og i så fall om han har benyttet seg av denne muligheten. Den omstendighet at betaleren oppfylder frivillig, kan videre føre til at betalingsmottakeren har grunn til å oppfatte oppgjøret for korrekt, og således ikke foretar noen nærmere undersøkelser. Et argument vil i alle tilfeller være hvis den ene part må være klar over at den annen ikke har undersøkt riktigheten av angivelsen av skyldforholdet.

Selv om den ene part har gitt anledning til feilen, vil momentets vekt kunne variere. I Rt. 1998 s. 989 ble det uttalt at selv om betalere

«... handlemåte kan synes forståelig ut fra situasjonen, slik den da var, kan den - hensett til beløpets størrelse - neppe anses som betryggende. Jeg finner likevel ikke at de konkrete forhold som her er trukket frem, bør få avgjørende betydning for sakens utfall.»²⁶¹

Dersom en tredjemann har gitt anledning til feilen, må risikoen påligge den part som er nærmest å identifisere med tredjemann.²⁶² I Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg), omtalt i punkt 6.5.2, ble eksempelvis betalingsmottakeren identifisert med regnskapsføreren som ved misbruk av fullmakt begikk underslag for å dekke egen gjeld hos sin kreditor.²⁶³

7.3.5. Partens profesjonalitet, innbyrdes forhold og eventuelt betalingspress

7.3.5.1. Innledning

Graden av profesjonalitet og styrkeforholdet mellom partene er et moment som naturlig inngår i en slik interesseavveining som skal foretas etter *condictio indebiti*. Profesjonelle parter som offentlige organer, banker, forsikringsselskaper og større bedrifter har normalt større sakkyndighet og således også større muligheter til å kontrollere et oppgjør enn en forbruker.

Partens profesjonalitet og innbyrdes forhold må normalt ses i sammenheng med øvrige momenter. Blant annet vil aktsomhetsterskelen normalt skjerpes for profesjonelle parter, jf.

²⁶¹ Rt. 1998 s. 989 på s. 1000.

²⁶² HAGSTRØM 2011 s. 706.

²⁶³ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1586-1587.

punkt 7.3.3. Også av rent objektive betraktninger kan det være mer rimelig å la feilen gå utover den part som er profesjonell, jf. punkt 7.3.4.

Momentets vekt vil avhenge av hvem som er parter. Følgelig vil det ha betydning om tvisten står mellom to private parter, to offentlige parter eller en offentlig og en privat part.

7.3.5.2. Generelt om ressursstyrke og grad av profesjonalitet

En sterk økonomisk stilling vil kunne tale for å la feilen gå utover denne part. I Rt. 1995 s. 1641 (Torsondommen), som gjaldt et forsikringsselskaps tilbakesøkningskrav overfor to banker etter utbetaling av sjøforsikring, ble det fremhevet at betalingsmottakerne var

«... profesjonelle aktører som ikke vil komme i vesentlige problemer ved en tilbakebetaling».²⁶⁴

Også i Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen-dommen), som gjaldt tilbakesøking av urettmessig trukket avgift i henhold til råfiskeloven (lov 3/1951), fremhevet førstevoterende betalingsmottakerens sterke økonomiske stilling:

«For Råfisklaget kan ikke beløpet spille noen rolle.»²⁶⁵

Normalt vil profesjonalitetssynspunktet gi liten veiledning dersom begge parter er omtrent jevnbyrdig profesjonelle.²⁶⁶ Det forhold at begge parter i restitusjonsoppgjøret var profesjonelle og ressurssterke, var imidlertid i Rt. 1995 s. 1641 ikke til hinder for at momentet fikk vekt i interesseavveiningen. Her ble det antatt at bankene og forsikringsselskapet var «like profesjonell». I Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg) ble det blant annet trukket frem at det var «tale om betaling frå eit *lite* burettslag» (min uth.).²⁶⁷ Dette talte for at tilbakesøking skulle skje.

Dersom en plikt til restitusjon ikke vil «spille noen rolle» for parten, og han for øvrig ikke «vil komme i vesentlige problemer ved en tilbakebetaling», svekkes altså oppgjørshensynet i henhold til rettspraksis.

²⁶⁴ Rt. 1995 s. 1641 på s. 1650.

²⁶⁵ Rt. 1997 s. 1210 på s. 1216.

²⁶⁶ BERGSÅKER 2011 s. 268.

²⁶⁷ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1587.

7.3.5.3. Særlig om finansinstitusjoner

Finansinstitusjoner har normalt høy grad av profesjonalitet, og det stilles dertil strenge krav til deres opptreden. Kravene må imidlertid ses i sammenheng med hvilken rolle finansinstitusjonen har i den aktuelle sammenheng. Er opptreden en del av finansinstitusjonens kjerneområder, som f. eks. betalingsformidling, må det normalt stilles høye krav. I Rt. 1998 s. 989 ble det fremholdt:

«På betalingsformidlingens område er det særlige hensyn som taler for at tilbakesøkningskrav bare i begrenset utstrekning bør aksepteres. Tilliten til betalingssystemet er her av sentral betydning.»²⁶⁸

Førstevoterende uttaler videre at det likevel neppe kan oppstilles noen hovedregel om å nekte tilbakesøking når banken i egenskap av betalingsformidler har utført en solutio indebiti:

«Men jeg kan ikke se at det av dette hensynet kan utledes en absolutt skranke i så måte. Derimot er jeg enig med lagmannsretten når den som et moment i helhetsvurderingen, har lagt vekt på det særlige oppgjørshensyn som gjør seg gjeldende ved oppgjør via bankoverføring.»²⁶⁹

I den foreliggende sak fikk momentet ikke avgjørende betydning. Betaleren (banken) utførte ikke betalingen i egenskap av skyldner eller långiver, f. eks. der en bankkunde har trukket et beløp på sin konto i banken. Bankens oppdrag var begrenset til en oppgjørsfunksjon, utført på vegne av SCM, se nærmere om dommen i punkt 7.3.2.4 (iv).²⁷⁰

De krav som stilles til finansinstitusjoner, medfører normalt også at aktsomhetsterskelen heves. I Rt. 1998 s. 989 ble det fremhevet:

«Jeg kan ikke se det annerledes enn at den ordning som CBK praktiserte, innebar et risikomoment som må trekkes inn i den konkrete helhetsvurdering.»²⁷¹

Profesjonalitetsmomentet anvendt på finansinstitusjoner er videre fremtredende i praksis fra Finansklagenemnda. I BKN-1999-24 ble det eksempelvis lagt til grunn:

«Bankens kontroll må i denne sammenheng ha vært utilfredsstillende. Nemnda finner at det er bankens feil som har utløst feilbelastningene og at banken er vesentlig å bebreide ...».²⁷²

I BKN-1996-34 ble det lagt vekt på «at banken som den profesjonelle part har gjort en feil som kunne vært unngått».²⁷³ At momentet ofte gjør seg gjeldende i nemndspraksis er en

²⁶⁸ Rt. 1998 s. 989 på s. 998.

²⁶⁹ Rt. 1998 s. 989 på s. 998.

²⁷⁰ Se også NJA 1994 s. 177, som stod sentralt i partens prosedyre i Rt. 1998 s. 989. Dommen i Högsta Domstolen kan tas til inntekt for at tilbakesøking etter læren om *condictio indebiti* i svensk rett fra en bank i egenskap av «betalningsformidler», bare i meget begrenset grad bør tillates.

²⁷¹ Rt. 1998 s. 989 s. 1000.

²⁷² Også i BKN-1995-72 ble det fremhevet at «en svikt i bankens rutiner» hadde gitt anledning til feilen.

²⁷³ Også i en rekke andre avgjørelser fra nemnda er profesjonalitetsmomentet fremhevet, se f. eks. FSN-4009, FSN-5624, FSN-6500, FSN-6509, FSN-6672 og FKN-2009-319.

naturlig følge av at en bank eller et forsikringsselskap er part overfor en forbruker i disse saker.

7.3.5.4. Særlig om tilbakesøking hvor det offentlige er part

(i) Tilbakesøking mellom offentlig og privat part

Praksis og teori om *condictio indebiti* knytter seg i all hovedsak til tilbakesøkingsskrav mellom to private parter, eller en privat og en offentlig part. Når saken står mellom sistnevnte parter, er praksis stort sett knyttet til tilbakesøking av for mye utbetalt lønn, pensjon eller sosiale ytelser. Inntrykket er her at tilbakesøking normalt ikke innrømmes der mottakeren er i god tro, se nærmere om problemstillingen i punkt 7.3.8.

(ii) Tilbakesøking mellom to offentlige parter

Det finnes lite praksis og teori for *condictio indebiti* mellom to offentlige parter.²⁷⁴ En uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, JDLOV-1987-3792, berører imidlertid spørsmålet. Uttalelsen gjaldt hvorvidt skattefogden i Akershus kunne kreve tilbakebetalt feilaktig overført skatt til Akershus fylkeskommune m. fl. Årsaken til feilen var at skattefogden i perioden 1983-87 hadde gjennomført skattefordeling etter gamle skatteregler, uten å kjenne til en lovendring i 1983. Lovavdelingen fant ikke at skattefogden kunne bebreides for feilen, ei heller burde det vært tatt forbehold i saken. Heller ikke tidsmomentet kunne få noen avgjørende betydning. Når ingen slike momenter kunne sies å foreligge, trakk Lovavdelingen inn en mer overordnet betraktning:

«Etter vår mening taler mye for at tilbakesøkingssadgangen bør være større i saker mellom offentlige organer, enn hvor tilbakesøkingsskravet fremsettes av det offentlige overfor et privat rettssubjekt.»

Den omtalte saken gjaldt skattefordeling mellom ulike skattekreditorer, og for slike ytelser uttalte Lovavdelingen:

«I forhold til offentligrettslige ytelser med et slikt innhold vil en tilbakeføring av den mottatte ytelse basert på hva partene faktisk har krav på sjeldnere være urimelig.»

Forholdet til øvrige offentlige rettssubjekter ble også trukket inn som et relevant moment:

«Forholdet til andre fylkeskommuner som ble rammet av lovendringen i 1983 er også relevant i denne sammenheng. Avvises et tilbakesøkingsskrav medfører dette en økonomisk fordel for Akershus fylkeskommune som kan virke uheldig og urimelig i forhold til andre fylkeskommuner som i samsvar med de reglene som gjaldt fra 1983 *ikke* fikk tildelt skatt ...».

²⁷⁴ Dette har nok sammenheng med at slike saker for alle praktiske formål løses internt i det offentlige.

Som uttalelsene illustrerer, står oppgjørshensynet trolig generelt sett svakere ved tilbakesøkingsskrav mellom to offentlige parter. Begge parter er her profesjonelle, og risikerer normalt ikke å bli hardt rammet ved et tilbakesøkingsskrav på samme måte som en privat part. Hensynet til en korrekt fordeling av fellesskapets midler gjør seg også gjeldende i favør av korreksjon. Adgangen til tilbakesøking må imidlertid også ved offentlige parter veies opp mot oppgjørshensynet. Blant annet vil ytelsens innhold være av betydning.

7.3.5.5. Innbyrdes avhengighetsforhold og betalingspress

Eventuelle avhengighetsforhold mellom partene kan komme i betraktning. Det er normalt forventet at den «sterkere» part innehar en større grad av innsikt, men det må også ses hen til at den «svakere» part kan ha vanskelig for å gjøre sine synspunkter gjeldende. Det kan eksempelvis dreie seg om forholdet mellom utleier og leietaker i et presset leiemarked, eller en strøm- eller telefonleverandør som kan utøve press ved å holde tilbake sin ytelse.²⁷⁵ En leietaker som vet at han etter kontrakten betaler for mye, kan av frykt for å bli ansett som en dårlig leietaker eller eventuelt bli kastet ut, være tilbakeholden med å gjøre kravet sitt gjeldende. I slike sammenhenger er det nødvendigvis ikke slik at den sterkere part bevisst har utnyttet sin sterke posisjon, men bare i kraft av selve styrkeforholdet har påvirket situasjonen. Under disse omstendigheter, bør det normalt stilles mindre krav til den svakere part.

Dersom betalingsmottakeren bevisst utnytter sin posisjon til å utøve press for å oppnå betaling, f. eks. ved å være særlig pågående, er dette normalt et viktig argument for å godta tilbakesøking. Her vil situasjonen etter omstendighetene kunne rammes av avtalerettslige ugyldighetsregler, f. eks. fordi betalingen er fremkalt i strid med redelighet og god tro, se punkt 3.3. Se for øvrig punkt 7.3.3 om subjektive forhold, herunder Rt. 1988 s. 556 (Aktuell) der en betaling ble ansett fremtvunget ved betalingsmottakerens avtalebrudd. Vanlig fremgangsmåte ved inndrivelse av pengekrav, med bl. a. purringer og inkassovirksomhet, anses imidlertid normalt ikke som press.

²⁷⁵ Sml. HAGSTRØM 2011 s. 708 og BERGSÅKER 2011 s. 270.

7.3.6. Tidsmomentet

7.3.6.1. *Utgangspunkter*

I tråd med betalingsmottakerens behov for trygghet med hensyn til betalingens endelighet (oppgjørshensynet), vil tiden som går kunne få betydning i vurderingen av om tilbakesøking skal innrømmes eller ikke. Oppgjørshensynet styrkes normalt proporsjonalt med tiden.

Det kan likevel neppe oppstilles noen bestemt «reklamasjonstid» som avskjærer krav som bygger på *condictio indebiti*. I Rt. 2001 s. 1580, omtalt særlig under punkt 6.5.2, ble det vurdert om et tilbakesøkingskrav var avskåret som følge av tiden som var gått. Høyesteretts flertall (dissens 4-1) uttalte:

«Spørsmålet er så om tidsmomentet gjør at burettslaget likevel ikke kan nå fram med kravet. Etter mitt syn er det mest naturleg å ta dette momentet med i den samla vurderinga som skal gjerast, og ikkje sjå på det som eit eige frifinningsgrunnlag.»²⁷⁶

I henhold til rettspraksis anses altså tiden normalt som et vurderingsmoment, og i utgangspunktet ikke som et selvstendig grunnlag for å avskjære restitusjonskravet.²⁷⁷ Generelt kan det sies at kort tid taler for korleksjon, mens lang tid taler for å la oppfyllelsen bli endelig. Den ytre grense settes av foreldelsesreglene, se punkt 7.3.6.4.

Tidsmomentet kan komme i betraktning på to måter.²⁷⁸ For det første må det tas i betraktning hvor lang tid som går fra tidspunktet betaleren oppdaget eller burde oppdaget feilen, og til tilbakesøkingskravet blir gjort gjeldende (punkt 7.3.6.2). For det andre må tiden som går fra feiloppfyllelsen fant sted og til tilbakesøking blir krevd, få betydning i rent objektivt henseende, uavhengig av partenes kunnskap og handlinger (punkt 7.3.6.3).

7.3.6.2. *Tiden fra betaleren oppdaget eller burde oppdaget feiloppfyllelsen*

Lojalitetshensyn tilsier at betaleren må reise tilbakesøkingskravet innen rimelig tid etter han oppdaget eller burde oppdaget at det var et indebitum som var oppfylt.²⁷⁹

²⁷⁶ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1587.

²⁷⁷ Ulovfestede passivitetsregler kan tenkes å få betydning da det i norsk rett antas å gjelde et alminnelig prinsipp om rettstap ved utvist passivitet, se om dette f. eks. MONSEN 2010 s. 187 og RØED 2009 s. 67ff. Forholdet mellom tidsmomentet og ulovfestede passivitetsregler behandles ikke nærmere.

²⁷⁸ Slik også BERGSÅKER 2011 s. 271f. Se for øvrig Rt. 2001 s. 1580 på s. 1587, som er illustrerende på dette punkt.

²⁷⁹ BERGSÅKER 2011 s. 272.

Betaleren kan sies å ha oppdaget feiloppfyllelsen når han har slik kunnskap om de faktiske forhold som gir ham en oppfordring til å gjøre kravet gjeldende, det vil si kunnskap som gjør det temmelig klart at det er skjedd en feiloppfyllelse.²⁸⁰ Dette er både et spørsmål om betalerens kunnskap om de faktiske forhold, og et spørsmål om betalerens vurdering av kunnskapen.

Hvorvidt betaleren burde fått kunnskap om feilen før han faktisk gjorde det, beror på en konkret vurdering. Årsaken til uvitenheten kan være flere. Den kan eksempelvis bero på en faktisk villfarelse, og et element i vurderingen vil da være om villfarelsen er unnskyldelig, se ovenfor i punkt 7.3.2.2. I Rt. 1995 s. 1641 (Torson), som gjaldt tilbakesøking av et forsikringsbeløp etter forlis, var det sentrale spørsmålet om forliset var fremkalt forsettlig av skipperen og styrmannen. På bakgrunn av den tvil som forelå rundt dette spørsmål, ble det lagt til grunn at «forsikringsselskapene vanskelig kan bebreides ... for at det gikk lang tid før pengene ble krevet tilbake».²⁸¹ I Rt. 2001 s. 1580 ble det foretatt en inngående vurdering på dette punkt. Det ble vektlagt at borettslaget koblet inn både politi og revisor, uten at disse klarte å oppdage hva som hadde skjedd. Ut fra omstendighetene kom Høyesterett til at borettslaget ikke burde oppdaget feilen, da det hadde gjort «det som det er naturleg å vente at eit slikt lag kan gjere.»²⁸²

Vurderingstemaet er ut fra dette i stor grad om betaleren har *handlet slik en naturlig kan forvente ut fra de konkrete omstendigheter*. Det må vurderes om parten ut fra sin profesjonalitet og forutsetninger for øvrig, gjennom kontroll eller på annen måte, *burde* oppdagat at det var et indebitum som var betalt. Dette er både et spørsmål om betalerens vurdering av faktisk kunnskap, og et spørsmål om betaleren burde ha tilegnet seg ytterligere faktisk kunnskap, og om dette i så fall ville ha avdekket feiloppfyllelsen.²⁸³ Ettersom det legges opp til en aktsomhetsvurdering, kan det i stor grad vises til punkt 7.3.3.2 om betalerens subjektive forhold, selv om perspektivet i aktsomhetsvurderingen ved tidsmomentet gjelder forhold i ettertid av feiloppfyllelsen.

Tilbakesøking *condictio indebiti* må normalt være avskåret dersom kravet ikke er fremsatt *innen rimelig tid* etter at betaleren oppdagat eller burde oppdagat at det var et indebitum han

²⁸⁰ Sml. MONSEN 2010 s. 168.

²⁸¹ Rt. 1995 s. 1641 på s. 1650.

²⁸² Rt. 2001 s. 1580 på s. 1587

²⁸³ Sml. MONSEN 2010 s. 169.

betalte. Synspunktet er lagt til grunn i litteraturen,²⁸⁴ og følger av en rekke rettsavgjørelse, f. eks. Rt. 1929 s. 177, Rt. 1931 s. 190 og Rt. 1933 s. 323.

Begrepet «rimelig tid» er imidlertid uten et fast meningsinnhold, og vil variere med forholdene. Plikten til å gjøre kravet gjeldende er som nevnt innledningsvis et utslag av lojalitetshensyn, herunder betalingsmottakerens behov for varsel. I vurderingen av hva som er «rimelig tid» må det derfor bedømmes hva som rimeligvis kan forventes av betaleren med hensyn til å ivareta betalingsmottakerens behov.²⁸⁵ Hva som kan forventes vil kunne variere blant annet etter betalerens grad av profesjonalitet og om det er nødvendig å avklare situasjonen nærmere, eventuelt ved å innhente sakkyndig bistand.

I Rt. 1929 s. 177, som gjaldt tilbakesøking av for mye ilignet krigskonjunkturskatt, ble det lagt til grunn at skatteyteren hadde tatt affære for sent, idet han forholdt seg passiv i ca. to og et halvt år etter innbetalingen av skatten (tidspunktet for solutio indebiti), og 1 år og 10 måneder etter at Finansdepartementet hadde avslått å imøtekomme en fremsatt begjæring om at få beløpet tilbakebetalt. I Rt. 1931 s. 190, som også gjaldt krigskonjunkturskatt, ble et tidsforløp på omtrent 13 måneder ansett å være utenfor rimelig tid, og tilbakesøking var utelukket som følge av dette. For en annen del av kravet hadde betaleren krevd tilbakesøking etter bare 10 dager, noe som ble ansett «betimelig iverksatt», og følgelig innenfor rimelig tid.²⁸⁶ I Rt. 1979 s. 69 (KØFF) ble et tilbakesøkingskrav nektet under henvisning til den tiden som var gått før kravet ble fremmet. På tross av at betaleren var kjent med grunnlaget for kravet, ventet han 7 måneder, og dette fant Høyesterett å legge avgjørende vekt på.²⁸⁷ I Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg) ble det fremhevet at «situasjonen vart klarlagt hausten 1998», nærmere bestemt var kravet fullt dokumentert 9. november 1998. Høyesteretts flertall (dissens 4-1) uttalte i denne sammenheng:

«Sjølv om det tok noko tid frå 9. november til kravet formelt vart sett fram 15. januar året etter, kan dette i ein slik situasjon ikkje vere så lang tid at kravet kunne falle bort grunna passivitet.»²⁸⁸

Selv om det hadde gått i overkant av to måneder der betaleren hadde full kunnskap om feiloppfyllelsen, kom Høyesterett til at det var reagert tidsnok.

²⁸⁴ Se f. eks. ARNHOLM 1938 s. 207, USSING 1940 s. 441, AUGDAHL 1978 s. 403, HAGSTRØM 2011 s. 709 og BERGSÅKER 2011 s. 272.

²⁸⁵ Sml. MONSEN 2010 s. 177.

²⁸⁶ Rt. 1931 s. 190 på s. 192.

²⁸⁷ Rt. 1979 s. 69 på s. 74-75.

²⁸⁸ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1587.

Den nevnte praksis taler for at tidsforløp under 2 måneder normalt må anses innenfor rimelig tid. Går det nærmere 7 måneder, er betaleren normalt utenfor hva som anses som rimelig tid. At «rimelig tid» normalt ligger en plass mellom 2 og 7 måneder, vil likevel bare være en antydning som i lys av de nærmere omstendigheter vil kunne avvike i begge retninger.

Blant annet kan et lengre tidsforløp tåles dersom betalingsmottakeren må forvente at kravet vil bli gjort gjeldende, jf. Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger). Høyesterett gikk her langt i å godta et tilbakesøkningskrav på tross av lang tid før kravet ble fremsatt. Det var gått ca. 11 måneder fra betaleren var klar over feiloppfyllelsen, og til kravet ble gjort gjeldende. Høyesterett kom til at betaleren «burde ha fremsatt tilbakesøkningskravet tidligere».²⁸⁹ Det ble pekt på følgende forhold:

«En nærmere undersøkelse av sakens faktum - som allerede på dette tidspunkt var rimelig godt klarlagt - burde imidlertid ikke ta særlig lang tid. Det skulle heller ikke være nødvendig for CBK å bruke særlig lang tid på å utrede det rettslige grunnlaget for tilbakesøkningskravet.»²⁹⁰

Det ble vist til at en undersøkelse av kravets faktiske og juridiske sider også ville vært til fordel for betalingsmottakerne, men samtidig var det ikke noe i veien for å meddele mottakerne om at krav muligens ville bli reist.²⁹¹ På tross av denne klare oppfordringen til å reagere hurtigere, fant Høyesterett at kravet ikke var «bortfalt på grunn av passivitet».²⁹² Det ble i denne sammenheng lagt avgjørende vekt på at mottakerne

«... vanskelig kan ha hatt noen berettiget forventning om at tilbakesøkningskravet var frafalt. Kravet gjaldt et meget betydelig beløp som det måtte ha formodningen mot seg at CBK ikke ville forfølge videre. Det må i den forbindelse ses hen til at de ankende parter er banker og andre profesjonelle investorer. Sertifikateierne hadde også mulighet til å henvende seg til CBK for å få en avklaring på dette punkt.»²⁹³

Tidsmomentet, som i denne saken med særlig styrke talte mot korreksjon, tapte her noe sin vekt ettersom betalingsmottakeren måtte forvente at kravet kom til å bli forfulgt.

Et lengre tidsforløp kan også aksepteres dersom betaleren har hatt en grunn til å avvente sitt krav. I Rt. 1988 s. 556 (Aktuelldommen) ble tilbakesøking tillatt selv om det var gått enda lengre tid enn i Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger). Oppgjøret fant sted i juni 1981, og Høyesterett la til grunn at det var først i desember 1981 «at banken ble klar over

²⁸⁹ Rt. 1998 s. 989 på s. 1002.

²⁹⁰ Rt. 1998 s. 989 på s. 1002.

²⁹¹ Rt. 1998 s. 989 på s. 1002.

²⁹² Rt. 1998 s. 989 på s. 1002.

²⁹³ Rt. 1998 s. 989 på s. 1002.

sannsynligheten for tap på bankens engasjement».²⁹⁴ Kravet ble varslet tidligere, men ble først gjort gjeldende ved Forlikrådsklage som ble fremmet ved årsskiftet 1983/1984. På tross av at det var gått omkring 2 år fra betaleren (banken) fikk kunnskap om feilen, til tilbakesøkingsskravet ble reist, kom Høyesterett til at det var reagert tidsnok. Av byrettens domsgrunner, som Høyesterett i det vesentligste kunne vise til, fremgår det:

«Det hadde vært ønskelig om saksøker hadde reagert tidligere, men retten kan ikke se at dette tidsforløpet er tilstrekkelig til å konstatere at saksøker ikke har reagert innen rimelig tid.»²⁹⁵

At tilbakesøking ble tillatt til tross for det lange tidsforløpet, må ses i sammenheng med de faktiske forhold i saken. Betaleren (banken) og betalingsmottakeren (Aktuell A/S), samt en byggherre, stod i et kontraktsforhold med hverandre som blant annet regulerte salg av seksjonsleiligheter i et byggeprosjekt. Ettersom banken blant annet hadde forpliktet seg til å selge eierseksjonene, «og så lenge alle eierseksjoner ikke var solgt, kunne banken ikke se bort fra at pågang overfor Aktuell med et tilbakesøkingsskrav kunne føre til nye vanskeligheter ved salg av eierseksjoner.»²⁹⁶ Banken kunne slik sett unnskyldes for å ha avvventet sitt krav. Det ble også vektlagt at betalingsmottakeren ikke kunne sies å ha vært i god tro.²⁹⁷

Dersom kravet er omtvistet, vil dette kunne ha innvirkning på kravet til rimelig tid. I Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen-dommen), hadde betaleren avgitt en reservasjonserklæring hvor de bestred at det forelå lovhjemmel for trekk til fordel for Norges Kystfiskarlag. På dette tidspunktet var det altså klart at de «kjente til at de hadde et - riktignok omtvistet - krav, og at Råfisklaget i tilfelle var den ansvarlige debitor for dette».²⁹⁸ Selv om tilbakebetaling først ble krevd 17. januar 1994, var full kunnskap om kravet i ca. tre år ikke til hinder for å gi parten medhold etter reglene om *condictio indebiti*. Høyesterett innrømmet riktignok at «man her nok står overfor et grensetilfelle», men la avgjørende vekt på at det i dette tilfellet var avgitt en reservasjonserklæring.²⁹⁹ Tidsmomentet veide da mindre tungt. Avgjørelsen viser også at tidsmomentet mister noe av sin tyngde dersom yteren har vært tvunget til å oppfylle, her på grunn av avgifter pålagt gjennom lov.

Dersom kravet er gjort gjeldende innen rimelig tid, er virkningen at passivitetsbetraktning ikke tillegges betydning i favør av å la oppgjøret forbli endelig. Men dersom kravet er gjort

²⁹⁴ Rt. 1988 s. 556 på s. 561.

²⁹⁵ Rt. 1988 s. 556 på s. 570.

²⁹⁶ Rt. 1988 s. 556 på s. 561.

²⁹⁷ Rt. 1988 s. 556 på s. 569.

²⁹⁸ Rt. 1997 s. 1210 på s. 1216.

²⁹⁹ Rt. 1997 s. 1210 på s. 1216.

gjeldende særlig raskt, kan dette tale for korreksjon. Tidsmomentet kan således styrke både korreksjonshensynet og oppgjørshensynet. I Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger) ble det lagt betydelig vekt på at betaleren (banken) allerede samme dag varslet om feilen:

«I helhetsvurderingen må det etter mitt syn legges stor vekt på at CBK reagerte omgående da det ble brakt på det rene at utbetalingen var skjedd uten at det forelå inndekning. ... Allerede samme formiddag ble sertifikateierne skriftlig varslet om det inntrufne.»³⁰⁰

Selv om det gikk nesten 12 måneder før kravet ble gjort gjeldende, og Høyesterett fant at betaleren «burde ha fremsatt tilbakesøkingsskravet tidligere», ble det altså tillagt «stor vekt» at betalingsmottakeren ble varslet tidlig.³⁰¹

7.3.6.3. Tiden fra oppfyllestidspunktet og til tilbakesøking kreves

Den rent objektive betraktning at lang tid har gått fra oppfyllestidspunktet og til tilbakesøking blir krevd, må også vektlegges. Moment hviler på flere av de samme hensyn som begrunner blant annet foreldelsesinstituttet. Generelt er det slik at jo lengre tid som går, dess mindre beskyttelsesverdig er betalernes posisjon. Dette har blant annet sammenheng med at mottakerens innrettelse normalt er økende over tid, se punkt 7.3.7. Dette momentet bygger ikke på lojalitetssynspunktet.³⁰²

Som nevnt i punkt 7.3.6.1 ovenfor, er tidsforløp helt opp mot den alminnelige foreldelsesfrist, ikke til hinder for å nå frem med et tilbakesøkingsskrav. Dette kom særlig klart frem i Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen-dommen). Et så langt tidsforløp vil likevel innebære et vesentlig moment for å avskjære et tilbakesøkingsskrav.

Utover dette er det vanskelig å si noe om hvor lang tid som må gå før momentet taler for å nekte tilbakesøking. I Rt. 1997 s. 1029, som gjaldt tilbakebetaling av utbetalt forsikringsbeløp, var det gått ca. ett år før kravet ble fremsatt. Høyesterett fremhevet tidsmomentet, og uttalte at dette «i en viss grad» talte for å la oppgjøret bli endelig.³⁰³ Omtrent 1 år var også tidsforløpet i Rt. 1998 s. 989. Tiden som objektivt moment var imidlertid mindre fremtredende i saken. Det sentrale vedrørende tidsmomentet var om betaleren hadde utvist passivitet ved ikke å gjøre kravet gjeldende innen rimelig tid, sml. det

³⁰⁰ Rt. 1998 s. 989 på s. 1001.

³⁰¹ Rt. 1998 s. 989 på s. 1001-1002.

³⁰² BERGSÅKER 2011 s. 273.

³⁰³ Rt. 1997 s. 1029 på s. 1036.

foregående punkt 7.3.6.2. Tendensen er nok i henhold til rettspraksis at det er først ved tidsforløp opp mot 1 år at momentet får «en viss» vekt.

Dersom det er gått mer enn 1 år før fremsettelsen av kravet, kan momentet etter omstendighetene få vesentlig betydning. I Rt. 1985 s. 290 (Birgo) ble det fremhevet:

«Det vesentligste moment som etter min mening taler til fordel for Bergen Bank og Wilson, er oppgjørshensynet, særlig fordi kravet om tilbakebetaling ble fremsatt så sent som 19 måneder etter at beløpene var utbetalt.»³⁰⁴

Av lagmannsrettens domsgrunner, som en enstemmig Høyesterett i det vesentlige sluttet seg til, ble tidsmomentet nærmere utdypet:

«Likevel synes det i og for seg klart at oppgjørssynspunktet må tillegges atskillig vekt når det er gått så vidt lang tid. I andre forhold ville vel dette også kunne anses nokså avgjørende.»³⁰⁵

Av uttalelsene fremgår det at et tidsforløp på ca. 19 måneder vil måtte tillegges betydelig vekt i favør av oppgjørshensynet. Ettersom betalingsmottakeren ikke hadde innrettet seg nevneverdig etter innbetalingen, og med avgjørende vekt på at feiloppfyllelsen hadde sin bakgrunn i en straffbar handling fra forsikringstakeren, mistet imidlertid tidsmomentet en del av sin betydning. Også i andre tilfeller kan det være øvrige momenter som gjør at lang tid får mindre betydning. I Rt. 1988 s. 556 (Aktuell) gikk det ca. 2 ½ år, men ettersom betaleren var tvunget til å oppfylle overfor en betalingsmottaker som ikke var i god tro, ble tidsmomentet mindre fremtredende.³⁰⁶ I Rt. 1995 s. 1641 (Torson) ble tilbakesøking tillatt selv om det var gått ca. 1 ½ år. Avgjørelsen kan på dette punkt ses i sammenheng med Rt. 1985 s. 290 (Birgo), da feiloppfyllelsen også her var fremkalt ved en straffbar handling (forsikringssvindel). De påpekte forhold veide tungt i favør av korreksjon, og da måtte tidsmomentet tillegges mindre vekt.

Av domsmaterialet kan det utledes at tidsmomentet etter omstendighetene får betydelig vekt dersom tidsforløpet er ca. 1 ½ år eller mer. Generelt må det i slike tilfeller foreligge tungtveiende hensyn i favør av korreksjon dersom tilbakesøking skal komme på tale.³⁰⁷

³⁰⁴ Rt. 1985 s. 290 på s. 294.

³⁰⁵ Rt. 1985 s. 290 på s. 296.

³⁰⁶ Byrettens dom s. 569-570, som en enstemmig Høyesterett i det vesentligste kunne slutte seg til, se s. 560.

³⁰⁷ Slik også HAGSTRØM 2011 s. 708.

7.3.6.4. Foreldelse

Foreldelse fungerer som et selvstendig grunnlag for å avskjære krav som bygger på *condictio indebiti*, og er ikke et vurderingsmoment i den rimelighetsvurdering som skal foretas ved *condictio indebiti*. Det er likevel naturlig å behandle visse foreldelsesspørsmål i forlengelsen av tidsmomentet. En nærmere redegjørelse om foreldelse av krav etter reglene om *condictio indebiti* vil ikke bli foretatt.

Foreldelse utgjør en ytre grense for hvor langt tilbake i tid restitusjon kan kreves. Krav som bygger på *condictio indebiti* er å anse som en fordring som foreldes etter reglene i foreldelsesloven (lov 18/1979), jf. § 1. Foreldelsesfristen løper i tre år fra den dag betaleren tidligst har rett til å kreve pengene tilbake, jf. §§ 2 og 3 nr. 1. Dette innebærer i praksis at foreldelse inntreffer tre år etter tidspunktet for det opprinnelige oppgjør, jf. eksempelvis Rt. 1996 s. 994 på s. 996, Rt. 1997 s. 1210 på s. 1216 og LB-2004-59978.

Dersom feiloppfyllelsen har sin bakgrunn i en villfarelse, vil foreldelsesfristen kunne bli forlenget etter regelen om tilleggsfrist i foreldelsesloven § 10 nr. 1.

7.3.7. Graden av innrettelse

I nær sammenheng med tidsmomentet står graden av innrettelse på betalingsmottakerens hånd. Som drøftelsen av oppgjørshensynet (punkt 7.2.3) har vist, må det tas hensyn til om betalingsmottakeren har innrettet seg etter den mottatte ytelse. Innrettelsesmomentet gjør seg normalt bare gjeldende der mottakeren i god tro, og med god grunn, har innrettet seg etter det mottatte. I slike tilfeller vil mottakeren ha en beskyttelsesverdig posisjon. Dersom mottakeren ikke vet at han har mottatt en ytelse, må tilbakesøking normalt innrømmes. Det kan her dras en parallell til avtalerettens prinsipp om *re integra*, jf. avtaleloven § 39 annet punktum analogisk anvendt. I Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger) ble *re integra* uttrykkelig fremhevet:

«I helhetsvurderingen må det etter mitt syn legges stor vekt på at CBK reagerte omgående da det ble brakt på det rene at utbetalingen var skjedd uten at det forelå inndekning. Hensynene bak regelen i avtaleloven § 39 2. punktum har også gyldighet på dette området. Allerede samme formiddag ble sertifikateierne skriftlig varslet om det inntrufne. Det er ikke anført at noen av sertifikateierne hadde innrettet seg etter at beløpene var overført til deres konti.»³⁰⁸

Hensynene bak *re integra* har således vekt ved bedømmelsen av *condictio indebiti*. I avtalelovens forarbeider er innholdet i *re integra* nærmere utdypet:

³⁰⁸ Rt. 1998 s. 989 på s. 1001.

«Paa den ene side vil det være klart at ikke enhver ubetydelig foranstaltning, som mottageren har truffet i tillid til at kunne gjøre en god forretning, medfører at han maa siges at ha indrettet sig efter erklæringen. Paa den anden side vil det være likesaa klart, at han har indrettet sig efter erklæringen, naar han har overdraget videre den ret som støtter sig til den. Mellem disse to ydergrænser ligger imidlertid mange tvilsomme tilfælde. Som en veiledende regel kan det opstilles, at den anden part har indrettet sig efter erklæringen, hvis han har foretat noget som ikke uten skade eller uleilighet kan omgjøres, eller hvis han har undlatt noget som han ellers vilde gjort.»³⁰⁹

I tråd med dette vil en psykisk innrettelse neppe være tilstrekkelig som argument mot tilbakesøking. Det må ha funnet sted en eller annen form for faktisk innrettelse. Det vil her være grader av innrettelse, og et ledende synspunkt er at det må dreie seg om en innrettelse som «ikke uten skade eller uleilighet kan omgjøres». Dersom feiloppfyllelsen eksempelvis gjelder et pengebeløp som betalingsmottakeren har forbrukt i god tro, vil dette etter omstendighetene være et viktig argument mot tilbakesøking.³¹⁰

I mange tilfeller vil betalingsmottakeren ha pant, kausjon eller annen sikkerhet for sitt krav, som han frigjør etter et oppgjør.³¹¹ Dersom mottakeren har innrettet seg slik, vil et senere tilbakesøkingsskrav kunne ramme ham hardt. Situasjonen aktualiseres bare dersom mottakeren faktisk har et krav, ikke der kravet aldri har eksistert eller der det er betalt for mye. En betalingsmottaker som frigir sikkerhet for et krav som ikke eksisterer, har ikke lidt et tap. Det typiske vil være at momentet får betydning der det er feil betaler som har oppfylt, f. eks. der et forsikringsselskap har utbetalt en forsikringssum til en panthaver, men der det senere avdekkes forsikringsbedrageri. Rt. 1985 s. 290 (Birgo) gjaldt et slikt tilfelle. Det ble her vurdert hvilken betydning det skulle ha om panthaveren, her en bank, hadde frigjort sikkerhet før forsikringsselskapet rettet sitt tilbakesøkingsskrav. Førstevoterende uttalte:

«I saker av denne art må oppgjørshensynet ha atskillig vekt, særlig hvis vedkommende panthaver har gitt opp sidesikkerhet eller hvis det på annen måte kan påvises at det vil bringe ham i en vanskelig stilling dersom han må betale tilbake. Det er imidlertid ikke tilfellet her.»³¹²

Momentet fikk her vekt i favør av korreksjonshensynet. Ettersom mottakeren ikke hadde frigitt sikkerhet hadde han gode utsikter for å få inndekning for sitt krav, og han ville da bli mindre rammet av tilbakesøkingen. Selv om det ikke direkte er skjedd frigivelse av sikkerhet, kan mottakeren ha innrettet seg slik at utsiktene til oppnå betaling er blitt dårligere.³¹³ Se til illustrasjon Rt. 1934 s. 33, hvor to voterende (dommerne Bade og Aars) la til grunn at banken

³⁰⁹ Ot.prp.nr.63 (1917) s. 97.

³¹⁰ Hensynene bak re integra er også fremhevet av ARNHOLM 1938 s. 207.

³¹¹ Dersom mottakeren etter å ha mottatt ytelsen innfrir en sikkerhet for kravet hos tredjemann, vil dette også kunne få betydning for hvorvidt han er blitt beriket, se punkt 8.2.

³¹² Rt. 1985 s. 290 på s. 294.

³¹³ TORVUND 1997 s 108.

uavhengig av utbetalingen av forsikringsbeløp ville inndrevet beløpet på annen måte, slik at det dermed ikke forelå noen berikelse. De to voterende var alene om sin begrunnelse.

Mottakerens innrettelse må videre være «berettiget», det vil si at mottakeren hverken innså eller burde ha innsett at det var betalt mer enn det skyldtes.³¹⁴

Oppsummeringsvis taler det for å innrømme tilbakesøking dersom ingen innrettelse har funnet sted, innrettelsen kan omgjøres uten skade og uleilighet, eller der innrettelsen ikke er berettiget. En annen sak er at graden av innrettelse, og etterfølgende opptreden for øvrig, vil kunne kaste lys over betalingsmottakerens subjektive forhold, jf. punkt 7.3.3.3.

7.3.8. Fordringens karakter

Kravets karakter kan ha selvstendig betydning. Mottakeren vil kunne bli rammet hardt dersom han gjennom et tilbakesøkingskrav skulle bli fratatt lønn, pensjon, underholdningsbidrag eller andre midler som normalt benyttes fortløpende til alminnelige omkostninger til livsopphold.

Tilbakesøkingskrav som gjelder lønn kan forekomme ofte. I Rt. 1938 s. 207 ble Finansdepartementet dømt til å tilbakebetale lønnstrekk av for mye utbetalt lønn etter en vedtatt lønnsreduksjon, da utbetalingen var skjedd uten noe forbehold. Det forhold at kravet gjaldt lønn ble ikke direkte uttrykt i avgjørelsen, men det er likevel det samlede inntrykk av Høyesteretts begrunnelse at fordringens karakter, om enn indirekte, ble vektlagt.³¹⁵ Fordringens karakter som momentet har videre støtte i den juridiske teori, se blant annet KRÜGER som har fremholdt:

«Hovedtyngden av rettspraksis vedrørende tilbakesøkingskrav knytter seg forøvrig til utbetaling av *lønn eller lønnsliknende oppgjør*, der hovedinntrykket er at arbeidsgiveren ikke kan forlange korreksjon med tilbakevirkende kraft.»³¹⁶

Så lenge lønsmottakeren er i god tro, er nok denne slutning korrekt; det skal mye til for å kreve tilbakesøking av lønnsytelser.³¹⁷ Bedømmelsen av mottakerens gode tro må skje

³¹⁴ Slike tilfeller vil også kunne rammes av avtaleloven § 33, se ovenfor under punkt 3.3.

³¹⁵ Slik også HAGSTRØM 2011 s. 706f.

³¹⁶ KRÜGER 1984 s. 316. Uttalelsen er fulgt opp i JDLOV-1987-3792. Se også HAGSTRØM 2011 s. 706 og BERGSÅKER 2011 s. 271.

³¹⁷ Et eksempel på det motsatte er en sak fra Oslo byrett, inntatt i RG-1995-1290, hvor arbeidsgiveren fikk medhold i et krav om tilbakesøking av lønn fra en arbeidstaker som var i god tro med hensyn til lønnsutbetalingens riktighet. Selv om fordringens karakter talte sterkt mot tilbakesøking, ble det vektlagt at en nektelse av tilbakesøking ville innebære en dobbelbetaling (sml. punkt 7.3.10.1), samt at arbeidstakeren hadde en lederstilling og for øvrig var en profesjonell person hva gjelder forretningsforhold (sml. punkt 7.3.5).

konkret. For vurderingen vil det være av betydning om differansen mellom det utbetalte og den korrekte lønn er av et slikt omfang at lønsmottakeren burde innsett feilen. Det vil også kunne spille inn hvem betaleren er, samt hvilket nivå mottakerens økonomi for øvrig ligger på. Illustrerende er BKN-2001-34, hvor det blant annet ble vektlagt at mottakeren «i løpet av de siste år med ujevne mellomrom har fått overført ganske store beløp til sin konto». Det kan etter omstendighetene være slik at mottakeren har oppfattet utbetalingen som korrekt selv om det foreligger et betydelig avvik fra normalt lønnsutbetaling, f. eks. fordi han har trodd at det dreide seg om utbetaling av feriepenger, etterbetaling av skatt eller lignende, se til illustrasjon BKN-1996-34. Her ble et tilbakesøkningskrav avskåret etter at en privatperson hadde fått overført kr. 2.800 til sin lønnskonto. Nemnda fant at mottakeren var i god tro ettersom han forventet et etteroppgjør i forbindelse med et avsluttet arbeidsforhold, og således feilaktig trodde at utbetalingen gjaldt dette. Det ble i den forbindelse uttalt:

«Selv om det feilførte beløpet her ikke var en feilutbetaling fra klagers arbeidsgiver, var klager i den tro at beløpet var en etterbetaling av lønn, og disponerte beløpet til alminnelige innkjøp. Nemnda antar derfor at tilsvarende synspunkter som ved lønnsutbetalinger kan gjøres gjeldende.»³¹⁸

Momentet benyttes normalt i favør oppgjørshensynet, men kan også benyttes motsatt vei, se FKN-2009-319 hvor det ble fremhevet «at det ikke dreier seg om en type utbetaling som forsikrede på forhånd kunne basere seg på til livsopphold og forsørgelse, slik tilfellet er med krav på lønn o.l.». ³¹⁹

7.3.9. Forbehold

7.3.9.1. Utgangspunkter

Det kan være praktisk at betaleren tar forbehold om et senere restitusjonskrav. Slike reservasjonserklæringer er aktuelt å benytte der det foreligger uenighet, eller bare tvil fra betalerens side, om forpliktelsens eksistens eller størrelse. Ofte vil dette være mer hensiktsmessig fremfor helt å nekte oppfylleelsesplikt, for eksempel for å unngå inkasso, en rettslig prosess, eller at en løpende ytelse som strøm, telefon eller internett blir stoppet.

Utgangspunktet er at betalingsmottakeren ikke har noen plikt til å godta et forbehold som betaleren fremsetter. Det er den underliggende forpliktelse, normalt en avtale, som angir hva

³¹⁸ Se for øvrig om tilbakesøking av lønnsytelser BKN-1991-116, BKN-1995-72, Somb-1986-6, Somb-1997-68 og Somb-2009-2194. Om tilbakesøking av pensjon og sosiale ytelser, se FSN-5624, FSN-6509, FSN-6672 og Somb-2008-101.

³¹⁹ Sml. også FSN-7161.

som skal oppfylles. Oppfyllelshandlingen skal bare materialisere den allerede etablerte forpliktelse. Betaleren har derfor som utgangspunkt ikke, uten betalingsmottakerens godkjennelse, anledning til i ettertid å skaffe seg en bedre kontraktsrettslig stilling ved å ta forbehold i forbindelse med oppgjøret.³²⁰ Dersom betalingsmottakeren velger å akseptere forbeholdet, er imidlertid saken som oftest klar. I slike tilfeller har normalt tilbakesøkningskravet sitt grunnlag i denne enighet, jf. punkt 3.3.1.

Dersom det ikke kan konstateres at forbeholdet gir betaleren tilbakesøkningsrett på kontraktrettslig grunnlag, eller at parten av en eller annen årsak ikke anfører et kontraktsrettslig grunnlag for sitt krav,³²¹ vil forbeholdet kunne være et relevant moment i totalvurderingen etter *condictio indebiti* (punkt 7.3.9.2). Dersom forbehold ikke er tatt, vil det være relevant å ta i betraktning om forbehold *burde* vært tatt (punkt 7.3.8.3).

7.3.9.2. Forbehold er tatt³²²

Situasjonen kan være at betalingsmottakeren hverken uttrykkelig har godtatt eller uttrykkelig har avvist et forbehold, men bare passivt har mottatt ytelsen. Oppfyllelsen er da ikke tilbudt som en betingelsesløs ytelse, men som en ytelse med forbehold. En mottakelse vil da kunne anses som en aksept som dekker både den faktiske ytelse, og det tilhørende forbehold. Et utgangspunkt må trolig være at betalingsmottakeren er bundet dersom han velger å motta en ytelse til tross for et forbehold.³²³ Dette utgangspunkt må imidlertid tåle modifikasjoner.

Den første modifikasjon er at forbeholdet må være tilstrekkelig klart og tydelig. I den ene enden av skalaen har man de «klare» forbehold, som normalt medfører kontraktrettslig binding, jf. punkt 3.3.1. Selv om det ikke konstateres tilbakesøkningsrett på slik grunnlag, vil normalt et klart forbehold få stor betydning som moment ved *condictio indebiti*, jf. Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen):

«Men for meg er det avgjørende, at de ankende parter i begynnelsen av 1991 avga uttrykkelige reservasjonserklæringer i tilknytning til avgiftsbetalingen.»³²⁴

I saken fikk betalerens forbehold avgjørende betydning.

³²⁰ ARNHOLM 1938 s. 201.

³²¹ Her kan saken være slik at domstolene har plikt til materielle prosessledelse, jf. tvisteloven (lov 90/2005) § 11-5.

³²² Dette må ikke forveksles med at noen forfattere har forsøkt å begrunne reglene om *condictio indebiti* med et underforstått forbehold, se punkt 2.2 og særlig STANG 1897 s. 77ff.

³²³ ARNHOLM 1938 s. 203 og BERGSÅKER 2011 s. 302.

³²⁴ Rt. 1997 s. 1210 på s. 1216.

I den andre enden av skalaen har man de «uklare» forbehold. Rutinemessige standardfraser, for eksempel «S.E. & O.» (*salvo errore et omissione*) eller «med forbehold av feiltakelser eller utelatelser», inntatt på blant annet lønnslipper og lignende, bør sjeldent tillegges vekt. I Rt. 1928 s. 579, som gjaldt tilbakesøking av for mye ilignet krigskonjunkturskatt, ble det blant annet påpekt at «en nøken « protest » uten angivelse av, hvilke omstændigheter med hensyn til skattebeløpene den refererer sig til», ikke var tilstrekkelig for å hjemle et tilbakesøkingsskrav.³²⁵ Det sentrale er at slike forbehold ikke gir noe varsel til betalingsmottaker at nettopp dette konkrete krav er usikkert. Som KRÜGER har uttalt, bør slike forbehold bare tillegges vekt i den grad de «røkker mottagerens ellers gode tro med hensyn til kravshjemmelen».³²⁶

I en mellomstilling kommer de forbehold som kan ses på som et varsel. Standpunktet i teorien synes å være at så fremt det ikke fremgår klart av forbeholdet at betalingsmottakeren forplikter seg til å yte restitusjon ved innfrielse av en ikke-forpliktelse, så innebærer forbeholdet i høyden et «forhåndsvarsel» om et eventuelt krav.³²⁷ Ser man slike forbehold i sammenheng med dem jeg har omtalt som rutinemessige standardfraser, vil et ledende synspunkt være at momentet bare bør tillegges vekt i vurderingen der forbeholdet gir en oppfordring til å bedømme nettopp denne konkrete betalingen som usikker. Illustrerende er Rt. 1995 s. 1641 (Torson), hvor det ble fremhevet «at det ble tatt et - riktignok noe uklart - forbehold ved utbetaling».³²⁸ Også i Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger) bemerket Høyesterett at forbeholdet var «nokså forsiktig formulert».³²⁹ Selv om det ikke var tatt et klart forbehold i de to avgjørelsene, ble det likevel tillagt vekt i favør av tilbakesøking.

Hvis det ikke foreligger noe «uttalt» forbehold fra betalerens side, kan det likevel hende *mottakeren forstod eller burde forstått at oppfyllelsen var av foreløpig karakter*. I Rt. 2010 s. 816 (avsnitt 59) uttalte førsteavoterende som talsmann for flertallet (dissens 3-2):

«Og omsynet til at betalinga eventuelt var av førebels karakter, går etter mitt syn naturleg inn i dei vurderingane som må gjerast etter læra om *condictio indebiti*.»

³²⁵ Rt. 1928 s. 579 på s. 580.

³²⁶ KRÜGER 1984 s. 318. Tilsvarende BERGSÅKER 2011 s. 269.

³²⁷ HAGSTRØM 2011 s. 214 og BERGSÅKER 2011 s. 269.

³²⁸ Rt. 1995 s. 1641 på s. 1650.

³²⁹ Rt. 1998 s. 989 på s. 1002.

Avgjørelsen gjaldt blant annet to kraftselskaps på krav tilbakebetaling av konsesjonsavgift overfor en kommune. Høyesteretts flertall la stor vekt på at betalingene skulle være av foreløpig karakter og således gjenstand for senere korreksjon:

«Det var etter ordninga for konsesjonskraft slik at dette var mellombels betalingar. ... Dette er omstende som i seg sjølv talar sterkt for ei plikt til korreksjon når dei endelege avgiftssummane vart fastlagde.»³³⁰

Den andre modifikasjon er at betaleren, selv om han har tatt gyldig forbehold, må reise kravet innen rimelig tid etter at han oppdaget at det foreligger en oppfyllelse av ikke-gjeld. I Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen-dommen) uttalte førstevoterende:

«Det vil være begrenset hvor lang tid en reservasjonserklæring skal tillegges vekt, dersom den ikke følges opp av rettslige skritt. Etter omstendighetene antar jeg at de tre år som gikk fra erklæringen ble innsendt og til stevning ble inngitt, ikke er for lang tid, selv om man her nok står overfor et grensetilfelle.»³³¹

Uttalelsen er for så vidt også illustrerende for hvordan tilstedeværelse av forbehold får innvirkning på tidsmomentet, jf. det som er sagt under punkt 7.3.6.

7.3.9.3. Forbehold burde vært tatt

Der betaleren vet at kravet er uholdbart, eller bare er i tvil, vil alminnelige lojalitetssynspunkter tilsi at han opplyser betalingsmottakeren om at det kan bli aktuelt å korrigere oppgjøret. Momentet innebærer en «aktsomhetsvurdering», og det kan i noen grad vises til punkt 7.3.3.2.

Særlig fremtredende var momentet i eldre rettspraksis. Etter oppfatning som ble lagt til grunn i Rt. 1927 s. 237 og en rekke etterfølgende dommer i skattesaker, måtte «det regelmessig oppstilles som en betingelse for tilstedelse av tilbakesøknings utenfor det felt som omfattes av byskattelovens § 104, at et saadant forbehold skjer over for skattemyndighetene naar betaling finner sted», jf. Rt. 1933 s. 323 på s. 325.³³² En slik streng linje er neppe holdbar i dag. Vurdering vil være konkret, og det er ikke slik at manglende forbehold uten videre får avgjørende betydning, selv om det er på det rene at betaleren visste at kravet var uholdbart. Dette kom særlig klart frem i Rt. 1988 s. 556, hvor det ble uttalt:

³³⁰ Rt. 2010 s. 816 avsnitt 62.

³³¹ Rt. 1997 s. 1210 på s. 1216.

³³² Se for øvrig Rt. 1927 s. 237, Rt. 1927 s. 1052, Rt. 1928 s. 34, Rt. 1928 s. 1155, Rt. 1929 s. 177 og Rt. 1930 s. 764.

«Jeg kan videre ikke se at Rogalandsbanken har tapt sin rett til å gjøre tilbakesøkingsskravet gjeldende ved at det ikke er tatt noe uttrykkelig forbehold ved innløsningen eller som følge av utvist passivitet.»³³³

Det forelå her øvrige momenter, blant annet ond tro hos betalingsmottakeren, som gjorde at fraværet av forbehold fikk mindre betydning. Det må videre antas at det i denne saken var upraktisk å ta forbehold ved betalingen, ettersom det blant annet ble vist til at et «forbehold kunne dessuten ført til at Aktuell [betalingsmottakeren] nektet å overføre obligasjonen».³³⁴ Det kan også vises til Rt. 1934 s. 33 hvor et forsikringsselskap så seg nødt til å foreta en forsikringsutbetaling til en skipseiers bank, da de ikke evnet å skaffe til veie bevis for sine sterke mistanker om svindel fra forsikringstakers side. Også i et slikt tilfelle må det antas å være lite praktisk med et forbehold som i realiteten vil innebære en udokumentert antydning om kritikkverdige forhold, sml. det som er sagt under punkt 7.3.2.4 (ii).

7.3.10. Noen øvrige momenter

7.3.10.1. Gjelder feiloppfyllelsen forpliktelsens eksistens eller omfang?

Sammenlignet med tilfellet der det er betalt for mye, er det større grunn til å innrømme tilbakesøking dersom kravet allerede er blitt betalt (dobbelbetaling), eller dersom feiloppfyllelsen gjelder et krav som ikke eksisterer. Betaleren vil ofte bli hardere rammet dersom oppgjøret skulle forbli endelig i slike tilfeller. I Rt. 2001 s. 1580 fremhevet førstevoterende dette uttrykkelig som et viktig argument:

«Eit neste moment er at det ikkje i det heile låg føre betalingsplikt for burettslaget. Også i ein slik situasjon må *korreksjonsomsynet ha stor vekt.*»³³⁵ (min uth.)

Fra praksis i Bankklagenemnda kan det vises til BKN-1990-16 (dobbel lønnsutbetaling), BKN-1991-79 (dobbel utbetaling av barnetrygd) og BKN-1994-9 (dobbel utbetaling av sykepenger). I samtlige saker ble tilbakesøking godtatt.

Dersom feilen derimot knytter seg til ytelsens omfang, vil det være av betydning hvilket avvik som foreligger fra riktig oppfyllelse. Jo nærmere overoppfyllelsen nærmer seg en «dobbelbetaling», jo større grunn er det til å godta tilbakesøkingsskravet.

³³³ Rt. 1988 s. 556 på s. 561.

³³⁴ Rt. 1988 s. 556 på s. 559 (bankens anførsler).

³³⁵ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1586.

7.3.10.2. Betaleren innfrir overfor feil betalingsmottaker

Dersom A oppfyller overfor B i villfarelse om at det var B som var rett kreditor, mens det i realiteten var C, må normalt restitusjon kunne kreves.³³⁶ Som regel vil ikke B være i god tro i slike tilfeller, og selv om han er det, vil det ramme A særlig hardt om han i sin helhet må gi fra seg tilsvarende ytelse på ny. Som AUGDAHL fremhevet, vil en nektelse av As tilbakesøkningskrav i slike tilfeller ikke bare «berøve ham en gledelig overraskelse, men å understreke ubehageligheten av den overraskelse at hans gjeld fremdeles består».³³⁷

7.3.10.3. Betaleren innfrir en annen gjeldspost hos samme betalingsmottaker

Det kan tenkes at betaleren ønsker å dekke gjeldspost A, uten å angi dette uttrykkelig, og mottakeren oppfatter at betalingen refererer seg til gjeldspost B. Her kan det sies at selv om betaleren skulle ha et tilbakesøkningskrav i behold, så har jo mottakeren uansett et annet krav i behold, og kan motregne beløpet og således beholde pengene på dette grunnlag. En slik løsning er likevel trolig ikke god. ARNHOLM uttalte om tilfellet:

«Man kan ikke kompensere overalt hvor man ved skjebnens spill har fått sin debtors penger i hende. Og i dette tilfelle vilde der være særlig liten grunn til å tillate motregning.»³³⁸

Tilbakesøking må normalt være utelukket om betaleren innfrir «uriktig» gjeldspost hos en betalingsmottaker i god tro. Dersom mottakeren på den annen side visste eller burde visst at betaleren ønsket å dekke gjeldspost A, f. eks. fordi det var stor beløpsmessig forskjell mellom postene, bør tilbakesøking etter omstendighetene kunne skje.

7.3.10.4. Betaling av foreldet eller prekludert gjeld

Ved foreldelse taper fordringshaveren sin rett til oppfyllelse, og skyldneren er uforpliktet til å innfri, jf. foreldelsesloven § 24 første ledd. Dersom skyldneren likevel innfrir, oppstår spørsmålet om han kan kreve tilbakesøking. Etter Foreldelseskonvensjonen³³⁹ art. 26 er slik tilbakeføring utelukket:

«Dersom debitor oppfyller sin forpliktelse etter utløpet av foreldingsfristen, skal han ikke av den grunn ha rett til å kreve restitusjon (tilbakebetaling eller tilbakelevering), enda om han på oppfyllingstiden var ukjent med at foreldingsfristen var utløpt.»

³³⁶ ARNHOLM 1938 s. 197 og AUGDAHL 1978 s. 402.

³³⁷ AUGDAHL 1978 s. 402.

³³⁸ ARNHOLM 1938 s. 193f.

³³⁹ Konvensjon av 14. juni 1974 om forelding i internasjonale kjøpsforhold.

Konvensjonen gjelder som norsk lov for så vidt gjelder internasjonale kjøpsforhold, jf. foreldelsesloven § 1 annet ledd. Det er videre sikker oppfatning at regelen også gjelder generelt i norsk rett, selv om man her mangler en lovbestemmelse.³⁴⁰

Oppfatning er begrunnet i de hensyn som ligger bak foreldelsesinstituttet, det vil si hensynet til avvikling, innrettelse, trygghet og den bevismessige stilling, samt den generelle tanke at det er uheldig å rippe opp i eldre forhold.³⁴¹ Hensynene berører i en viss grad kreditors interesser, men skal i all hovedsak verne debitor. Da reglenes funksjon er å gi debitor et defensivt vern for å fri seg fra sine forpliktelser, vil det harmonere dårlig dersom debitor (betaleren) offensivt kunne påberope foreldelsesreglene som rettslig grunnlag for et tilbakesøkningskrav.³⁴² Selv om fordringen som sådan faller bort ved foreldelse, kan det likevel sies å foreligge en naturlig eller moralsk plikt, en *obligatio naturalis*, for betaleren til å oppfylle. Mottakeren, selv med kunnskap om loven og det forhold at kravet er foreldet, har således ikke uten videre grunn til å tro at betaling beror på en feiltakelse.

Etter de opprinnelige romerrettslige reglene om *condictio indebiti* var tilbakesøkningskrav alltid utelukket i disse tilfeller.³⁴³ Spørsmålet er om denne ubetingede regel også er gjeldende norsk rett, eller om det kan gjøres unntak.

Et mulig unntak er tilfellet hvor mottakeren var klar over foreldelsen, og til og med skjønne eller burde skjønne at betaleren ikke var det. Her kan det anføres at mottakeren burde ha en lojalitetsplikt til å informere betaleren om forholdet. Man kan tenke seg at avtaleloven § 33 her er anvendelig, se ovenfor i punkt 3.3.2.3. På den annen side bør reglene utformes slik at man skal være tjent med å kjenne til reguleringen. Dersom slik kunnskap på betalingsmottakerens hånd skulle kunne danne grunnlag for et tilbakesøkningskrav, ville man i realiteten straffe den som har kjennskap til reglene, og belønne den uvitende.³⁴⁴ Det kan derfor vanskelig sies at betalingsmottakeren i slike tilfeller handler i strid med redelighet eller god tro.³⁴⁵ I den juridiske teori har det vært hevdet at tilbakeføring bør skje «hvor det er mottageren selv som svikaktig har fått den annen til å tro at fordringen fremdeles

³⁴⁰ Se f. eks. ARNHOLM 1938 s. 176f., AUGDAHL 1978 s. 116 og 401. KRÜGER 1984 s. 311 og 435, RØED 2009 s. 664, KJØRVEN 2011 s. 537, HAGSTRØM 2011 s. 701 og BERGSÅKER 2011 s. 264 og 342f..

³⁴¹ Se f. eks. RØED 2009 s. 50 ff. for en nærmere redegjørelse.

³⁴² KRÜGER 1984 s. 435.

³⁴³ AUGDAHL 1978 s. 410 note 28. Dette skyldes trolig at betalingen er skjedd i rettslig villfarelse.

³⁴⁴ Se KRÜGER 1984 s. 311 som benytter dette argument på motsatt måte: «Regelen er ikke ubetinget rimelig: Den som kan reglene har fordelene.»

³⁴⁵ Se AUGDAHL 1978 s. 116 som også avviser at det kan gjøres unntak på dette grunnlag.

eksisterte».³⁴⁶ Synspunktet er imidlertid ikke videre redegjort for. Det er derfor uklart hvorvidt dette standpunkt viser til de tilfeller hvor det foreligger avtalerettslig ugyldighet, eller om tilbakesøking etter en nærmere rimelighetsvurdering kan finne sted i tilfeller som ligger nært opp mot, men ikke bryter, grensen for ugyldighet.

Etter min mening må det antas at ugyldighetsreglene, særlig avtaleloven §§ 30 og 33, gir betaleren tilstrekkelig vern. Hensynet til en klar og forutberegnelig regulering av et ikke upraktisk typetilfelle som betaling av foreldet gjeld, taler for at adgangen til å påberope *condictio indebiti* i slike tilfeller bør være sterkt begrenset. Ved preklusjon, kan man i stor grad bygge på de samme hensyn, og den samme regel må her gjelde.

7.3.10.5. Betaling før forfall eller før frigjøringstid

Ved betaling før forfallstidspunktet eller før frigjøringstiden, vil korreksjonshensynet normalt stå svakt. Feilen er rent tidsmessig, idet det består en plikt, men som ikke er blitt aktuell. Etter romersk retts forbilde er tilbakesøking i bl.a. tysk rett avskåret der en forpliktelse er innfridd før forfallstid.³⁴⁷

Det må antas at en slik ubetinget regel vil være for skarp etter norsk rett. Det kan tenkes at forfallstidspunktet ligger så langt frem i tid at betaleren risikerer å lide et betydelig likviditets- og rentetap dersom tilbakesøking ikke skulle kunne skje. ARNHOLM benyttet eksemplet om «en statsobligasjon som er blitt innfridd fordi rette vedkommende trodde at den var uttrukket til betaling; i virkeligheten skulde den ikke være innfridd før om tredivet år».³⁴⁸ ARNHOLMS eksempel er nok mindre aktuelt i dag, men poenget består; tilbakesøking kan ikke utelukkes ved innfrielse av obligasjoner og andre forpliktelser hvor det gjenstår en betydelig løpetid.

I de fleste tilfeller vil nok likevel forfallstidspunktet ligge forholdsvis nært, slik at det ikke er grunnlag for å la ytelsene gå frem og tilbake. Forutsetningene for tilbakesøkingskravet vil for alle tilfeller falle bort idet forfallsdagen inntreffer, ettersom det da ikke lenger foreligger et *indebitum*, jf. punkt 6.3. Tilsvarende synspunkter vil gjøre seg gjeldende ved betaling før frigjøringstiden.

³⁴⁶ AUGDAHL 1978 s. 116. Se videre KRÜGER 1984 s. 311 og s. 435, RØED 2009 s. 664, KJØRVEN 2011 s. 537, HAGSTRØM 2011 s. 701 og BERGSÅKER 2011 s. 343 som alle uten nærmere begrunnelse følger opp med tilsvarende unntak som AUGDAHL 1978 oppstiller.

³⁴⁷ USSING 1940 s. 412.

³⁴⁸ ARNHOLM 1938 s. 179.

7.3.10.6. Betalerens mulighet for å oppnå dekning på annen måte

Det kan forekomme at betaleren har mulighet til å dekke sitt krav på annen måte enn gjennom et tilbakesøkingskrav, og det kan da tale mot tilbakesøking at betaleren ikke vil bli særlig rammet ved at oppgjøret forblir endelig.

Rt. 1997 s. 1029 gjaldt et forsikringsselskap A sitt krav om tilbakebetaling av utbetalt forsikringsbeløp overfor et rederi etter skader på et skip. Ved avgjørelse i Gulatings lagmannsrett, LG-1995-940, ble det rettskraftig avgjort at A ikke var skipets assurandør på det tidspunkt som var av betydning for ansvaret, men forsikringsselskap B. Forsikringsselskap A anførte blant annet at tilbakesøking måtte skje, da de i motsatt fall «endelig har dekket et krav som en annen assurandør er ansvarlig for». ³⁴⁹ Høyesterett avviste imidlertid denne argumentasjonen:

«Her vil jeg peke på at det følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold. Det er avskjæring av regress som krever særskilt hjemmel. Jeg viser her til dommer inntatt i Rt-1986-381 og Rt-1993-1018. Ved rimelighetsvurderingen slår disse regler ut i Mofrakts favør.» ³⁵⁰

Rederiet hadde i en verserende sak gått til søksmål mot forsikringsselskap B. Det forhold at betaleren (A) kunne ha et regresskrav i behold dersom rederiet (betalingsmottakeren) vant frem i den verserende sak, talte følgelig for å nekte tilbakesøking.

7.3.10.7. Betalingen har sin bakgrunn i et straffbart forhold

Dersom det ligger et straffbart forhold bak den feilaktige oppfyllelsen, taler gode grunner for å la korreksjonshensynet vinne frem. Mottakeren bør ikke kunne profitere på en straffbar handling.

Rt. 1934 s. 33, Rt. 1985 s. 290 (Birgo) og Rt. 1995 s. 1641 (Torson) føyer seg inn i en rekke dommer der forsikringsselskap retter tilbakesøkingskrav overfor panthaver som har fått oppgjør etter en utbetaling med bakgrunn i forsikringsbedrageri.

I Rt. 1934 s. 33 fremhevet to voterende:

³⁴⁹ Rt. 1997 s. 1029 på s. 1036.

³⁵⁰ Rt. 1997 s. 1029 på s. 1036.

«Naar en innbetaling av et beløp skyldes svik og det ikke ellers vilde ha vært noget grunnlag for innbetalingen, finnes sterke grunner at tale for at tilstede den, som har erlagt betaling i den villfarende tro dertil at være forpliktet, at ha tilbakesøkningskrav hos mottageren uansett dennes gode tro ialfall for den berikelse som er innvunnet ved betalingen og som mottageren fremdeles maatte sitte inne med.»³⁵¹

I Rt. 1985 s. 290 (Birgo) ble det fremhevet til støtte for tilbakesøking at «utbetalingen til de to ankende parter skyldtes forsikringstakerens forbryterske forhold».³⁵² Rt. 1995 s. 1641 bygger i stor grad på Rt. 1985 s. 290. Høyesterett la til grunn at forliset var forsettlig fremkalt, og konkluderte under henvisning til 1985-dommen at utbetalingen kunne kreves tilbake. I Rt. 1998 s. 989, omtalt under punkt 7.3.2.4 (iv), hadde feiloppfyllelsen sin bakgrunn i fullmaktmisbruk (underslag) av en bankkonto. Førstevoterende fremhevet at det er «større grunn til å la ein slik situasjon falle inn under dei ulovfesta reglane om tilbakeføring enn det er for dei tradisjonelle villfaringstilfella».³⁵³ Det ble videre uttalt:

«Sjølv om det etter rettspraksis skal skje ei konkret vurdering for kvart tilfelle under omsyn til kva som er rimeleg, må det såleis kunne takast utgangspunkt i at det i sterk grad talar for gjenoppretting at betalinga har skjedd ved ei kriminell handling. Rettspraksis viser også at krav om tilbakebetaling har stått sterkt ved strafflagde handlingar, jf. Rt-1985-290 og Rt-1995-1641.»³⁵⁴

Uttalelsene må tolkes slik at det forhold at betalingen har sin bakgrunn i en kriminell handling, er et sterkt moment for at tilbakesøking skal skje. Unntak kan likevel tenkes, hvilket Høyesteretts gjennomgang av ulike momenter for og imot tilbakesøking illustrerer.

7.4. Sammenfatning og noen overordnede betraktninger

Etter gjennomgangen av vurderingstema, hensyn og momenter, skal jeg her forsøke å foreta en oppsummering og sammenfatning av gjeldende rett for innholdet i *condictio indebiti*.

Så fremt reglene om *condictio indebiti* kommer til anvendelse (jf. kapittel 6), beror det på en konkret helhetsvurdering under hensyn til rimelighet om tilbakesøking skal skje eller ikke, jf. punkt 7.1. Dette er det overordnede vurderingstema.

Som vist i punkt 7.2, vil oppgjørshensynet og korreksjonshensynet være styrende for den vurderingen som skal foretas. I sin generelle form gir hensynene likevel liten veiledning. En uttalelse fra Sivilombudsmannen er her illustrerende:

³⁵¹ Rt. 1934 s. 33 på s. 35.

³⁵² Rt. 1985 s. 290 på s. 294.

³⁵³ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1586.

³⁵⁴ Rt. 2001 s. 1580 på s. 1586.

«Hensynene er av overordnet karakter, og har liten konkret betydning ut over i noen grad å styre avveiningen av den konkrete rimelighetsvurderingen som må foretas.»³⁵⁵

Slik også praksis fra Høyesterett gir anvisning på, er det følgelig ikke de grunnleggende hensyn, men de vurderingsmomenter som gjør seg gjeldende i den konkrete sak som får avgjørende betydning for om tilbakesøking etter reglene om *condictio indebiti* skal skje eller ikke.

De sentrale momenter som kan utledes av kildematerialet er behandlet i punkt 7.3. Oppregningen tar ikke sikte på å være uttømmende, og det er også slik at momentene i ulik grad er overlappende. Det er vanskelig å si noen om de enkelte momenters *alminnelige* vekt, da dette normalt vil bero på individuelle forhold og hvilke øvrige momenter som gjør seg gjeldende. Dette medfører nok at det ofte oppleves som vanskelig å forutse utfallet av en sak vedrørende *condictio indebiti*.³⁵⁶

Denne usikkerhet kan likevel reduseres ved å antyde visse tendenser på bakgrunn av den analysen som er foretatt av kildematerialet. Dette både hva gjelder hvilke momenter som normalt gjør seg gjeldende i hvilke situasjoner, og hvilken styrke momentene etter omstendighetene kan ha. I det følgende skal jeg forsøke å antyde noen slike tendenser. Det er likevel viktig å bemerke at det ikke er annet enn antydninger.

For den nærmere vurderingen vil blant annet årsaken til feiloppfyllelsen kunne få innflytelse for hvilke momenter som gjør seg gjeldende, jf. punkt 7.3.1. Der årsaken er en villfarelse (tilfellegruppe 1), vil det være aktuelt å bedømme om det foreligger en faktisk eller rettslig villfarelse, og om betaleren kan unnskyldes for denne. Hvis årsaken er en data- eller inntastingsfeil (tilfellegruppe 2), vil det være aktuelt å vurdere om betaleren burde unngått feilen. I begge tilfellene er det altså aktuelt å vurdere betalerens onde tro. Hvis betaleren burde unngått feiloppfyllelsen, er dette normalt et viktig moment i favør å nekte tilbakesøking, jf. punkt 7.3.3.2. Der betaleren har innfridd med kunnskap om den manglende forpliktelse (tilfellegruppe 3), er det derimot mindre aktuelt å vurdere betalerens subjektive forhold, da han i slike tilfeller i realiteten uansett er i ond tro.

³⁵⁵ Somb-2008-101.

³⁵⁶ Sml. KJØNSTAD 2011 s. 162.

For samtlige tre tilfellegrupper er det imidlertid aktuelt å vurdere betalingsmottakerens onde tro. Ettersom mottakeren i villfarelsestilfellene ofte har blitt påvirket av tilsvarende villfarelse som betaleren, jf. punkt 7.3.2.3, er det nok større grunn til å anta at mottakeren er i god tro i disse tilfellene, enn i tilfellegruppe (2) og (3). Hvis det konstateres ond tro hos mottakeren, vil dette være et særlig tungtveiende moment for å godta tilbakesøking, se punkt 7.3.3.3. Hvis det i tillegg foreligger god tro på betalerens hånd, styrkes momentets vekt. Den motsatte kombinasjon, ond tro hos betaleren og god tro hos betalingsmottakeren, taler derimot med styrke for å nekte tilbakesøking. Hvis det foreligger ond tro hos begge parter, svekkes momentet.

Ved fraværet av ond tro hos partene, vil et moment være om en av partene rent objektivt har gitt anledning til feilen, eventuelt om det for øvrig er rimelig å la risikoen for feilen gå ut over denne part, jf. punkt 7.3.4. Videre vil partens profesjonalitet ofte være et relevant moment, særlig der partene har ulik grad av profesjonalitet, jf. punkt 7.3.5. Momentet får ofte innflytelse på øvrige momenter. Eksempelvis bør det stilles større aktsomhetskrav for profesjonelle parter (jf. punkt 7.3.3), og det kan ofte være rimelig å la feilen gå ut over en ressurssterk part (jf. punkt 7.3.4).

Tiden som har gått og graden av innrettelse på betalingsmottakerens hånd, er momenter som nesten alltid vil ha vekt enten i favør eller disfavør av å godta tilbakesøking, jf. punkt 7.3.6 og 7.3.7. Tilbakesøkingsskravet bør reises innen rimelig tid etter at betaleren fikk eller burde fått kunnskap om feiloppfyllelsen, jf. punkt 7.3.6.2. Uavhengig av slik kunnskap, vil tiden som har gått av rent objektive grunner tillegges vekt, jf. punkt 7.3.6.3. Lang tid taler for å nekte tilbakesøking, mens kort tid taler for å innrømme tilbakesøking. Tilsvarende gjelder for betalingsmottakerens innrettelse; jo større grad av innrettelse (i god tro), jo større grunn til å avskjære tilbakesøking. Dersom mottakeren derimot ikke har innrettet seg, f. eks. fordi han ikke vet at han har mottatt ytelsen, taler dette for tilbakesøking.

Undertiden har betaleren tatt forbehold om et senere tilbakesøkingsskrav. Normalt vil dette være et viktig moment for å godta kravet, men dette avhenger av hvor klart forbeholdet er og om det er fulgt opp innen rimelig tid, jf. punkt 7.3.9.2. Dersom betaleren har unnlatt å ta forbehold der han burde gjort det, taler dette mot å innrømme tilbakesøking, jf. punkt 7.3.9.3.

I noen tilfeller er svaret ganske klart. Hvor en foreldet eller prekludert fordring er betalt, eller det er betalt før forfall eller frigjøringstid, skal det mye til for å godta tilbakesøking, jf. 7.3.10.4 og 7.3.10.5. Det samme gjelder der feiloppfyllelsen har sin bakgrunn i et straffbart forhold, jf. punkt 7.3.10.7. Slike momenter er normalt svært retningsgivende for vurderingen.

Dersom flere av momentene gjør seg gjeldende, og disse trekker i ulik retning, må noen vike. I slike tilfeller vil det avgjørende være hva som samlet sett er den rimeligste løsning etter at de relevante momenter er vektet og harmonisert. Det må slik sett utvises forsiktighet med å tillegge vurderingsmomentene «egenverdi»; de skal kun tjene som hjelpemidler ved den samlede helhetsvurderingen.³⁵⁷ Det er for så vidt illustrerende at momentene ofte griper over i hverandre. Dette er nettopp et symptom på at de er et fragment av en større sammenheng.³⁵⁸ Til sist blir det en helhetsvurdering under hensyn til rimelighet om betalingen skal bli endelig, eller om tilbakesøking skal skje.

³⁵⁷ Sml. FALKANGER 1999 s. 139 og NYGAARD 1973 s. 69.

³⁵⁸ Sml. NYGAARD 1973 s. 22.

8 Tilbakesøkingens kravets omfang

8.1. Innledning

Temaet så langt har vært knyttet til hvorvidt reglene om *condictio indebiti* kommer til anvendelse, og om kravet skal godtas i det enkelte tilfelle. Spørsmålet i det følgende er, under forutsetning av at parten får medhold i første omgang, hva som er omfanget av tilbakesøkingens kravet.

I forhold til krav som bygger på erstatnings- eller ugyldighetsreglene, hvor det normalt vil bli tale om full restitusjonsplikt, jf. kapittel 3, kan det for krav som bygger på *condictio indebiti* hende at betaleren må tåle reduksjon i mottakerens betalingsplikt. Dette enten på grunn av berikelsesbegrensningen (punkt 8.2) eller fordi betaleren har overveltet kostnaden ved oppfyllelsen på tredjemann (punkt 8.3). Videre kan det tenkes at betalingsplikts omfang øker fordi det må tilkjennes renter på tilbakesøkingens kravet (punkt 8.4).

8.2. Berikelsesbegrensningen

8.2.1. Berikelsesbegrensningens rettslige grunnlag

I den juridiske teori vedrørende *condictio indebiti*, er det antatt at en mottaker i god tro med hensyn til oppfyllelsen ikke kan avkreves mer enn den berikelse han har oppnådd, og som er i behold på det tidspunkt kravet gjøres gjeldende.³⁵⁹

Berikelsesbegrensningen skal imøtekomme betalingsmottakerens interesser slik at han ikke stilles verre (lider noe tap) enn om formuesforskyvningen aldri hadde funnet sted.³⁶⁰

Betalingsmottakeren skal hverken vinne på betalerens feil, men heller ikke tape på den. Det

³⁵⁹ Se STANG 1897 s. 89, ARNHOLM 1938 s. 208, USSING 1940 s. 412, AUGDAHL 1978 s. 403, TORVUND 1997 s. 107, HAGSTRØM 2011 s. 710 og BERGSÅKER 2011 s. 275. Slik var den romerrettslige regulering, se punkt 4.2, og berikelsesbegrensningen er også regelmessig benyttet som målestokk ved utmålingen ulike berikelses- og restitusjonskrav i fremmed rett, se blant annet den østerrikske civillovbok art. 1431ff. og BGB art. 812ff. Det nevnes også at berikelsesbegrensningen er lovfestet for ugyldighetsoppgjør med umyndige (vgml. § 37 annet punktum) og ved omstøtelse etter de «objektive» omstøtelsesregler (dekl. § 5-11 første ledd).

³⁶⁰ Dersom mottakeren var klar over at han mottok en ytelse han ikke hadde rett til plikter han normalt å tilbakebetale hele beløpet. Dette er også løsningen ved restitusjon etter erstatningsrettslige- og avtalerettslige regler, se kapittel 3.

kan imidlertid innvendes at berikelsesregelen i retsteknisk henseende ikke er å foretrekke. Det enkleste ville vært om den mottatte ytelsen i sin helhet måtte restitueres.³⁶¹

Rettspraksis på området gir ikke prinsipiell avklaring. Visse holdepunkter kan likevel utledes. I Rt. 1908 s. 774 ble det av betalingsmottakeren anført at tilbakesøking var utelukket da det ikke forelå noen berikelse.³⁶² Retten tok imidlertid ikke stilling til dette, ettersom det var

«... unødvendig at løse, da det klarligvis maa paahvile Boet at føre Bevis for sin Paastand om, at der af de in confesso værende Indbetalinger ... ikke er resulteret nogensomhelst Berigelse.»³⁶³

Også i Rt. 1934 s. 400 ble det anført at ingen berikelse forelå, og at tilbakesøking blant annet på dette grunnlag var utelukket. Førstevoterende og talsmann for flertall tok imidlertid ikke stilling til spørsmålet, men refererte til Rt. 1908 s. 774, og nøyde seg med å vise til at betalingsmottakeren ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for at berikelsen var mindre enn verdien av det som ble mottatt. Betaleren var følgelig berettiget til å søke hele det feilaktige beløp tilbake. I henhold til rettspraksis er det i hvert fall klart at mottakeren må ha *bevisbyrden* for at berikelsen er mindre enn det betalte beløp.³⁶⁴

De klareste rettskilder til støtte for berikelsesbegrensningen er trolig Rt. 1925 s. 531 og Rt. 1934 s. 33. Førstnevnte gjaldt et tilfelle der et forsikringsselskap ved en feil i et oppgjør hadde betalt for mye erstatning til A. Forsikringen var tegnet i As navn, men det forsikrede vareparti var overdratt til B, som dermed også var berettiget forsikringssummen. Høyesterett betraktet kravet som et berikelseskrav (*condictio indebiti*), og fremhevet at for slike krav gjaldt «den ved kravets fremsættelse forhaandenværende berikelse» hos mottakeren.³⁶⁵ Høyesterett fant enstemmig at tilbakesøking var utelukket overfor A ettersom han ikke satt inne med noen berikelse.

I Rt. 1934 s. 33 avviste fem av syv dommere tilbakesøking på grunnlag av *condictio indebiti*. Tre voterende (dommerne Hanssen, Soldan og Christiansen) stemte for fullstendig frifinnelse på et annet grunnlag, slik at det var unødvendig å ta stilling til spørsmålet om berikelse. To voterende (dommerne Klæstad og Breien) stemte for delvis tilbakesøking svarende til den antatte berikelse på betalingsmottakerens hånd. De siste voterende (dommerne Bade og Aars)

³⁶¹ AUGDAHL 1978 s. 403.

³⁶² Avgjørelsen er omtalt under punkt 4.3.

³⁶³ Rt. 1908 s. 774 på s. 776.

³⁶⁴ Tilsvarende HAGSTRØM 2011 s. 711.

³⁶⁵ Rt. 1925 s. 531 på s. 531.

fant etter en samlet vurdering at banken (betalingsmottakeren) hadde ført tilstrekkelig bevis for at berikelsen var mindre enn verdien av det som ble mottatt. I dette tilfellet var berikelsen null, og tilbakesøking var av den grunn avskåret. Av den foreliggende høyesterettspraksis synes de to dommer å være de eneste tilfellene hvor et tilbakesøkingsskrav er redusert eller falt bort med den begrunnelse at betalingsmottakeren ikke var beriket som følge av oppfyllelsen. I sistnevnte dom fikk imidlertid begrunnelsen ikke flertall, hvilket påvirker avgjørelsens prejudikatverdi.

Mot berikelsesbegrensningen taler Rt. 1938 s. 134. Dommen gjaldt riktignok ikke *condictio indebiti*, men har likevel interesse.³⁶⁶ A hadde fått dom i Høyesterett på erstatning overfor B etter patentinngrep. Etter påstand fra C, ble patentet kjent ugyldig ved en senere høyesterettsdom. B begjærte deretter gjenopptakelse av sin sak og krevde frifinnelse, samt tilbakesøking av erstatningsbeløpet. A gjorde gjeldende at han hadde delt beløpet med en medinteressent D (og han var således bare delvis blitt beriket). Retten fant imidlertid at dette var B uvedkommende:

«Beløpet er tilkjent Auto Lux [A] og er hevet av dets prosessfullmektig. Om pengene er fordelt er uten betydning for Auto Lux's restitusjonsplikt.»³⁶⁷

Ettersom avgjørelsen ikke gjaldt *condictio indebiti*, og siden Høyesterett ikke gikk inn på berikelsesbegrensningen og dens rettslige grunnlag, kan dommen ikke være noe prejudikat for hvorvidt det eksisterer en berikelsesbegrensning i norsk rett hva gjelder omfanget av *condictio indebiti*.³⁶⁸

Ved fraværet av klar høyesterettspraksis, er det naturlig å se hen til øvrige kilder. Det er følgelig illustrerende at berikelsesbegrensningen er lagt til grunn i praksis fra Finansklagenemnda. I BKN-1995-72 er det eksempelvis uttalt:

«Nemnda må da ta stilling til om klager selv om han har vært i aktsom god tro, kan kreves for hele eller deler av beløpet i henhold til læren om *condictio indebiti*. Dette forutsetter imidlertid at klager har blitt beriket, og et eventuelt tilbakesøkingsskrav er begrenset til berikelsen.»

Tilsvarende synspunkter vedrørende berikelsesbegrensningen er lagt til grunn i BKN-1988-5, BKN-1991-95, BKN-1991-104 og BKN-1991-113.

³⁶⁶ ARNHOLM 1938 s. 211 og AUGDAHL 1978 s. 404 note 41.

³⁶⁷ Rt. 1938 s. 134 på s. 136.

³⁶⁸ Slik også ARNHOLM 1966 s. 160.

I lys av det ovennevnte kildematerialet er det nok riktig å legge til grunn at det gjelder en berikelsesbegrensning ved vurderingen av omfanget av tilbakesøkingsskrav som bygger på *condictio indebiti*.³⁶⁹

8.2.2. Nærmere om berikelsen

8.2.2.1. Utgangspunkter

Selv om det legges til grunn at berikelsesbegrensningen er gjeldende rett hva gjelder omfanget av *condictio indebiti*, vil anvendelsen av en slik regel by på problemer av både praktisk og rettslig art. En forutsetning for berikelsesgrensen er at ytelsen helt eller delvis er gått tapt. Problemstillingen er om tapet skal bæres av betaleren eller mottakeren.³⁷⁰ Selve begrepet «berikelse» anvendes i denne sammenheng som en betegnelse på den økonomiske gevinst som er gjenstand for et tilbakesøkingsskrav. Dette er en økonomisk størrelse som skal beregnes etter visse, bestemte prinsipper.³⁷¹

Dette reiser for det første spørsmål om mottakeren overhodet er blitt beriket ved oppfyllelsen (punkt 8.2.2.2). Dersom det konstateres at mottakeren er beriket ved oppfyllelsen, blir det for det andre et spørsmål om berikelsens omfang (punkt 8.2.2.3).

8.2.2.2. Er mottakeren overhodet beriket ved oppfyllelsen?

Saken kan undertiden være slik at mottakeren overhodet ikke er beriket ved mottakelsen av ytelsen. Det kan eksempelvis være at mottakeren ved mottakelsen av ytelsen innfrir en sikkerhet for kravet hos tredjemann.³⁷² Også i andre tilfeller kan berikelsen være lik null. Se for eksempel Rt. 1925 s. 531, omtalt i punkt 8.2.1, hvor ingen berikelse forelå da feilutbetalingen gjaldt en forsikringssum som var tilflytt ny eier av den forsikrede gjenstand. I Rt. 1934 s. 33 la to voterende (dommerne Bade og Aars) til grunn at banken uavhengig av utbetalingen av forsikringsbeløp ville inndrevet beløpet på annen måte, slik at det dermed ikke forelå noen berikelse.

³⁶⁹ Slik også blant annet KJØNSTAD 2010 s. 306 og BERGSÅKER 2011 s. 276.

³⁷⁰ ARNHOLM 1938 s. 209.

³⁷¹ KROKEIDE 1982 s. 417.

³⁷² Sml. punkt 7.3.7, herunder Rt. 1985 s. 290 (Birgo).

Dersom det konstateres at betalingsmottakeren ikke er blitt beriket ved oppfyllelsen, medfører berikelsesbegrensningen at tilbakesøkningskravet etter reglene om *condictio indebiti* er redusert til null.

8.2.2.3. Berikelsens omfang

Dersom det foreligger en berikelse på mottakerens hånd, blir det spørsmål om hvordan denne skal beregnes. Et utgangspunkt er at mottakeren ikke skal settes i en dårligere stilling enn om overføringen tenkes bort. Beregningen avhenger i stor grad av om ytelsen gjelder penger eller fysiske gjenstander, selv om visse retningslinjer vil være felles.³⁷³ Flere av de synspunkter for beregningen som i det følgende skal fremholdes, mangler avklaring i rettspraksis og øvrige kilder, og må således i noen grad betraktes som anbefalinger om hvordan gjeldende rett bør utlegges og anvendes, det vil si *de sententia ferenda*-betraktninger.

(i) Fysiske gjenstander

Dersom tingen er i behold, skal den restitueres. Er tingen gått til grunne hos mottakeren uten at han er å bebreide, vil det ikke lenger foreligge noen berikelse for ham. Det vil uansett være urimelig å la mottakeren bære risiko for det hendelige uhell.³⁷⁴ Stillingen der tingen har gått til grunne som følge av mottakerens ufornuftige eller forkastelige disposisjoner er uavklart. Utgangspunktet er at en person kan foreta seg det han vil innenfor egen formuesfære.³⁷⁵ Men dersom mottakeren vet eller burde vite at han disponerer til skade for opprinnelig betaler, for eksempel på grunn av at restitusjonskravet er fremsatt, bør nok berikelsesbegrensningen ikke komme ham til gode.³⁷⁶ Dersom de ufornuftige eller forkastelige disposisjoner er foretatt i god tro, bør likevel mottakeren få redusert sin tilbakebetalingsplikt.³⁷⁷ Hvis tingen har fått skade, bør nok betaleren få gjenstanden tilbake som den er. Det kan i denne sammenheng trekkes en parallell til reglene i kjøpsloven (lov 27/1988) § 66 første ledd litra a, hvor kjøperens rett til heving og omlevering likevel ikke går tapt dersom årsaken til at det er umulig å tilbakelevere tingen i vesentlig samme stand og mengde ikke beror på kjøperen.

³⁷³ KROKEIDE 1982 s. 425.

³⁷⁴ ARNHOLM 1938 s. 210, VINDING KRUSE 1950 s. 295 og HAGSTRØM 2011 s. 710.

³⁷⁵ KROKEIDE 1982 s. 426.

³⁷⁶ VINDING KRUSE 1950 s. 296 mener mottakeren bare bør «hæfte for forsæt og grov uagtsomhed». Min løsning ligger trolig nær den hos HAGSTRØM 2011 s. 711.

³⁷⁷ Se THOMLE 1913 s. 319f.

Dersom tingen er videresolgt, bør mottakeren restituere nettoutbyttet.³⁷⁸ Dersom mottakeren har hatt utgifter på tingen i forbindelse oppfyllelshandlingen og oppbevaring av tingen, bør han få fradrag for disse.³⁷⁹ Det samme bør gjelde dersom mottakeren har foretatt påkostninger på tingen, uavhengig om de i tilsvarende grad har økt tingens verdi.³⁸⁰

Hvis mottakeren har konsumert eller hatt annen nytte av gjenstanden, bør han nok svare vederlag dersom nytten innebærer en verdiforringelse av gjenstanden. Ofte vil det her foreligge en nytte i form av en besparelse av mottakerens øvrige midler.³⁸¹ Innvunnet nytte i form av avkastning og annet som ikke innebærer verdiforringelse, kan mottakeren trolig ikke være forpliktet til å legge fra seg, sml. prinsippet om godtroende erververs fruktrett.³⁸²

(ii) Pengeytelser

Hvis ytelsen gjelder penger, ville en retts teknisk foretrukket løsning være at hele beløpet måtte restitueres.³⁸³ Hovedregelen i norsk rett er imidlertid at det bare er de midler som er i «behold» hos mottakeren som kan tilbakesøkes.³⁸⁴

En berikelse kan bestå i en unnlatt bruk av øvrige midler (besparelse). Det bør ikke være avgjørende om mottakeren har benyttet «berikelsen» eller sin øvrige formue til utgiftene. Men det må undersøkes om han ikke uansett ville ha hatt slike tilsvarende utgifter. Her må mottakerens økonomiske stilling tas i betraktning. En mottaker med romslig økonomi vil vanskeligere bli hørt med at han har økt sitt forbruk etter mottakelsen av ytelsen, sammenlignet med en fattigere mottaker. Dersom saken bedømmes slik at mottakeren har benyttet ytelsen til vanlig forbruk som likevel ville påløpt, vil berikelsen normalt sies å være i behold. Særlig vil dette gjelde der pengene er «benyttet til fornuftige formål som husleie, elektrisitetsregninger eller telefonregninger».³⁸⁵ Men dersom mottakeren i god tro har tilpasset (økt) sitt forbruk etter feiloppfyllelsen, vil han kunne bli hørt med at han ikke er blitt beriket. Et ledende synspunkt er at jo større utstrekning pengene er brukt til ufornuftige, luksuriøse

³⁷⁸ KROKEIDE 1982 s. 427 og HAGSTRØM 2011 s. 711.

³⁷⁹ ARNHOLM 1938 s. 212.

³⁸⁰ HAGSTRØM 2011 s. 711.

³⁸¹ KROKEIDE 1982 s. 427 og HAGSTRØM 2011 s. 711.

³⁸² Jf. lov 17/1969 om hendelege eieendomshøve § 15.

³⁸³ Slik er regelen i dansk rett, se VINDING KRUSE 1950 s. 293. HAGSTRØM 2011 s. 710 går inn for tilsvarende løsning i norsk rett.

³⁸⁴ KROKEIDE 1982 s. 432 med videre henvisninger. Med «behold» menes ikke at det skal stilles tilsvarende krav som ved spørsmål om vindikasjon av penger, sml. punkt 6.5.3.

³⁸⁵ KROKEIDE 1982 s. 433.

formål, jo mindre vil berikelsen bli.³⁸⁶ Denne regel medfører bevismessige vanskeligheter, men gjennomføringen forenkles likevel ved at bevisbyrden for forbruket påligger mottakeren, og bevisbyrden for at forbruket er innspart påligger betaleren.³⁸⁷

Illustrerende er BKN-1995-72, hvor nemndas flertall fant at mottakeren hadde brukt midler han ellers ville avstått fra:

«Ut fra det opplyste synes klagers privatøkonomi å være beskjedent, og nemndas flertall antar at han har hatt et noe høyere forbruk enn han ellers ville ha hatt. Flertallet viser her til Kjetil Krokeide i TfR-1982-s. 434 som fremholder at "Det vanlige er nå engang at de fleste har en tendens til å bruke det de har til rådighet; en tilfeldig økning av inntektene vil som regel oppveies av et tilsvarende økt forbruk", så det ikke foreligger en berikelse.»³⁸⁸

Det må videre bedømmes om mottakeren har fått noe igjen for det han har brukt. Dersom ytelsen gjaldt penger som er benyttet til f. eks. å kjøpe møbler, er mottakeren blitt beriket gjennom et surrogat, se til illustrasjon mindretallets uttalelser i BKN-1995-72.³⁸⁹ Mindretallet la her vekt på at ytelsen var benyttet til anskaffelse av «varige goder». Mindretallet fant imidlertid at saken kunne stilt seg annerledes dersom «klager som følge av uttaket kjøpte andre eller dyrere møbler enn han ellers ville ha gjort». Da mindretallet kom til at dette ikke hadde skjedd, hadde mottakeren hatt «full nytte av de feilaktige mottatte penger». Illustrerende er også BKN-2001-34, hvor betalingsmottakeren hadde brukt opp hele beløpet til «vanlig forbruk», og det forelå da etter nemndas syn ingen berikelse.

Bevisbyrden for at det ikke foreligger noe berikelse, tilligger som nevnt mottakeren, jf. særlig Rt. 1934 s. 400, jf. Rt. 1908 s. 774. Avgjørelsene illustrerer at det ofte vil være bevismessig vanskelig for mottakeren å påvise at ingen berikelse foreligger. Dette medfører at spørsmålet om tilbakesøking etter *condictio indebiti* normalt blir et spørsmål om alt eller ingenting.³⁹⁰ En annen løsning er skjønnsmessig å fastsette berikelsen, slik det ofte gjøres i nemndspraksis, se blant annet BKN-1988-5, BKN-1990-52, BKN-1991-104, BKN-1991-113 og FSN-7161. Den skjønnsmessige fastsettelsen i slik praksis må nok ses i sammenheng med nemndas behov for en effektiv konfliktløsning. I rettspraksis finnes det så vidt jeg kan se ikke eksempler på tilsvarende fremgangsmåte. Det riktige må trolig være at mottakeren må fralegge den berikelse som retten etter en vurdering av bevisføringen finner mest sannsynlig.

³⁸⁶ KROKEIDE 1982 s. 433 og ARNHOLM 1938 s. 213.

³⁸⁷ THOMLE 1913 s. 313.

³⁸⁸ Tilsvarende synspunkter er lagt til grunn i blant annet FKN-2010-39, FSN-7161, BKN-1990-52, BKN-1991-104, BKN-1991-113 og BKN-2001-34.

³⁸⁹ Tilsvarende KROKEIDE 1982 s. 432.

³⁹⁰ BERGSÅKER 2011 s. 276.

8.3. Må betaleren tåle fradrag for overvelting?

Det kan tenkes at betaleren velter utgiften over på neste omsetningsledd. Det typiske vil være næringsdrivende som forsøker å utligne sine utgifter ved økte priser overfor egne kunder. Problemstillingen som oppstår er om tilbakesøkningskravets omfang helt eller delvis skal reduseres til betalerens faktiske tap, ved at det gjøres fradrag for det overveltede beløp.³⁹¹

I Rt. 2008 s. 738 (KLM) krevde flyselskapet KLM tilbakesøking overfor staten etter at det viste seg at flyseteavgift var innbetalt i strid med EØS-avtalen. Partene var for Høyesterett enige om at tilbakesøking skulle skje, og saken var spisset til å gjelde spørsmålet om kravet skulle begrenses til flyselskapets økonomiske tap ved at det ble gjort fradrag for det beløp selskapet hadde overveltet på passasjerene.

Høyesterett påpekte, i avsnitt 35, at EU-retten gjennom en lang rekke avgjørelser fra EF-domstolen hadde fastsatt tilbakebetalingsplikt for avgifter pålagt i strid med EØS-forpliktelser. EF-domstolen åpnet i tillegg for at nasjonal rett kunne gjøre fradrag for overvelting så fremt staten kunne godtgjøre at overvelting hadde skjedd, samt at det var hjemmel for slik fradrag i nasjonal rett.

Høyesterett uttalte at situasjonen ved *condictio indebiti* i sin tradisjonelle form omhandler gjenoppretting av en formuesforskyvning mellom betaleren og betalingsmottakeren. Førstevoterende påpekte at overveltingssituasjonen er en annen:

«Situasjonen er en annen når det - som her - er spørsmål om å fordele en gevinst som har oppstått fordi betaleren har overveltet hele eller noe av betalingen på andre. Det kan hevdes at man da befinner seg i ytterkanten av hva man vil anse som en tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon.»³⁹²

Selv om *condictio indebiti* ikke tidligere hadde vært benyttet på overveltingsproblematikken, fant Høyesterett under henvisning til det skjønnsmessige vurderingstema som er oppstilt i Rt. 1985 s. 290 og senere høyesterettsdommer, at *condictio indebiti* også kunne være anvendelig i slike situasjoner:

³⁹¹ RAVNKILDE 2001 s. 87 synes for dansk retts vedkommende å tale om et vilkår for anvendelsen av *condictio indebiti* at kravet ikke må være overveltet. Jeg finner det mer naturlig å se overveltingsproblematikken som en del av lærens rettsvirkningsside, ikke vilkårsside. Dette harmonerer med at overveltingsspørsmålet, på samme måte som berikelsesbegrensningen, kan medføre at tilbakesøkningskravet reduseres helt eller delvis.

³⁹² Rt. 2008 s. 738 avsnitt 40.

«Når skjønnstemaet angis så vidt og standardpreget som i de ulovfestede regler om *condictio indebiti*, er det etter min mening naturlig å drøfte spørsmålene i vår sak innenfor denne ramme. ... Jeg legger etter dette til grunn at spørsmålet om fradrag for overvelting må avgjøres ut fra hva som samlet fremstår som rimelig, basert på momenter som tradisjonelt har vært trukket inn i *condictio indebiti*-vurderinger.»³⁹³

Til støtte for synet ble det vist til dansk rettspraksis, som gir hjemmel for fradrag for overvelting.³⁹⁴

Det ble således ikke vist til berikelsesbegrensningen som grunnlag for reduksjon av tilbakesøkningskravet. Retten la i realiteten opp til at tilbakesøkningskravet kunne reduseres på basis av en konkret rimelighetsvurdering, etter de samme hensyn og momenter som kan benyttes ved den vurdering som foretas ved reglens vilkårside, se kapittel 7.³⁹⁵

Etter en konkret rimelighetsvurdering med gjennomgang av de momenter som i den foreliggende sak talte for å gjøre fradrag for overvelting (avsnitt 45-57), kom Høyesterett til at slik fradrag skulle finne sted (avsnitt 58).

MONSEN 2007B har kritisert lagmannsrettens syn (LB-2004-59978) som Høyesterett viderefører, og forkaster *condictio indebiti* som grunnlag for å løse overveltingsproblematikken. I stedet tar han til orde for at det ikke skal gjøres fradrag for overvelting, men at tredjemann skal kunne oppnå kompensasjon gjennom subrogasjon. Hans sentrale innvendig er at begrunnelsen for reglene om *condictio indebiti* er knyttet til berikelsesgrunnsetningen, og dens formål er å utligne en formuesforskyvning der betalingsmottakeren er blitt beriket på bekostning av betaleren. Ved overveltingsspørsmålet er det imidlertid slik at mottakeren blir beriket på bekostning av betalerens kunder (tredjemann), og ikke på bekostning av betaleren.³⁹⁶ Slik sett faller overveltingsproblematikken «på siden av det berikelsesgrunnsetningen omhandler *qua* begrunnelse for læren».³⁹⁷ MONSEN uttaler videre:

«Å benytte nevnte doktriner som grunnlag for å løse overveltingsproblematikken, betegner en pragmatisk orientert innfallsvinkel som medfører risiko for uheldig utvanning av læren om *condictio indebiti* ...»³⁹⁸

³⁹³ Rt. 2008 s. 738 avsnitt 41-42.

³⁹⁴ Jf. blant annet U. f. R. 1994 s. 430, U. f. R. 1994 s. 450.

³⁹⁵ Se for øvrig punkt 8.5 om hvilken betydning dette får for utmålingsspørsmålet i alminnelighet.

³⁹⁶ MONSEN 2007B s. 227.

³⁹⁷ MONSEN 2007B s. 229. Sml. også RAVNKILDE 2001 s. 87.

³⁹⁸ MONSEN 2007B s. 230.

På tross av de betenkeligheter MONSEN her påpeker, åpner Rt. 2008 s. 738 for at *condictio indebiti* etter nærmere omstendigheter kan benyttes for å redusere et tilbakesøkningskrav der kravet er overveltet til tredjemann. Selv om *condictio indebiti* er anvendelig i slike tilfeller, er det ikke dermed sagt at overvelting alltid kan finne sted. Ettersom spørsmålet beror på en konkret rimelighetsvurdering, vil vurderingen kunne slå forskjellig ut etter ytelsens art, hvorvidt partene er offentlige eller private osv. Førstevoterende uttalte om dette i avsnitt 43:

«Rimelighetsvurderingen må ta sitt utgangspunkt i at det her gjelder tilbakebetaling av avgift pålagt næringsdrivende av staten, hvor det kan gjøre seg gjeldende hensyn som ikke gjenfinnes i samme form i tilbakebetalingssituasjoner mellom private.»

Førstevoterende uttaler videre i avsnitt 44:

«Disse forskjellene mellom avgiftsrelatert og annen tilbakebetaling tilsier at det ikke uten videre kan oppstilles en generell regel om betydningen av overvelting, og jeg vil derfor her begrense drøftelsen til avgiftstilfellene.»

Høyesterett fremholder uttrykkelig at det ikke oppstilles noen alminnelig regel om betydningen av overvelting. Avgjørelsens prejudikatverdi for den konkrete avveiningen er således begrenset til overvelting av avgifter og lignende som en privat part er pålagt av staten. Bevisbyrden for at det er skjedd en overvelting, og hvilket omfang denne i så fall skal ha, tilligger betaleren, jf. dommens avsnitt 54.

8.4. Renter på tilbakesøkningskravet?

8.4.1. Forsinkelsesrenter

Forsinkelsesrenteloven (lov 100/1976) gjelder for «pengekrav på formuerettens område», jf. § 1. Reglene om *condictio indebiti* hviler på formuerettslige synspunkter, og anses som et formuerettskrav, uavhengig av om den underliggende fordring ikke er det, jf. f. eks. Rt. 1985 s. 1221.³⁹⁹ Forfallsdatoen er ikke «fastsatt i forveien», og rentene vil derfor først løpe «fra 30 dager etter at fordringshaveren har sendt skyldneren skriftlig påkrav med oppfordring om å betale», jf. § 2 annet punktum. Til illustrasjon, se Rt. 1995 s. 1641 (Torson), hvor Høyesterett kom til at det påløp forsinkelsesrenter etter påkravsregelen på et tilbakesøkningskrav med grunnlag i *condictio indebiti*.

³⁹⁹ Se for øvrig Somb-2000-51, forsinkelseslovens forarbeider NOU 1974:54 s. 77, KRÜGER 1984 s. 320 og HAGSTRØM 2011 s. 592.

8.4.2. Avsavnsrenter

I norsk rett har den tradisjonelle oppfatning vært at krav på renter krever særskilt hjemmel.⁴⁰⁰ Tilsvarende har betaleren ikke uten hjemmel i lov, avtale eller sedvane kunnet kreve renter før påkrav ved tilbakesøkningskrav etter reglene om *condictio indebiti*.⁴⁰¹ I Rt. 2002 s. 71 fremholdt imidlertid Høyesterett at det ikke lenger er «grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel».⁴⁰²

Avgjørelsen gjaldt renter på et erstatningskrav mot en advokat, samt krav på tilbakebetaling av advokatens salær, som følge av heving av advokatoppdraget. Dommen gir prejudikat for å tilkjenne renter på erstatningsgrunnlag, men det er verdt å merke seg at Høyesterett også tilkjente renter på tilbakebetalingskravet, selv om dette i realiteten var et hevingskrav.⁴⁰³ Høyesterett synes imidlertid ikke å være dette skillet bevisst, og omtalte begge krav som erstatningskrav.

Det er usikkert om avgjørelsen gir noen avklaring utover renter på erstatningskrav. Visse uttalelser fra dommen synes å ha generell rekkevidde. Førstevoterende uttalte blant annet at

«... det nok i dag er en allmen oppfatning - også utenfor kommersielle forhold - at rådighet over penger og annen likviditet har en pris, og at det derfor i økende grad både kreves renter av pengefordringer, og erkjennes at renter må betales».⁴⁰⁴

Begge de siterte uttalelser kan tolkes til å peke ut over alminnelig erstatningsrett, og mot rene berikelsesbetraktninger.⁴⁰⁵ HAGSTRØM er skeptisk til å tolke dommen for ytterliggående, og uttaler at «det ville være for dristig å legge til grunn at dommen ved dette åpner for rentekrav på rent berikelsesgrunnlag».⁴⁰⁶ MARTHINUSSEN uttrykker tilsvarende skepsis, og mener avgjørelsen ikke slår fast

«... at den ufrivillige kreditor kan kreve renter; til det er dommen for uklar og preget av misforståelser. Etter avsigelsen av dommen er imidlertid grunnlaget for det tradisjonelle hjemmelskravet for renter så svekket, at jeg ikke lenger kan se at det er grunnlag for å avvise renteplikt på dette grunnlaget».⁴⁰⁷

Selv om visse uttalelser i dommen synes å ha generell rekkevidde, bygger avgjørelsen på erstatningsgrunnlag, og kan neppe tas til inntekt for å tilkjenne avsavnsrenter på rimelighets-

⁴⁰⁰ Se f. eks. KRÜGER 1984 s. 396.

⁴⁰¹ Se f. eks. ARNHOLM 1938 s. 208. Selv om det er noe upraktisk, kan det tenkes at partene har avtalt renter, se BERGSÅKER 2011 s. 64.

⁴⁰² Rt. 2002 s. 71 på s. 76.

⁴⁰³ BERGSÅKER 2002 s. 1, MARTHINUSSEN 2005 s. 121 og HAGSTRØM 2011 s. 606.

⁴⁰⁴ Rt. 2002 s. 71 på s. 77.

⁴⁰⁵ BERGSÅKER 2002 s. 1 og HAGSTRØM 2011 s. 606.

⁴⁰⁶ HAGSTRØM 2011 s. 606.

⁴⁰⁷ MARTHINUSSEN 2005 s. 121f.

eller berikelsesgrunnlag.⁴⁰⁸ BERGSÅKER synes imidlertid å trekke mer vidtgående konsekvenser av dommen, idet han uttaler at «nettopp krav på tilbakebetaling etter læren om *condictio indebiti* [er] ett av de områder hvor krav på avsavnsrenter kan være aktuelt».⁴⁰⁹

Oppfatningene i teorien vedrørende spørsmålet synes altså å være noe sprikende. Likevel finnes det eksempler fra rettspraksis hvor avsavnsrenter er tilkjent for krav etter reglene om *condictio indebiti*. I Rt. 1988 s. 556, omtalt blant annet under 7.3.2.4 (iii), ble betaleren tilkjent avsavnsrenter fra tidspunktet fra feiloppfyllelsen. Grunnlaget for rentekravet synes imidlertid ikke å ha vært bestridt av betalingsmottakeren, og Høyesterett gikk ikke inn på spørsmålet, noe som tilsier at det ikke bør trekkes for vidtgående slutninger fra avgjørelsen.

I Rt. 2010 s. 816, omtalt bl. a. under punkt 1.4 og 7.3.9.2, bidrar med avklaring av spørsmålet. Betaleren anførte under henvisning til Rt. 2002 s. 71 at det måtte tilkjennes avsavnsrenter på tilbakesøkingkravet. Lagmannsretten kom til at det var grunnlag for tilbakesøking både på offentligrettslig (vassdragsreguleringslova) og privatrettslig grunnlag (*condictio indebiti*). Også kravet om avsavnsrenter førte frem for lagmannsretten. Høyesterett kom til at det ikke var offentligrettslig grunnlag for kravet, men mente tilbakesøking kunne skje etter reglene om *condictio indebiti*. Om rentespørsmålet uttalte flertallet (dissens 3-2):

«Spørsmålet om det skal tilkjennast saknadsrente, må i alle fall til ein viss grad vere avhengig av grunnlaget for sjølve hovudkravet. Spørsmålet om tilkjenning av saknadsrente er drøfta i Rt-2002-71. Eg går ikkje inn på diskusjonen om grunnlaget for å tilkjenne saknadsrente, men viser til at dommen gir uttrykk for ei opnare haldning til plikt til saknadsrente enn det som tradisjonelt hadde vore tilfelle.»⁴¹⁰

Flertallet gikk deretter nærmere inn på de hensyn som talte for å tilkjenne avsavnsrente i dette konkrete tilfellet. Herunder ble «omsynet til likebehandling» fremhevet, da betaleren ville vært pliktig til å svare renter dersom tilfellet var at det var betalt for lite avgift. Videre ble det fremhevet at vinningen «tilkjem den som egentleg skulle hatt pengane», og at både betaleren og mottakeren da «blir sette i same stilling» som om oppgjøret var korrekt fra begynnelsen av.⁴¹¹ I en slik situasjon, kunne «ikkje kravet til heimel vere sterkt».⁴¹² Høyesterett konkluderte deretter med at anken fra betalingsmottakeren (kommunen) måtte forkastes, med den følge at betaleren i henhold til lagmannsrettens dom ble tilkjent avsavnsrenter.

⁴⁰⁸ Tilsvarende JDLOV-2005-536.

⁴⁰⁹ BERGSÅKER 2011 s. 277.

⁴¹⁰ Rt. 2010 s. 816 avsnitt 75.

⁴¹¹ Rt. 2010 s. 816 avsnitt 76-77.

⁴¹² Rt. 2010 s. 816 avsnitt 77.

Avgjørelsen ble avsagt under dissens 3-2, men mindretallet uttalte seg ikke om rentespørsmålet. Det forelå ikke hjemmel i lov, avtale eller sedvane for å tilkjenne betaleren avsavnsrenter. Grunnlaget for å tilkjenne avsavnsrenter søkte Høyesterett i ulike reelle hensyn. Etter mitt skjønn gir avgjørelsen grunnlag for å kreve avsavnsrenter på rimelighetsgrunnlag, så fremt en overvekt av hensyn taler for det.⁴¹³ Dette medfører at det kan kreves avsavnsrenter ved krav etter reglene om *condictio indebiti*. De reelle hensyn taler for samme løsning. Likviditet har sin pris, og det er vanlig at det ytes vederlag for kreditt og annen rådighet over annen manns midler. Den som ufrivillig yter kreditt gjennom en *solutio indebiti* lider et avsavnstap. Den som mottar en slik kreditt får på sin side en (ugrunnet) berikelse.

Noe som kan tale mot at Rt. 2010 s. 816 skal forstås i denne retning, er at avgjørelsen, som BERGSÅKER uttaler med henvisning til avsnitt 58 og 59, ligger «i grenselandet mellom foreløpig betaling (betaling a konto) og oppgjørskorreksjon etter læren om *condictio indebiti*».⁴¹⁴ Jeg kan imidlertid ikke se at dette skal svekke avgjørelsens prejudikatsverdi på dette punkt. Høyesteretts flertall avviser at det foreligger kontraktrettslig grunnlag for tilbakesøkingsskravet (avtale om a konto betaling, se ovenfor i punkt 3.3.1), og behandler spørsmålet som en ren *condictio indebitisak*. Det forhold at hensynet til betalingens eventuelle foreløpige karakter benyttes som moment i helhetsvurderingen (sml. punkt 7.3.9.2 ovenfor), kan ikke forandre at Høyesterett på rimelighetsgrunnlag tilkjenner betaleren avsavnsrenter ved et krav etter reglene om *condictio indebiti*.

8.5. Oppsummering

I punkt 8.2 er det påvist at betaleren etter omstendighetene må tåle reduksjon i betalingsmottakerens restitusjonsplikt på grunn av berikelsesbegrensningen. Til gjengjeld, kan det tenkes at betalingsmottakerens restitusjonsplikt øker på grunn av renter på tilbakesøkingsskravet, jf. punkt 8.4.

Det kan i tillegg hende at betalingsmottakernes restitusjonsplikt reduseres fordi betaleren har overveltet sin utgift, jf. punkt 8.3. Rt. 2008 s. 738 åpner for at slik reduksjon kan skje, i alle fall for avgiftstilfellene, etter en konkret rimelighetsvurdering basert på tilsvarende

⁴¹³ Tilsvarende RØSTUM 2011 s. 106.

⁴¹⁴ BERGSÅKER 2011 s. 65f.

vurderingstema og vurderingsmomenter som ved spørsmålet om tilbakesøking skal skje eller ikke, jf. kapittel 7.

Et spørsmål er om dette setter berikelsesbegrensningen i et nytt lys. Spørsmålet om reduksjon eller forøkning av tilbakesøkingskravet har i teori og praksis stort sett vært knyttet til renter og berikelsesbegrensningen. Det kan likevel neppe sies å være utelukket at også konkret rimelighet kan hensyntas ved utmålingen.⁴¹⁵ Illustrerende er RG-1990-526, hvor det ved utmålingen av et tilbakesøkingskrav etter *condictio indebiti* ble lagt til grunn et skylddelingsprinsipp slik skadeerstatningsloven (lov 26/1969) § 5-1 gir anvisning på. Ettersom det forelå ond tro på både betalerens og betalingsmottakerens side, kom retten til at partene skulle bære halvparten av tapet hver. Det syn avgjørelsen gir uttrykk for kan ikke ses å være fulgt opp i øvrig rettspraksis. Synet er på den annen side heller ikke avvist. På øvrige rettsområder om ulovfestede restitusjonskrav har Høyesterett, som MONSEN gir uttrykk for, «lagt til grunn at kravet maksimalt kan utgjøre tilført berikelse, og at det innenfor denne rammen må foretas en konkret rimelighetsvurdering».⁴¹⁶ I tillegg kan det hevdes at det «er noe asymmetrisk over en regel om betalingsplikt som på virkningssiden gir anvisning på et enten eller, mens vilkårssiden gir anvisning på en bred rimelighetsvurdering».⁴¹⁷ Berikelsesbegrensningen kan således trolig bestå sammen med en nærmere utmåling basert på konkret rimelighet, slik Rt. 2008 s. 738 gir uttrykk for.

⁴¹⁵ Sml. MONSEN 2007B s. 225.

⁴¹⁶ MONSEN 2007B s. 226, jf. Rt. 2000 s. 1089.

⁴¹⁷ MONSEN 2007B s. 226.

9 Avslutning

9.1. Sammenfatning og konklusjoner

Avhandlingen har behandlet hvordan de ulovfestede reglene om *condictio indebiti* kan benyttes som rettslig grunnlag for et tilbakesøkningskrav. Med utgangspunkt i de tre overordnede hovedproblemstillinger som er reist i punkt 1.1, er det for det første vist at det må foreligge visse forutsetninger for anvendelsen av *condictio indebiti*, for det andre hvilke hensyn og momenter som inngår i vurderingen av om et krav basert på *condictio indebiti* skal gis medhold, og for det tredje hva som er omfanget av tilbakesøkningskravet.

I tillegg til at det er lenge siden det i rettsvitenskapen har blitt foretatt en bredere og selvstendig behandling av emnet, er avhandlingens aktualitet først og fremst knyttet til den utvikling som har skjedd i rettspraksis, særlig gjennom avgjørelsene inntatt i Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger), Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg), Rt. 2008 s. 738 (KLM) og Rt. 2010 s. 816 (vassdragsregulering). De nevnte avgjørelsene har medført en utvikling med hensyn til reglene om *condictio indebiti*. Det er særlig i tilknytning til de problemstillinger som har oppstått i kjølevannet av avgjørelsene, at avhandlingen kan være et bidrag. Jeg vil i det følgende trekke frem tre av disse bidrag.

For det *første* er det påvist at det tradisjonelle synet om at *condictio indebiti* er forbeholdt de tilfeller hvor feiloppfyllelsen har sin årsak i en villfarelse om betalingspliktens eksistens eller omfang, ikke lenger kan opprettholdes, se punkt 6.4. Reglenes anvendelsesområde er således utvidet slik at *condictio indebiti* er anvendelig, også hvor det ikke foreligger en villfarelse på betalerens hånd. I avhandlingen er mulige årsaker til feiloppfyllelsen blitt eksemplifisert gjennom (1) oppfyllelser som er viljebestemte, men skjedd i villfarelse om betalingsplikt, (2) oppfyllelser som beror på data- eller inntastingsfeil mv. og (3) oppfyllelser som er viljebestemt og bevisste (tilfellegruppe 3). Ettersom anvendelsesområdet for *condictio indebiti* ikke lenger er begrenset til villfarelsetilfellene, er det isteden analysert hvilke årsaker som kan tenkes, og hvordan årsaken kan få innflytelse på den nærmere vurderingen av om kravet skal føre frem, se særlig punkt 7.3.2. En slik tilnæringsmåte er så vidt kjent ikke gjort

av andre forfattere. Siktemålet har vært å bidra til en systematisering av reglene om *condictio indebiti*, herunder den nærmere fremgangsmåte for vurderingen.

Det er for det *andre* påvist at tilbakesøkningskravets omfang kan reduseres, ikke bare på grunn av berikelsesbegrensningen, men fordi betaleren har overveltet kostnaden ved oppfyllelsen på tredjemann, se punkt 8.3. Selv om *condictio indebiti* aldri er benyttet på en slik måte tidligere, åpner Rt. 2008 s. 738 (KLM) for at reglene nå også i en viss utstrekning regulerer og gir svar på overveltingsproblematikken hva gjelder omfanget av *condictio indebiti*.

For det *tredje* vil jeg trekke frem drøftelsen om avsavnsrenter ved krav etter reglene om *condictio indebiti*, se punkt 8.4.2. Det har lenge vært usikkerhet rundt denne problemstilling. Avhandlingen konkluderer med at det på rimelighetsgrunnlag kan kreves avsavnsrenter ved krav etter reglene om *condictio indebiti*, så fremt en overvekt av hensyn taler for det.

9.2. En vurdering av dagens rettstilstand

I forlengelsen av behandlingen av gjeldende rett, er det naturlig å knytte noen merknader til hvorvidt dagens rettstilstand er hensiktsmessig.

Et nærliggende spørsmål som melder seg, er om reglenes vidtgående fokus på konkret rimelighet går på bekostning av borgerens behov for klarhet og forutberegnelighet. Så fremt reglene om *condictio indebiti* kommer til anvendelse (jf. kapittel 6), er spørsmålet overlatt til en konkret helhetsvurdering under hensyn til rimelighet. Det sier seg selv at en slik skjønnsmessig regel både har sine fordeler og ulemper. På den ene siden oppnås større tilpasningsdyktighet, slik at det kan finne sted en fleksibel tilpasning til ulike situasjoner, og i takt med samfunnsutviklingen. På den annen side gis den enkelte dommer et ikke ubetydelig skjønn, hvilket også kan ha sine skyggesider.⁴¹⁸ Fraværet av klar regulering kan videre gå på bekostning av behovet for forutberegnelighet, og bidra til en usikkerhet i rettslivet. Dette kan igjen virke prosesskapende. En hovedregel i den ene eller annen retning, eller en nærmere regulering av praktiske typesituasjoner, eventuelt gjennom lovregulering, vil slik sett være å foretrekke.

⁴¹⁸ FLEISCHER 1998 s. 96.

Dersom en hovedregel skulle oppstilles, måtte dette enten gå ut på at *condictio indebiti* på nærmere betingelser alltid ble innrømmet, eller at *condictio indebiti* på nærmere betingelser alltid ble avskåret. Tankegangen ved en slik retts teknisk løsning er å få en klar, praktisk og lett anvendelig regel som gjennomfører det gjennomsnittlige riktige som en alminnelig regel, vel vitende om at man dermed oppofrer unntakstilfellene.⁴¹⁹ Gjennomgangen av de bakenforliggende hensyn i punkt 7.2, viser imidlertid at både oppgjørshensynet og korreksjonshensynet gjør seg gjeldende med styrke for spørsmålet om *condictio indebiti*. Ved å oppstille en hovedregel i den ene eller annen retning, risikerer man at de bakenforliggende hensyn ikke blir ivaretatt på en adekvat måte i rettsanvendelsen. Spørsmålet er i det hele så vidt nyansert, og de mangfoldige situasjoner som kan henføres under området for *condictio indebiti*, gjør at det vanskelig kan oppstilles faste regler for spørsmålet sin alminnelighet, uten at dette går på bekostning av et rimelig resultat i det enkelte tilfellet.⁴²⁰

⁴¹⁹ Se VINDING KRUSE 1950 s. 217, som omtaler dette som «retts teknikkens pris».

⁴²⁰ Slik også AUGDAHL 1978 s. 401 og HAGSTRØM 2011 s. 705.

Kilder

Forarbeider

Ot.prp.nr.63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

NOU 1974:54 Renter ved forsinket betaling mv

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Mekling og rettergang i sivile tvister

Ot.prp.nr.83 (2004-2005). Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav

Høyesterettspraksis

Rt. 1836 s. 627

Rt. 1838 s. 457

Rt. 1850 s. 612

Rt. 1852 s. 252

Rt. 1863 s. 550

Rt. 1870 s. 773

Rt. 1871 s. 33

Rt. 1874 s. 466

Rt. 1877 s. 481

Rt. 1895 s. 203

Rt. 1908 s. 774

Rt. 1910 s. 359

Rt. 1911 s. 488

Rt. 1911 s. 849

Rt. 1914 s. 384

Rt. 1917 s. 1417

Rt. 1921 s. 415

Rt. 1923 s. 92 (Garonne)

Rt. 1925 s. 417

Rt. 1925 s. 531

Rt. 1927 s. 237 (Amerikalinjens skattesak)

Rt. 1927 s. 814

Rt. 1927 s. 1052

Rt. 1928 s. 20

Rt. 1928 s. 34

Rt. 1928 s. 579

Rt. 1928 s. 1004

Rt. 1928 s. 1155

Rt. 1929 s. 177

Rt. 1929 s. 221

Rt. 1929 s. 604

Rt. 1929 s. 947

Rt. 1929 s. 1052

Rt. 1930 s. 61

Rt. 1930 s. 764

Rt. 1931 s. 190

Rt. 1932 s. 145

Rt. 1933 s. 323

Rt. 1933 s. 1009

Rt. 1934 s. 33

Rt. 1934 s. 400

Rt. 1935 s. 1079

Rt. 1938 s. 134

Rt. 1938 s. 207

Rt. 1954 s. 772

Rt. 1969 s. 572

Rt. 1977 s. 1035 (sykejournaldommen)

Rt. 1979 s. 69 (KØFF)

Rt. 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank)

Rt. 1984 s. 248

Rt. 1985 s. 290 (Birgo)

Rt. 1985 s. 1221

Rt. 1988 s. 556 (Aktuell)

Rt. 1995 s. 1641 (Torson)

Rt. 1996 s. 994

Rt. 1997 s. 1029

Rt. 1997 s. 1210 (Paul Jensen-dommen)

Rt. 1998 s. 989 (Fearnley & Eger)

Rt. 2000 s. 1089
Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg)
Rt. 2002 s. 71

Rt. 2008 s. 738 (KLM)
Rt. 2010 s. 816 (Vassdragsregulering)

Underrettspraksis

RG-1969-298
RG-1990-526
RG-1995-1290
RG-1999-220

LB-1994-1443
LB-2001-945
LB-2004-59978
LA-2009-73348-2

Utenlandsk rettspraksis

U. f. R. 1923 s. 69
U. f. R. 1994 s. 430

U. f. R. 1994 s. 450
NJA 1994 s. 177

Sivilombudsmannens uttalelser

Somb-1986-6
Somb-1997-68
Somb-2000-51

Somb-2001-22
Somb-2008-101
Somb-2009-2194

Uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-1987-3792
JDLOV-2005-536

Finansklagenemnda, Bankklagenemnda og Forsikringsklagenemnda

BKN-1988-5
BKN-1990-16
BKN-1990-52
BKN-1991-79
BKN-1991-95
BKN-1991-104
BKN-1991-113
BKN-1991-116
BKN-1994-9
BKN-1995-72
BKN-1996-34
BKN-1998-19
BKN-1999-24

BKN-2001-34
BKN-2001-74
BKN-2010-74
FSN-3986
FSN-4009
FSN-5624
FSN-6500
FSN-6509
FSN-6672
FSN-7161
FKN-2009-319
FKN-2010-39

Litteratur

- ANDENÆS 2009 Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009)
- ANDENÆS 1999 Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 2. utgave (Oslo 1999)
- ARNHOLM 1938 Arnholm, Carl Jacob, *Streiftog i obligasjonsretten* (Oslo 1938)
- ARNHOLM 1966 Arnholm, Carl Jacob, *Privatrett III. Almindelig Obligasjonsrett* (Oslo 1966)
- AUGDAHL 1978 Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utgave (Oslo 1978)
- BERGSÅKER 2002 Bergsåker, Trygve, ”Pengekravsrett – Renter uten hjemmel”, *Nytt i privatretten nr. 1 2002 s. 1-2*
- BERGSÅKER 2010 Bergsåker, Trygve, ”Condictio indebiti og annen tilbakesøking: Vindikasjon eller obligatorisk krav?”, *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs*, 2010 s. 15-20
- BERGSÅKER 2011 Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)
- BERNT OG DOUBLET 1998 Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring* (Bergen 1998)
- ECKHOFF 2001 Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)
- FALKANGER 1999 Falkanger, Aage Thor, *God tro* (Oslo 1999)
- FLEISCHER 1998 Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode* (Oslo 1998)
- GJELSVIK 1897 Gjelsvik, Nikolaus, *Den norske privatrets lære om vildfarelsens indflydelse paa retshandlers gyldighet* (Kristiania 1897)
- GIERTSEN 2006 Giertsen, Johan, *Avtaler* (Bergen 2006)
- HAGERUP 1885 Hagerup, Francis, ”Om principperne for conditio indebiti”, *Norsk Rettstidende* 1885 s. 245-253
- HAGERUP 1894 Hagerup, Francis, ”Anmeldelse av Jul. Lassens Haandbog i Obligationsretten”, *Tidsskrift for Rettsvidenskap* 1894 s. 32
- HAGSTRØM 2011 Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)
- HALLAGER 1879 Hallager, Georg Frederik, *Den norske obligationsret I og II*, 2. utgave ved L.M.B. Aubert (Christiania 1879)
- HAMBRO 1921 Hambro, Edward, *Den romerske obligationsrets specielle del* (Kristiania 1921)
- HAMBRO 1925 Hambro, Edward, ”Kan det siges, at conditio indebiti ikke hører hjemme i norsk ret?”, *Norsk Rettstidende* 1925 s. 561-562
- HELLNER 1950 Hellner, Jan, *Om obehörig vinst. Särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning* (Uppsala 1950)
- HOV OG HØGBERG 2009 Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett* (Oslo 2009)
- HULT 1952 Hult, Phillips, *Juridisk debatt* (Uppsala 1952)

- INGSTAD 1920 Ingstad, M. og Edward Hambro, *Den romerske obligationsrets almindelige del – delvis under sammenligning med norsk ret* (Kristiania 1920)
- KARLGREN 1940 Karlgren, Hjalmar, "Kvittning ock conductio indebiti", *Svensk juristtidning* 1940 s. 331-341
- KINANDER 2002 Kinander, Morten, "Skaper Høyesterett ny rett?" *Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard*, 2002 s. 281-296
- KJØNSTAD 2011 Kjønstad, Asbjørn, "Motregning og tilbakebetaling av pengekrav, i obligasjonsretten og i trygderetten", *Jussens Venner* 2011 s. 131-164
- KJØRVEN 2011 Kjørven, Marte Eidsand mfl., *Foreldelse av fordringer* (Oslo 2011)
- KROKEIDE 1982 Krokeide, Kjetil, "Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1982 s. 353
- KRÜGER 1984 Krüger, Kai, *Pengekrav*, 2. utgave, (Bergen 1984)
- LILLEHOLT 1999 Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave (Oslo 1999)
- LILLEHOLT 2003 Lilleholt, Kåre, *Når rettskjeldene bryt med systemet i privatretten*, publisert på nett 2003 (<http://folk.uio.no/kaareli/Publisering/Systemet.htm> sist sjekket mai 2012)
- JUL. LASSEN 1880 Lassen, Jul., *Handlinger paa fremmed Forueretsomraade i romersk og dansk Ret. Et Bidrag til Læren om Retsforhold, der i almindelighed betegnes som hverken udspringende af Retshandel eller af Retsbrud* (Kjøbenhavn 1880)
- JUL. LASSEN 1889 Lassen, Jul., "Om Betingelserne for Tilbagesøgning af Ydelser, der er erlagte i urigtig Formening om Skyld, med særligt Hensyn til dansk Retspraxis", *Ugeskrift for Retsvæsen* 1889 s. 1-32
- JUL. LASSEN 1897 Lassen, Jul., *Obligasjonsrettens Specielle Del* (København 1897)
- MARTHINUSSEN 2005 Marthinussen, Hans Fredrik, "Krever renter hjemmel i lov, avtale eller sedvane?", *Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet 2005 s 113-123*
- MONSEN 2005 Monsen, Erik, "Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag", *Jussens Venner* 2005 s. 157-196
- MONSEN 2007A Monsen, Erik, *Berikelseskrav* (Bergen 2007)
- MONSEN 2007B Monsen, Erik, "Fradrag for overvelting ved utmåling av erstatnings- og tilbakesøkingskrav?", *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2007 s. 195-223
- MONSEN 2008 Monsen, Erik, "Uberettiget berikelse som grunnlag for betalingskrav (no.), Uberettiget berigelse (obehørig vinst) som grundlag for betalingskrav", *Det 38. nordiske Juristmøte* 2008 s. 337-353

- MONSEN 2010 Mosen, Erik, "Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser", *Jussens Venner* 2010 s. 147-203
- NAZARIAN 2007 Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Tromsø 2007)
- NYGAARD 1973 Nygaard, Nils, *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis* (Bergen 1973)
- NYGAARD 2004 Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004)
- OPSAHL 1953 Opsahl, Torkel, "Vindikasjon av penger", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1953 s. 267-310
- PLATOU 1914 Platou, Oscar, *Forelæsninger over udvalgte emner av privatrettens almindelige del* (Kristiania 1914)
- RAVNKILDE 2001 Ravnkilde, Jens, *Betalingskorrektioner* (København 2001)
- RØED 2009 Røed, Anne Cathrine Røed, *Foreldelse av fordringer – Kommentarer til lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer og utvalgte foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen*, 3. utgave (Oslo 2009)
- RØSTUM 2011 Røstum, Helge, "Renter på rimelighetsgrunnlag – Rt. 2010 s. 816", *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2011 nr. 1/2 s. 100-107
- SINDBALLE 1918 Sindballe, Kristian, *Bidrag til Læren om judicielle Avgørelsers Retskraft* (Kjøbenhavn & Kristiania 1918)
- SKOGHØY 1994 Jens Edvin A. Skoghøy, "Rett, politikk og moral", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1994 side 837-881
- SKOGHØY 2002 Jens Edvin A. Skoghøy: "Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse", *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, Bergen 2002, side 323-343
- STANG 1897 Stang, Fredrik, *Om Vildfarelse og dens Indflydelse etter norsk Privatret paa en Retshandels Gyldighet* (Kristiania 1897)
- SÆBØ 1995 Sæbø, Rune, *Innsidehandel med verdipapirer* (Bergen 1995)
- SÆBØ 2003 Sæbø, Rune, *Motregning* (Bergen 2003)
- THOMLE 1913 Thomle, C. S., "Hovedpunkter i Læren om ugrundet Berigelse efter norsk Ret", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1913 s. 285-352.
- TORVUND 1997 Torvund, Olav, *Pengekravsrett* (Oslo 1997)
- TØRUM 2002 Tørum, Amund Bjøranger, "Konsekvens i formueretten", *Jussens Venner* 2002 s. 314-339
- USSING 1937 Ussing, Henry, *Erstatningsret* (København 1937)
- USSING 1940 Ussing, Henry, *Enkelte Kontrakter* (København 1940)
- USSING 1945 Ussing, Henry, *Enkelte kontrakter*, 2. utgave (København 1945)
- VINDING KRUSE 1950 Vinding Kruse, A., *Restituitioner. Et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret* (København 1950)

- VON EYBEN 2008 von Eyben, Bo mfl. *Lærebog i obligasjonsret II* (København 2008)
- WOXHOLTH 2000 Woxholth, Geir, "Forutsetningslæren og avtaleloven § 36", *Jussens Venner* 2000 s. 109
- WOXHOLTH 2009 Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 7. utgave (Oslo 2009)
- ZIMMERMANN 1989 Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Newlands 1989)
- ØRSTED 1828 Ørsted, Anders Sandøe, "Om tilbakesøkelse av uretteligen erlagte betalinger", *Juridisk Tidsskrift XIV*, 2, 1828, s. 225-293