

PH.D. – PROSJEKTBEKRIVELSE

«DEN ULOVFESTEDE LÆREN OM CONDICTIO INDEBITI»

1. Tema

- (1) *Condictio indebiti* er betegnelsen på en ulovfestet regel som hjemler tilbakebetalingskrav der man har betalt uten en korresponderende forpliktelse, og feilbetalingen skyldtes en villfarelse om forpliktelsens ineksistens eller omfang. Typiske eksempler er at man grunnet en misforståelse betaler for mye eller gjør opp en fordring som allerede er betalt. Kjernen i *condictio indebiti* er avveiningen mellom betalers krav på å få korrigert feilbetalinger av denne typen gjennom tilbakeføring av midlene, og hensynet til mottakers berettigede forventninger om å beholde dem til tross for at ervervsgrunnlag ikke fantes.
- (2) Avhandlingen er en rettsdogmatisk analyse av *condictio indebiti* i norsk rett. Dette omfatter regelens materielle innhold og rettsvirkninger, samt regelens anvendelsesområde. Avhandlingens progresjon er pr. dags dato ca. 65 %.

2. Problemstillinger

2.1 Generelt

- (3) Anders Sandø Ørstedt introduserte læren i norsk/dansk rett i 1828. Den ble anerkjent som rettsgrunnlag for restitusjonskrav i Høyesterett i Rt. 1836 s. 627. Regelens materielle hovedinnhold har stort sett vært uendret siden prejudikatet i Rt. 1927 s. 237.
- (4) Den norske regelen om *condictio indebiti* fremstår som vag, ulogisk, konturløs og uforutberegnelig. Det materielle vurderingstemaet som avgjør restitusjonsspørsmålet er så upresist og retningsløst formulert som «en konkret helhetsvurdering under hensyn til rimelighet». Det er ikke klart hvilke tilfeller regelen er anvendelig på. Det er heller ikke klart hvilke prinsipper utmålingen av restitusjonskravet bygger på.
- (5) Avhandlingens hovedtese er at det finnes en «skjult» regelstruktur i de positive rettskildene, og denne strukturen underbygges dessuten av de grunnleggende hensynene som gjør seg gjeldende. Min påstand er at den norske regelens brede og retningsløse vurderingstemaer over tid har bidratt til å usynliggjøre den *egentlige* regelstrukturen. Avhandlingens mål er derfor å synliggjøre og påvise denne strukturen de lege lata.
- (6) I norsk rett er det antatt at regelens innhold består av en «konkrete helhetsvurdering», at dette er én avveining av likestilte hensyn, og at vurderingens funksjon er å avgjøre det materielle restitusjonsspørsmålet. Det er videre et omforent synpunkt at to kryssende hensyn må avveies, de såkalte «oppgjørs- og korreksjonshensynene». Oppgjørshensynet taler mot restitusjonsplikt, og ivaretar mottakers interesser. Korreksjonshensynet styrer motsetningsvis de momenter som tilsier korreksjon i form av restitusjonsplikt, og ivaretar feilyterens interesser.
- (7) I realiteten er det snakk om *tre ulike vurderingstemaer* med forskjellig vekt, ulike formål, funksjoner og begrunnelser. Disse tre kategoriene av hensyn og vurderingstemaer, betegnes i

avhandlingen *korreksjonsprinsippet* (styrer hovedregelen), *oppgjørprinsippet* (styrer unntaksregelen) og *lempningsprinsippet* (styrer utmålingsregelen). De utgjør også grunnelementene i den skjulte regelstrukturen.

2.2 Hovedregel

- (8) Finnes en hovedregel om tilbakebetaling i norsk rett, og hvilke vilkår må i så fall være oppfylt for at restitusjonsplikten inntreffer? Det er den aristoteliske tanken om korrektiv rettferdighet, fusjonert med det kanoniske begrepet «*restitutio*», slik det ble tolket av skolastikerne i middelalderen og er kommet til uttrykk rettslig i de postglossatoriske *condictionene*, som danner fundamentet for tanken om at «*sine causa*» - den manglende rettsgrunnen - er det avgjørende vilkår og begrunnelse for korreksjon.
- (9) Korreksjonsprinsippet krever en hovedregel om tilbakebetaling dersom overføringen skjer uten rettsgrunn. En mottaker som har fått et uhjemlet erverv må som et utgangspunkt tåle korreksjon i form av tilbakeføring. De hensyn som begrunner korreksjonsprinsippet er prinsipale. Det er ikke slik som antatt at oppgjørs- og korreksjonshensyn er to likestilte størrelser som avveies på fritt grunnlag. Alle restitusjonsregler, både i norsk og utenlandsk rett, har tilbakeføring som prinsipielt rettslig utgangspunkt. Den norske «læren om *condictio indebiti*» fremstår derfor som atypisk ved å ikke ha et slikt rettslig utgangspunkt. Ingen begrunnelse for et slikt avvik er å spore. De norske positive rettskildene, de hensyn som gjør seg gjeldene både i norsk og utenlandsk rett, samt prinsipp- og systembetragtninger, tilsier alle tvert imot at korreksjon både er og bør være hovedregelen ved mistakbetalinger.

2.3 Unntaksregel

- (10) En hovedregel i favør av korreksjon betinger en unntaksregel som ivaretar mottakers legitime interesser. Siden den norske læren om *condictio indebiti* pr. i dag (tilsynelatende) ikke har en hovedregel, har læren naturlig nok heller ikke noen unntaksregel. Men den «konkrete helhetsvurderingen under hensyn til rimelighet», inneholder de relevante elementene som berettiger et unntak fra et korreksjonsutgangspunkt. Dog, for å oppnå et mer presist vurderingstema for en unntaksregel, må disse elementene restruktureres og omsubsummeres ut fra deres formål, funksjon og vekt. En unntaksregel må bygge på de hensyn som *egentlig* begrunner oppgjørsprinsippet.
- (11) Oppgjørsprinsippet skal ivareta mottakers interesser og være en begrensende faktor i de krav korreksjonsprinsippet stiller til et materielt riktig resultat. Oppgjørsprinsippet «bunter sammen» de mothensyn som kan begrunne at mottaker beholder oppgjøret til tross for at han dermed blir sittende med en ytelse han ikke var berettiget til. Tesen er at siden mottaker har fått et uhjemlet erverv, bygger oppgjørsprinsippet i realiteten på de elementer som ivaretar *ekstinksjonslignende* hensyn. Dette er særlig snakk om mottakers gode tro, mottakers innrettelse i tillitt til at oppgjøret var riktig og endelig, samt tiden som har gått siden feilytelsen skjedde. Disse elementene bør være avgjørende i oppgjørsvurderingen fordi denne typen hensyn begrunner at et uhjemlet ervervet kan *bli* rettmessig likevel. En slik vurdering er på flere rettsområder et fellestrekk for å «reparere» et opprinnelig sviktende rettsgrunnlag. Riktignok er ikke unntaksregelen en ekstinksjonsregel som sådan, men bygger på de samme hensyn.

- (12) Noen av de *andre* momentene som avveies i dagens norske «helhetsvurdering», har ingenting å gjøre med mottakers muligheter for å beholde det han urettmessig fikk besittelsen av. De er dermed hensyn som heller ikke hører hjemme i en presisert oppgjørsvurdering – og derfor en presisert unntaksregel. Vi snakker om elementer som f.eks.: betalers egen uaktsomhet, ulikheter i styrkeforholdet mellom partene, graden av betalingspress, fordringens egenart, hensynet til et rimelig resultat mv. (listen er ikke uttømmende). Disse «andre» elementene bør således subsumeres et annet sted i en koherent regelstruktur. En analyse av disse «andre» elementene viser at deres funksjon er å ivareta mottakers interesser på et «annet og lavere nivå» enn de egentlige oppgjørshensynene, nemlig som skjønnsmessige *lempningsargumenter* som kan redusere kravets omfang. Disse «andre» elementene må derfor omsubsumeres til rettsvirkningssiden i regelstrukturen.

2.3 Utmålingsregel

- (13) Utmålingen av restitusjonskravets omfang hevdes i norsk rett å være styrt av berikelsesbegrensningen. Men i norsk rett er det direkte uklart hva dette betyr både på et prinsipielt og pragmatisk nivå. Min teori er at berikelsesbegrensningen i realiteten er en særskilt lempningsregel som gjør et skjønnsmessig unntak fra det rettslige utgangspunktet om full tilbakeføring.
- (14) I norsk rett har vi lempningsregler av ulik art som alle har samme formål. Der sakens konkrete omstendigheter gjør det urimelig å kreve fullt oppgjør, kan kravets omfang reduseres *skjønnsmessig* basert på *konkret rimelighet*. Eksempler på dette finner man både i skadeserstatningsloven § 5-2, kjøpsloven § 70, dekningsloven § 5-11, folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd mfl. Det finnes også ulovfestede lempningsprinsipper som *compensatio*, skadelidtes medvirkning og tapsbegrensningsplikten. Vurderingstemaet i de kjente lempningsreglene sammenfaller i stor grad med mange av elementene i *condictio indebitis* nåværende «konkrete helhetsvurdering». I begge tilfeller gis det anvisning på et bredt rimelighetskjønn hvor betalers egen uaktsomhet, situasjonen ved ytelsen, beløpets størrelse og «forholdene ellers» kan begrunne en reduksjon av kravet dersom det er «rimelig».
- (15) I en koherent regelstruktur hører de «andre» hensynene (omtalt i avsnitt 12) fra den «konkrete helhetsvurderingen» hjemme på rettsvirkningssiden i en særskilt lempningsregel. Hensynene «buntes sammen» under etiketten «lempningsprinsippet». Berikelsesbegrensningen er med andre ord en utmålingsregel hvor lempningshensynene avveies med det formål å gjøre eventuelle skjønnsmessige reduksjoner i kravets omfang for å unngå et urimelig resultat.
- (16) Med en slik regelstruktur vil norsk rett beholde en skjønnsmessig «sikkerhetsventil» for å oppnå konkret rimelighet i de tilfeller den mer stringente hoved- og unntaksregelen kan lede til et urimelig resultat. Men denne typen skjønn subsumeres best på rettsvirkningssiden, basert på kjente elementer fra dagens «konkrete helhetsvurdering» og basert på kjente rettsprinsipper for kravreduksjon. Flexibiliteten i en slik regelstruktur blir også større enn dagens. Ligger det brede rimelighetskjønnet på rettsvirkningssiden, kan man *gradere* kravets omfang etter forholdene, mens dagens rettsstilstand krever et «enten/eller»-svar siden lempningshensynene er feilaktig subsumert på rettsfaktasiden.

2.4 Regelens virkeområde

- (17) Tradisjonelt er det oppstilt tre betingelser for at *condictio indebiti* skal være anvendelig som hjemmel for oppgjørskorreksjon i norsk rett: At det rent faktisk er erlagt en betaling, at dette skjedde uten et rettsgrunnlag, og at *årsaken* til at betaler erla til tross for manglende ytelsesplikt, er at han var i en faktisk villfarelse om fordringens eksistens eller omfang.
- (18) I norsk rettspraksis har Høyesterett helt siden Rt. 1998 s. 989 Fearnley & Eger utvidet lærens virkeområde ved å anvende den på stadig flere tilfeller som faller utenfor regelens tradisjonelle kjerneområde. Etter min oppfatning kan det påvises en trend i denne praksisen. Trenden er knyttet til et økt fokus på *manglende rettsgrunn* som den sentrale betingelsen for regelens anvendelighet, og en tilsvarende nedtoning av betalers *villfarelse* som betingelse. Så sent som i HR-2021-2532-A omtalte Høyesterett læren om *condictio indebiti* som «den ulovfestede regelen om oppgjørskorreksjon», og anvendte den på (nok) et tilfelle hvor betaler ikke var i villfarelse.
- (19) I norsk rett eksisterer *ytterligere* et ulovfestet regelsett om oppgjørskorreksjon betegnet de «alminnelige restitusjons- og berikelsesprinsippene». Det er sikker rett at prinsippene eksisterer, men innhold og funksjon er omstridt og uavklart. Spørsmålet er hvilket forhold disse prinsippene har til den ulovfestede korreksjonsregelen som vi betegner *condictio indebiti*. I prinsippet skal forskjellen være at *condictio indebiti* er ment for de typiske mistaksbetalinger, mens «alminnelige restitusjons- og berikelsesprinsipper» har et bredere og mer generelt anvendelsesområde. I HR-2016-2491-A hjemlet prinsippene oppgjørskorreksjon i en situasjon som kunne ha vært løst etter *condictio indebiti*. Ingen krav til villfarelse ble stilt. Prinsippene har også hjemlet klare berikelseskrav som f.eks. vederlagskrav for påkostninger av samboers formuesgjenstander etter avslutningen av samboerforhold, jf. Rt. 2000 s. 1089.
- (20) Sett i lys av rettsutviklingen i Høyesterett de siste 20 år med hensyn til både *condictio indebiti* og de «alminnelige restitusjons- og berikelsesprinsippene», er det grunn til å spørre om ikke norsk rett går mot en «fusjon» av de to regelsettene slik at vi får én ulovfestet regel om oppgjørskorreksjon, hvor manglende rettsgrunn er det avgjørende vilkåret og betalers «villfarelse» omsubsumeres til et skjønnelement i lempningsregelen på rettsvirkningssiden.
- (21) Den beskrevne rettsutviklingen er under enhver omstendighet ikke slutført, og synes også å foregå delvis ubevisst. Det er derfor ikke avklart hva som er eller bør være samspillet mellom de to regelsettene. Men f.eks. Viggo Hagstrøm er inne på forbindelsen mellom de to ulovfestede regelsettene i sin bok «Obligasjonsrett». Sentralt for begge regelsett er for øvrig hensynet til et rimelig resultat, noe også Erik Monsen har vært inne på i flere av sine arbeider.
- (22) Et alternativt syn på utvidelsen av virkeområdet til «læren om *condictio indebiti*» er at de «allmenne restitusjons- og berikelsesprinsippene» supplerer *condictio indebiti* som rettsgrunnlag der sakens rettsfakta ligger utenfor eller i grensen av lærens kjerneområde, slik at restitusjonskravet bygger på et *kombinasjonsgrunnlag*. Dette er ikke en uvanlig fremgangsmåte for norsk Høyesterett på andre rettsområder, f.eks. ved ulovfestede direktekrav.

3. Metode

3.1 Generelt

- (23) Avhandlingen er som nevnt rettsdogmatisk. Den søker å avklare de lege lata hva den norske regelens innhold er. At det anføres å finnes en skjult regelstruktur som skal påvises og formuleres, endrer ikke avhandlingens rettsdogmatiske natur. I mindre grad befatter avhandlingen seg med hvordan regelen bør være de lege ferenda. Noen av de metodiske særtrekk som brukes for å synliggjøre den skjulte regelstrukturen, skal i det følgende fremheves.

3.2 Utvidet induksjonsgrunnlag

- (24) I tillegg til det norske dogmatiske kildematerialet om *condictio indebiti*, anvender avhandlingen materiale fra andre deler av norsk obligasjons- og formuerett. Tanken er at *condictio indebiti* er ett regelfragment innenfor et større kompleks av restitusjonsregler, og at fellestrekk mellom de ulike restitusjonsreglene kan påvirke *condictio indebitis* egen regelstruktur og innhold. Tradisjonen i norsk teori og praksis har derimot vært å anse *condictio indebiti* som en frittstående regel uten rettssystematiske forbindelser som påvirker forståelsen av dens innhold. Det har dermed i liten grad vært gjennomført helhetlige analyser bygd på tanken om *condictio indebiti* som fragment av et bredere regelkompleks.
- (25) I norsk rett klassifiseres regelen normalt som en del av pengekravsretten (obligasjonsretten) under etiketter som «tilbakebetaling» eller «oppgjørskorreksjon». Historisk og komparativt har læren også stort sett vært rettslig innplassert i obligasjonsretten. Imidlertid har både begrunnelse og regelstruktur for *condictio indebiti* bygd på tankemodeller fra så forskjellige områder som tingsrett, erstatningsrett, avtalerett og berikelsesrett. Innenfor de nevnte rettsområdene finner vi lignende restitusjonsregler med delvis overlappende virkeområder i forhold til *condictio indebiti*, og en sammenligning av de ulike restitusjonsreglenes strukturer og begrunnelser antas å kunne være fruktbart også for økt innsikt i læren om *condictio indebiti*. Å søke fellestrekk i et bredere rettskildebilde kan gi grunnlag for å formulere mer presise vurderingstemaer og oppstille en mer koherent regelstruktur, siden induksjonsgrunnlaget for utviklingen av den ulovfestede læren om *condictio indebiti* utvides. Den påfølgende syntese synes dermed å bygge på et tryggere grunnlag. Her kan både fellestrekk, men også ulikheter, gi grunnlag for fruktbare slutninger.

3.3 System- og prinsippargumentasjon

- (26) Et annet særtrekk er at avhandlingen bruker systembetragtninger som koherens- og harmoniseringsargumentasjon, samt prinsippargumentasjon, i utlegningen av regelens innhold de lege lata. Dette gjelder i første rekke argumentasjon utledet fra de bærende hensynene som gjør seg gjeldende både ved mistaksbetaling og andre restitusjonsregler. Men også rettssystematiske koherenskrav er en sentral argumentbærer i avhandlingen. Koherenskrav overlapper i stor grad med harmoniseringsargumentasjon. Tanken er at slike argumenter får særlig stor vekt dersom *condictio indebiti* må anses som et fragment av et større kompleks liknende regler som både historisk og internasjonalt følger et bestemt mønster.
- (27) Som et ledd i denne metodiske innfallsvinkelen, benyttes utenlandsk og historisk rett i avhandlingen. Formålet er å danne et bakteppe som kan gi en dypere forståelse for den *norske*

læren om *condictio indebiti*. Den historisk-komparative dimensjonen av *condictio indebiti* benyttes ikke komparativt i ordets rette forstand, men disse versjonene av læren om *condictio indebiti* brukes til å synliggjøre hvilke grunnleggende hensyn, prinsipper, normative begrunnelser og regelstrukturer som *condictio indebiti* kan tenkes bygd på. Slike elementer i retten er mer uforanderlige og derfor mer tids- og landuavhengige, og antas dermed å kunne ha overføringsverdi til dagens norske lære om *condictio indebiti*.

- (28) Den historiske tidsperioden som brukes, er fra antikkens romerrett og frem til den relativt festnede form *condictio indebiti* fikk i forbindelse med de europeiske sivillovbokprosjektene på 1800-tallet. Når det gjelder den komparative dimensjonen, vil det være dansk, svensk, tysk og britisk rett som utgjør grunnlaget for denne. I tillegg kommer til en viss grad anasjonal soft law inn gjennom DCFR bok VII «Unjustified Enrichment», siden dette komparative rettsinstrumentet antas å gi uttrykk for grunnstruktur- og prinsipper i europeisk rett på området. Det er ingen hemmelighet at reglene om *condictio indebiti* i store deler av europeisk rett bygger på prinsippet om restitusjon av uberettiget berikelse.
- (29) Tysk rett er valgt som komparative element fordi det er det største og viktigste av de kontinentaleuropeiske rettssystemene, der resepsjonen av romerretten var mest komplett, og samtidig det landet som rettshistorisk og rettskulturelt står norsk og dansk obligasjonsrett nærmest av de store europeiske land. Britisk rett er valgt fordi fremveksten av de engelske reglene om *condictio indebiti* i tiden etter 1960 kan tjene som påminnelse for norsk rett om at det *fantes* et skjult mønster i den sprikende engelske rettspraksisen som først måtte synliggjøres av rettsvitenskapen. At også dansk og svensk rett anses relevant som komparativt grunnlag er nokså selvsagt. Det spesielt nære forholdet med våre to naboland gjelder også på det rettslige området, og harmonisering av de nordiske rettsreglene har lang tradisjon.

Lillehammer, 14. mars 2022

Thomas Rønning

Høgskolelektor HiNN

Ph.d.-kandidat UiO