

# Vindikasjon og foreldelse ved ugyldige avtaler

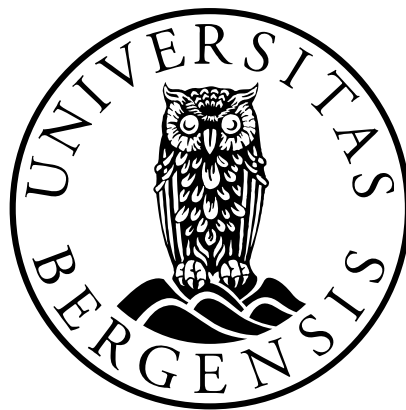
*Særlig om tilbakeføringsobjektets betydning for grensen  
mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner*

Kandidatnummer:

110

Antall ord:

35 565



JUS398 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet .....	4
1.2 Metodiske spørsmål.....	6
1.2.1 Rettskildebildet.....	6
1.2.2 Tinglig og obligatorisk rett.....	8
1.3 Videre fremstilling og begrepsbruk.....	11
2 Generelt om avtalerettslig ugyldighet .....	14
2.1 Ugyldighetsbegrepet.....	14
2.1.1 Definisjon .....	14
2.1.2 Sondringer .....	17
2.2 Tilbakeleveringskrav .....	19
3 Forholdet mellom foreldelse og ekstinktive erverv.....	21
3.1 Formålet med sammenligningen .....	21
3.2 Foreldelsesloven.....	21
3.2.1 Sentrale trekk.....	21
3.2.2 Anvendelsesområdet .....	22
3.3 Opphør av fordring og erverv av rett .....	24
3.3.1 Generelt .....	24
3.3.2 Hevd og foreldelse .....	25
3.3.3 Ulovfestede passivitetsregler.....	27
3.3.4 Løftegivers passivitet ved ugyldig avtale.....	29
4 Nærmere om fordring og vindikasjon etter foreldelsesloven § 1.....	31
4.1 Opplegg .....	31
4.2 Almennelige kriterier for vindikasjon.....	31
4.2.1 Eiendomsrett.....	31
4.2.2 Identifisering .....	34
4.3 Er alle former for vindikasjon unntatt foreldelse? .....	35
4.4 Vindikasjon i og utenfor konkurs.....	37
4.5 Konsekvenser .....	42
5 Har ugyldighetsgrunnen betydning? .....	44

5.1	Utgangspunkter .....	44
5.2	Opprinnelig ugyldighet .....	45
5.2.1	Utgangspunkter .....	45
5.2.2	Betydning av løftemottakers gode tro? .....	47
5.2.3	Overlapping av ugyldighet og mislighold .....	49
5.2.4	Foreløpig oppsummering .....	52
5.3	Ugyldighet begrunnet i etterfølgende utvikling .....	53
5.4	Sammenfatning og videre forutsetninger .....	55
6	Har tilbakeføringsobjektet prinsipiell betydning ved tolkningen av fl. § 1? .....	57
6.1	Tilbakeføringsobjektets egenskaper .....	57
6.2	Rettskildematerialet .....	59
6.2.1	Diskusjon i juridisk teori .....	59
6.2.2	Eldre rettspraksis .....	60
6.2.3	Uttalelser i Rt. 2012 s. 506 .....	62
6.3	Vurdering .....	64
7	Har objektet betydning for kriteriene for ikke-foreldbar rett? .....	66
7.1	Innledende bemerkninger .....	66
7.2	«Plikt til å holde atskilt»? .....	68
7.3	«Faktisk atskillelse»? .....	74
7.4	Sammenfatning .....	78
8	Ikke-foreldbar rett ved sameie- og surrogasjonsløsninger .....	79
8.1	Innledende bemerkninger .....	79
8.2	Rett til forholdsmessig andel .....	80
8.2.1	Generelt .....	80
8.2.2	Rettslig grunnlag for sameieløsningen .....	81
8.2.3	Skepsis til sameieløsningen .....	83
8.2.4	Vurdering og konklusjon .....	84
8.3	Rett til surrogatet .....	86
8.3.1	Generelt .....	86
8.3.2	Alminnelige surrogasjonsbetraktninger .....	87
8.3.3	Rett til surrogat ved ugyldig avtale .....	89
9	Tanker om rettstilstanden og veien videre .....	93
	Litteraturliste .....	95



# Innledning

## 1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Vi ser for oss følgende situasjon: Aksjene i et aksjeselskap blir overført fra H til A, og A tar utbytte fra selskapet. Avtalen mellom H og A er imidlertid ugyldig, og H har som utgangspunkt derfor rett til tilbakeføring av aksjene og - via selskapet - tilbakeføring av det utbetalte utbyttet. I en situasjon som dette er det imidlertid flere omstendigheter som kan komme i veien for tilbakeføringen. For eksempel kan det tenkes at A har benyttet utbyttet til å betale en forpliktelse til en tredjemann, B, og at B ervervet midlene i god tro. Det kan også tenkes at A er insolvent, og at H befinner seg i en konflikt med konkursboet. Et annet aktuelt problem er at retten kan falle bort dersom *H forholder seg passiv, og bruker urimelig lang tid på å fremme krav om tilbakeføring.*

Når det oppstår tvister som i det angitte eksempelet, er det ikke uvanlig at kravet fra H blir møtt med innsigelser om at det er gjort gjeldende for sent. Typisk vil man se en slik innsigelse fremkomme subsidiært til en prinsipal anførsel om at kravet er grunnløst. Fra ståstedet til den som pretenderer en rett, er det viktig å kjenne til hvilke regler som gjør at passivitet kan virke inn på kravet. Motsatt vil det, av hensyn til den som får tilbakeføringskravet rettet mot seg, være nødvendig å ha kunnskap om når det er anledning til å gjøre gjeldende bortfall med grunnlag i slike regler.

Denne oppgaven har som formål å belyse anvendelsesområdet til passivitetsreglene som finnes i *foreldelsesloven*.<sup>1</sup> Nærmere bestemt skal det ses nærmere på foreldelse og tilbakeføringskrav ved *ugyldige avtaler*.<sup>2</sup> Foreldelsesloven har anvendelse på fordringer,<sup>3</sup> og i forarbeidene er fordringsbegrepet avgrenset mot tinglige retter.<sup>4</sup> Det er enighet om, og lang tradisjon for, at eiendomsretten ikke rammes av foreldelsesreglene.<sup>5</sup> Av denne grunn er det

---

<sup>1</sup> Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer.

<sup>2</sup> Like før innlevering ble Jo Ørjasæters artikkel «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon» publisert i *Jussens venner*, vol. 51 s. 119-149 (2015). Artikkelen sene inntog som relevant kilde, gjorde at det ikke ble tid til grundige sammenligninger mellom analysene. Jeg har forsøkt å vise til artikkelen på relevante steder i fremstillingen.

<sup>3</sup> Jf. foreldelsesloven § 1 nr. 1.

<sup>4</sup> Innstilling fra den norske delegerte til å revidere foreldelsesloven i nordisk samarbeid avgitt i april 1957, s. 12-13 og Ot.prp. nr. 28 (1977-1978) s. 50.

<sup>5</sup> Den første *lovfestede* foreldelsesregelen kom inn i norsk rett gjennom Christian V's Norske Lov 1687 med bestemmelsen i NL 5-13-2. Regelen hadde ikke anvendelse på eiendomsrett, jf. Ot.prp. nr. 38 (1977-1978) s. 4,

heller ikke tvilsomt at eiers rett til å få utlevert en ting som er i andres besittelse, en såkalt *vindikasjonsrett*, ikke er gjenstand for foreldelse.<sup>6</sup> Dette var da også utgangspunktet for Høyesterett i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter),<sup>7</sup> hvor det ble lagt til grunn at restitusjonskravet etter en ugyldig avtale er en ikke-foreldbar vindikasjonsrett. Saken gjaldt en konflikt om tilbakeføring av fast eiendom, begrunnet i selgerens manglende rettslige handleevne ved aldersdemens.<sup>8</sup> For Høyesterett var foreldelsesspørsmålet skilt ut til selvstendig behandling, og retten kom enstemmig (en dommer i sær votum) til at tilbakeføringskravet ikke var gjenstand for foreldelse. En del av spørsmålene om ugyldighet og foreldelse må derfor anses avklart av Høyesterett. Det gjenstår imidlertid en rekke spørsmål hvor innholdet av gjeldende rett er mindre klart. Blant disse skal det i denne fremstillingen særlig tas stilling til følgende problemstilling:

Har *tilbakeføringsobjektet* betydning for grensen mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner?

Dersom problemstillingen knyttes til ovennevnte eksempel, kan man spørre om det har betydning for foreldelsesreglenes anvendelse at det ene tilbakeføringskravet gjelder aksjene i selskapet, mens det andre tilbakeføringskravet gjelder utbyttedmidlene. Snur vi på eksempelet, slik at det er A, kjøperen av selskapet, som gjør gjeldende ugyldighet mot H, kan vi også spørre om det har betydning at det er betalingen som kreves tilbakeført.

Problemstillingen om tilbakeføringsobjektets betydning kan konkretiseres til flere underspørsmål. Vurderingen av disse spørsmålene kan imidlertid ikke gjøres isolert fra situasjonen som tilbakeføringsretten har oppstått i, og det rettslige grunnlaget for retten. Når tilbakeføringen i det følgende knyttes til ugyldighetsreglene, kreves det derfor vurdering av om ugyldighetsgrunnen påvirker spørsmålene. Et selvstendig spørsmål, på veien frem til spørsmålene om tilbakeføringsobjektets betydning, er derfor:

Har *ugyldighetsgrunnen* betydning for grensen mellom foreldbare og ikke foreldbare posisjoner?

---

hvor historikken beskrives. Før den tidligere foreldelsesloven av 1896, avgrenset man imidlertid også kontraktsbaserte krav om overføring av eiendomsrett fra foreldelsesinstituttet, men slike krav har siden 1896-loven vært gjenstand for foreldelse, jf. Ot.prp. nr. 38 (1977-78) s. 50. Se også Krokeide om dette i *LoR 2005* s. 34.

<sup>6</sup> Se bl.a. Innst. 1957 s. 13 og Ot.prp. nr. 28 (1977-1978) s. 50.

<sup>7</sup> Dommen har ikke et innarbeidet populærnavn. Jeg kaller den for ordens skyld «Åslandseter», fordi den gjentas flere ganger i oppgaven.

<sup>8</sup> Manglende rettslig handleevne etter den ulovfestede ugyldighetsregelen ved alvorlig sinnslidelse.

For å få en helhetlig forståelse av hva problemet handler om, og for å kunne besvare spørsmålene på en tilfredsstillende måte, kreves det en dypere gjennomgang av reglene som danner bakteppet for spørsmålene om foreldelseslovens anvendelse. Opplegget for fremstillingen gjennomgås nedenfor i kapittel 1.3.

Som nevnt har avklaring av foreldelsesloven § 1 betydning for hvordan parter kan innrette seg med tanke på passivitetsbortfall. Oppgavetemaet er imidlertid valgt med et videre siktemål enn dette. Foreldelseslovens skille mellom fordring og tinglig rett tilsvarer grensdragninger som også oppstår i andre rettslige sammenhenger. Temaet gir derfor grunnlag for systembetragtninger og diskusjoner om innholdet av begrepene på tvers av disse sammenhengene.

## 1.2 Metodiske spørsmål

### 1.2.1 Rettskildebildet

Spørsmålene i denne oppgaven handler om å tolke fordringsbegrepet i foreldelsesloven § 1. Selv om det er enighet om at eiendomsretten ikke foreldes, gir loven ikke direkte veiledning til de mer konkrete spørsmålene om ugyldighet og foreldelse (se kapittel 1.3 nedenfor). Det er også mangel på behandling av problematikken i andre rettskilder.

Som nevnt oppstår grensdragninger basert på eiendomsrett også andre steder i lovverket: Blant annet er det antatt at skiftelovens preklusjonsregler bør avgrenses på tilsvarende måte som foreldelsesreglene,<sup>9</sup> hvilket innebærer at retten til eiendeler i dødsboets besittelse ikke prekluderes. Når det gjelder spørsmål om separatistrett i konkurs, begrenser dekningsloven § 2-2 kreditorenes beslagsrett til det som «tilhører» debitor.<sup>10</sup> Ettersom vilkåret hindrer beslagsrett i ting som *ikke* tilhører debitor, oppstår det også her en grensdraging mot hjemmelspersoners vindikasjonsrett. Et annet eksempel er forsinkelsesrenteloven § 1, som avgrenser lovens anvendelsesområde til «pengekrav»,<sup>11</sup> hvilket etter tradisjonell juridisk språkbruk ikke omfatter krav på utlevering begrunnet i eiendomsrett.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Kapittel 12 i lov 21. februar 1930 om skifte. Se Augdahl, *Obligasjonsrett*, s. 129-130, Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 788-789 og Sæbø, *Festskrift til Kjønstad*, s. 607.

<sup>10</sup> Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.

<sup>11</sup> Lov 17. desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket betaling m.m.

<sup>12</sup> Slik også Bergsåker, *Pengekravsrett*, s. 277-278.

Eksistensen av lignende vilkår andre steder i lovverket, gjør at det kan bli aktuelt å tolke foreldelseslovens fordringsbegrep i sammenheng med vurderinger som er gjort av disse reglene. Særlig er det et visst omfang av kilder som berører grensen mellom fordring og vindikasjon i tilknytning til dekningsloven § 2-2. Et spørsmål man da må ta stilling til, er *om kildene har overføringsverdi* til foreldesspørsmålet. Problemet er altså om grensene for en vindikasjonsrett er lik på tvers av lovreglene, og i dette tilfellet om grensene skal være de samme i og utenfor konkurs. Rettstekniske hensyn taler for å operere med like grensedragninger. På den annen side kan det tenkes at reglene er utformet med tanke på såpass ulike situasjoner at vindikasjonsretten bør fastlegges mer konkret.

Denne metodeproblematikken kan beskrives som valget mellom en *generalistisk eller relativistisk innfallsvinkel* til de rettslige begrepene.<sup>13</sup> Innenfor skandinavisk juridisk metode er det sterkest tradisjon for en relativistisk forståelse, hvor hensynet til det konkret rimelige gis avgjørende vekt.<sup>14</sup> Dette har sammenheng med at rettsvitenskapen har vært preget av en pragmatisk tilnærming, som gjør man ofte unngår å drøfte spørsmål i lys av mer generelle prinsipper.<sup>15</sup> Valget mellom en relativ eller mer generalistisk innfallsvinkel trenger imidlertid ikke å være et «enten/eller»-spørsmål, men beror på en avveining hvor det kan hende at innholdet av enkelte begreper har, eller bør ha, mer generell rekkevidde enn andre.<sup>16</sup> Jeg kommer tilbake til dette ved den mer konkrete fastleggelsen av vindikasjonsrett i henhold til foreldelseslovens fordringsbegrep.

Den valgte tematikken retter seg mot et rettsområde med stor grad av *nordisk rettslikhet*. Dette gjør at det er relevant å se til andre nordiske kilder for løsningen av spørsmål hvor rettstilstanden er usikker etter norsk rett. I det følgende vil bruken av nordisk rett være begrenset til svenske og danske kilder. Foreldelseslovene er ikke identiske, men det interessante er at både den svenske og danske loven, i likhet med den norske, er avgrenset til å

---

<sup>13</sup> Lindskog, *Betalning*, petitavsnitt s. 83-84 hvor han diskuterer forskjellen mellom et relativistisk og det kan kaller et «absolutistisk» syn på rettslige begreper.

<sup>14</sup> Se for eksempel Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 37 og 50 hvor han fremhever at man ikke kan gjøre generelle slutninger basert på vilkår som «tinglig» eller «eier». Lignende holdning hos Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 74-75 under diskusjon om rettsregler knyttet til eiendomsrettens overgang. Se også Lindskog, *Betalning*, s. 83-84.

<sup>15</sup> Tørum i *JV 2002* s. 314.

<sup>16</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 83-84 hvor det argumenteres for en relativ holdning til *fordringers stiftelsestidspunkt*, men til sammenligning på s. 675-676 hvor han hevder at prinsippene for *surrogasjon* bør være de samme uavhengig av hvilken rettsregel man vurderer surrogasjon i henhold til.



gjelde fordringer, og slik at tinglige rettigheter holdes utenfor.<sup>17</sup> Selv om reglene bygger på det samme utgangspunktet, skal man imidlertid være bevisst på at rettslige løsninger med tiden kan ha utviklet seg i ulike retninger. I tillegg kan forskjeller i tilgrensende reguleringer også bidra til ulikheter ved fastleggelsen av fordringsbegrepet i de respektive landene.

Spørsmålene om ugyldig avtale og tilbakeføringsobjektets betydning retter seg mot tilfeller hvor grensen mellom foreldbar fordring og vindikasjonsrett er uklar. Selv om foreldelsesreglenes manglende anvendelse på eiendomsrett bunner i en langvarig formuerettslig tradisjon, er det ikke opplagt hvordan grensen skal trekkes når man er i slike grensetilfeller. Flere av de følgende vurderingene befinner seg i grenselandet mellom de lege lata- og de lege ferenda-betraktninger. For enkelte typetilfeller kan det ha utviklet seg mer eller mindre *festnede oppfatninger* om hvordan grensene skal trekkes. Fra et metodisk ståsted er det imidlertid først og fremst aktuelt å gi avgjørende vekt til slike festnede rettsoppfatninger dersom oppfatningen både er *veletablert og gir uttrykk for en god regel*.<sup>18</sup> Et poeng for undersøkelsene blir dermed å vurdere om de foreliggende rettsoppfatningene er velbegrunnede.

## 1.2.2 Tinglig og obligatorisk rett

I forlengelsen av problematikken som gjør seg gjeldende ved vurdering av vindikasjonsrett i ulike rettslige sammenhenger, har man de metodiske spørsmålene som oppstår ved at foreldelseslovens fordringsbegrep synes å henvise til sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.<sup>19</sup> Skillet stammer fra romerretten, hvor man sondret mellom *actiones in rem* og *actiones in personam*.<sup>20</sup> Etter sontringen skal en tinglig rett (rett «in rem») forstås som en umiddelbar rådighetsrett over ting.<sup>21</sup> Retten er *absolutt*, i den forstand at den i prinsippet kan gjøres gjeldende mot alle som pretenderer rett i tingen.<sup>22</sup> Til forskjell fra dette, er en obligatorisk rettighet et krav mot en person og denne personens eiendom (rett «in personam»). Denne type krav kan beskrives som *relative*, fordi de kun kan gjøres gjeldende

---

<sup>17</sup> Jf. den svenske preskriptionslagen § 1 og den danske forældelsesloven § 1. Se mer om den nordiske rettstilstanden i Lindskog, *Preskription*, s. 64-65 i petitavsnitt og Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 28 i note 31.

<sup>18</sup> Monsen, *JV 2012*, s. 334. Han nevner for øvrig Rt. 2012 s. 506 i note 21 som eksempel på at festnet rettsoppfatning blir brukt til å tolke lovtekst (foreldelsesloven § 1).

<sup>19</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 55 og Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 28. Se også Rt. 2012 s. 506 hvor både førstvoterende og særvoterende viser til at loven forutsetter skillet.

<sup>20</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 55.

<sup>21</sup> Røed, *Foreldelse*, s. 77.

<sup>22</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 46.

mot bestemte personer.<sup>23</sup> Romerrettens sontring ble tatt opp og gjort til gjenstand for grundig systematisering i tysk rettsvitenskap under systembyggingsperioden på 1800-tallet,<sup>24</sup> og eksisterer i ulike variasjoner i europeiske rettssystemer i dag.<sup>25</sup> Dette har gjort at den nordiske formueretten også inneholder spor av sontringen, hvilket gir seg utslag i lovregler med grensedragning mellom fordring og tinglig rett, slik som i foreldelsesloven § 1.

I norsk rett er det ikke direkte uenighet om at forskjeller mellom tinglige og obligatoriske rettigheter kan være beskrivende for om det foreligger en vindikasjonsrett eller foreldbar fordring.<sup>26</sup> Problemet er at man knapt kan snakke om eksistensen av en *sontring*, fordi rettsreglene aldri har blitt fullstendig systematisert i henhold til et slikt skille. Når man er i et grensetilfelle hvor en rettslig posisjon har elementer som fremstår som delvis tinglig og delvis obligatorisk, har man derfor ikke systematiserte regler for å bestemme inndelingen.<sup>27</sup> Og dersom rettskildene ikke gir entydige svar på grensedragningen, hjelper det lite å gå tilbake og spørre om den aktuelle posisjonen er tinglig eller obligatorisk.<sup>28</sup> Mangelen på et system rundt grensetilfellene, er også en av grunnene til at skillet mellom tinglig og obligatorisk rett har vært utsatt for kraftig kritikk i nordisk rettsvitenskap. Enkelte har hevdet at grensedragninger mellom tinglig eller obligatorisk rett er *ren begrepsjurisprudens* uten reelt innhold.<sup>29</sup> Jeg har ikke som formål å gå inn i en dypere diskusjon om skillet funksjon i dag.<sup>30</sup> Poengteringen av at et skille mellom tinglig og obligatorisk rett ikke løser grensetilfeller, gir ikke konstruktive bidrag til spørsmålet om *hvordan* grensetilfeller skal løses etter lovregler som *faktisk gir rettsvirkning* til om en rettighetsposisjon er en fordring eller en tinglig rett. Ved tolkningen av foreldelsesloven § 1 må man, som ellers, benytte alminnelig prinsipper for juridisk metode,

---

<sup>23</sup> Lilleholt, samme sted.

<sup>24</sup> Mer utfyllende Ørjasæter i *Marlus 2015*, s. 11-12.

<sup>25</sup> Mer utfyllende Marthinussen, *Panteretten og det sikrede kravet*, s. 45-54 og Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 46-49.

<sup>26</sup> Røed, *Foreldelse*, s. 117, Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 56 og Krokeide, *LoR 2005*, s. 7 og Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 766.

<sup>27</sup> Rt. 2012 s. 506 hvor både førstvoterende og særvoterende nevner at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter ikke er utbygget for grensedragninger under foreldelsesloven, jf. avsnitt 25 og 41. Se også Marthinussen, *Panteretten og det sikrede kravet*, s. 46-47.

<sup>28</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 29, Krokeide, *LoR 2005*, s. 7 og Røed, *Foreldelse*, s. 121.

<sup>29</sup> Særlig Vinding Kruse i *TfR 1924* s. 315-436 og Ross, *Virkelighed og Gyldighed*, s. 244 flg. Man er fortsatt kritisk til bruken av skillet, jf. bl.a. Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 48, men holdningen er ikke fullt så avvisende som de førstnevnte.

<sup>30</sup> For nyere betraktninger rundt tinglige og obligatoriske rettigheter i norsk rett, se bl.a. Kinander i *TfR 2003* s. 673 flg., Marthinussen, *Panteretten og det sikrede kravet*, s. 45-44 og Ørjasæter i *Marlus 2015* nr. 448.

hvor det uansett ikke er tilstrekkelig med enkle deduksjoner fra spørsmålet om tinglig eller obligatorisk rett.<sup>31</sup>

Når man vurderer forskjellen mellom vindikasjonsrett og foreldbar fordring, skjer dette i lys av at nordisk rett bygger på *kausalitetsprinsippet*, hvilket innebærer at en ser for seg at eiendomsretten «automatisk» følger med i overføringen når avtalen er bindende, og omvendt slik at den ikke overføres dersom avtalen ikke får virkning.<sup>32</sup> En konsekvens av dette er at eierforholdene i utgangspunktet ikke påvirkes når en ting er overført i henhold til ugyldig avtale, og den bestående eiendomsretten gir da også grunnlaget for vindikasjonsretten over tingen som har havnet i en annens besittelse. Dette skiller seg fra for eksempel tysk rett, hvor man bygger på *delings- og abstraksjonsprinsippet*, som enkelt beskrevet holder eiendomsretten og avtalevirkningene atskilt, slik at eiendomsretten kan være overført på tross av at selve avtalen er ugyldig.<sup>33</sup> Det er dermed ikke helt treffende å se forskjellene mellom tinglig og obligatorisk rett som en *begrunnelse* for at vindikasjonsretter ikke foreldes i norsk rett. Muligens er det mer presist å si at det er reglene om overføring av eiendomsrett som medfører at vindikasjonsretten ikke foreldes, og at dette *resultatet* innebærer typiske tinglige virkninger.<sup>34</sup> For oppgavens problemstillinger blir det derfor avgjørende å vurdere hvorvidt det foreligger fordring eller vindikasjonsrett basert på en tolkning av eiendomsrettens bevegelse mellom partene, hvilket ikke er et direkte spørsmål om en inndeling i tinglig eller obligatorisk rett.

Dette fører oss videre til en annen utfordring, fordi en grensedragnings mellom vindikasjon og foreldbar fordring krever at det settes et *skjæringstidspunkt* for når en vindikasjonsrett går over til å bli en fordring mellom partene. Slike vurderinger er mer naturlig fra et kontinentaleuropeisk perspektiv på retten, som baseres på en oppfatning om at eiendomsretten flytter seg samlet, både i forholdet mellom to parter og overfor tredjepersoner.<sup>35</sup> Dette kaller man et *substansielt syn* på eiendomsrettens overgang.<sup>36</sup> Et slikt syn står ikke sterkt i nordisk rett, hvor det er vanlig å relativisere spørsmålet, slik at man fastlegger retten til en ting

---

<sup>31</sup> Sæbø i *Festskrift til Kjønstad* s. 603 skriver at avgrensningen i foreldelsesloven forarbeider mot tinglig rett «både metodisk og materielt er [-et] spørsmål om lovtolkning». Konferer også Ørjasæter i *MarLus 2015* s. 74-75.

<sup>32</sup> Marthinussen, *Panteretten og det sikrede kravet*, s. 36-37.

<sup>33</sup> Marthinussen, samme sted.

<sup>34</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 37 er inne på noe lignende når han beskriver det norske perspektivet slik at man ikke har en absolutt rett fordi den er tinglig, men at det heller er omvendt. Se også Marthinussen, *Panteretten og det sikrede kravet*, s. 36-37 i note 63.

<sup>35</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 49 med nærmere henvisninger til tysk rett i note 61.

<sup>36</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 56.

konkret for hver av de aktuelle personkonfliktene.<sup>37</sup> Når det oppstår konflikter mellom ulike erverv i tingen, konsentrerer man seg om *ekstinksjonsregler*, i stedet for å ta utgangspunkt i spørsmålet om hvem som egentlig eier objektet. Denne innfallsvinkelen omtales som et *funksjonelt syn* på eiendomsretten.<sup>38</sup> Man kommer imidlertid ikke unna at det norske rettssystemet består av flere regler som faktisk knytter rettsvirkninger til spørsmålet om eiendomsrettens overgang, som foreldelsesloven § 1 er et eksempel på. Dette kan skape metodiske utfordringer i en situasjon hvor den rettslige tradisjonen generelt søker mot en mer relativistisk tilnærming. Man er dermed nødt til å forholde seg til avgrensningen som loven bygger på, og vurdere når eiendomsretten til den aktuelle tingen har gått over i forholdet *inter partes*.<sup>39</sup> Dersom dette skjæringstidspunktet ikke kan fastlegges gjennom avtaletolkning, må det søkes veiledning for grensedragningen ved bruk av den relevante bakgrunnsretten.<sup>40</sup> Tolkningsspørsmålene ved vindikasjon med grunnlag i ugyldighet vil bli omtalt mer direkte senere i fremstillingen.

### 1.3 Videre fremstilling og begrepsbruk

Problemstillingen om *tilbakeføringsobjektets betydning* for grensen mellom ikke-foreldbar og foreldbar fordringer kan konkretiseres til flere underspørsmål. Noen av spørsmålene glir over i hverandre, men i denne fremstilling er det særlig tre spørsmål som skal undersøkes:

1. Har objektet prinsipiell betydning for om tilbakeføringskravet er gjenstand for foreldelse?
2. Har objektet betydning for hva som er vilkårene for ikke-foreldbar rett?
3. I hvilken utstrekning kan en ikke-foreldbar rett være opprettholdt når tilbakeføringskravet rettes mot et objekt som trer stedet for det opprinnelige objektet?

Det første spørsmålet er aktuelt fordi det etter gjeldende rett kan virke uklart om tilbakeføringsobjektet har betydning ved tolkningen av foreldelseslovens fordringsbegrep. Dette gjelder særlig ved tilbakeføring av penger grunnet ugyldig avtale. Det andre spørsmålet forutsetter at tilbakeføringsobjektet ikke har slik betydning, men spør om

---

<sup>37</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 49 og Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 73-74.

<sup>38</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 56.

<sup>39</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 56 og 83.

<sup>40</sup> Se Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 29 og Sæbø, *Festskrift til Kjonstad*, s. 603 om metodeproblematikken når det gjelder foreldelse ved betroelse av penger.

tilbakeføringsobjektets konsekvenser for vilkårene for ikke-foreldbar rett. Dette glir litt over i det tredje spørsmålet, som gjelder grensene for å opprettholde en ikke-foreldbar rett når det opprinnelige objektet ikke er i behold (surrogasjon).

Det er ulike måter å angripe spørsmålene på. En metode kunne vært å starte i kildene som behandler problematikken på et konkret nivå, og vurdere hva det samlede rettskildebildet tilsier. Problemet med en slik innfallsvinkel er at uklarheter i rettskildematerialet kan stamme fra at bakenforliggende strukturer ikke alltid trekkes tydelig frem i vurderingene. Som vi skal se eksempler på, er det mye som tyder på at spørsmålene ofte ikke forstås i lys av de formuerettslige prinsippene som spørsmålene oppstår innenfor. Drøftelsen av tilbakeføringsobjektets betydning gjør det derfor nødvendig med avklaringer av andre spørsmål som danner bakteppet for ovennevnte tre spørsmål. Med denne innfallsvinkelen starter den konkrete besvarelsen av spørsmålene først et godt stykke ut i fremstillingen. Nærmere bestemt behandles de tre spørsmålene i kapittel 6, 7 og 8. På veien frem mot dette skal det gjøres en gradvis innsirkling fra mer generelle utgangspunkter, hvor det på veien må gjøres valg mellom tolkningsalternativer, slik at det er satt tydelige forutsetninger for hva som egentlig vurderes når man først tar fatt på de konkrete spørsmålene.

Ettersom problemstillingen vurderer foreldelseslovens anvendelse på tilbakeføringsvirkningen ved ugyldig avtale, starter undersøkelsen med en generell redegjørelse av *avtalerettslig ugyldighet* og restitusjonsvirkningen (kapittel 2). I kapittel 3 behandles foreldelseslovens anvendelsesområde nærmere, med vekt på *hvorfor* foreldelsesloven ikke omfatter bortfall av vindikasjonsretter. I kapittel 4 er spørsmålet *hvordan* man skal foreta grensedragningen mellom foreldbar fordring og vindikasjonsrett, og det tas stilling til noen generelle tolkningsspørsmål. Deretter, i kapittel 5, behandles spørsmålet om *ugyldighetsgrunnens betydning* for foreldelseslovens anvendelse. Det er så klart for den mer konkrete behandlingen av tilbakeføringsobjektets betydning (kapittel 6,7,8). Avslutningsvis, i kapittel 9, gjøres det betraktninger rundt rettstilstanden og veien videre.

Før vi starter på kapittel 2, synes det nødvendig å knytte noen kommentarer til *begreper som preger fremstillingen*, og som kan trenge presisering:

Foreldelsesloven er et sett med *passivitetsregler*. Passivitetsregler er i denne sammenheng et teoretisk overbegrep for ulike regler som verner om personers innrettelse, og slik at det gis

rettsvirkning til ikke-utøvelsen av en rett eller fordring.<sup>41</sup> Passivitetsreglene må derfor ikke blandes sammen med *ulovfestede passivitetsregler*, som er en underkategori av passivitetsreglene, i likhet med regler om reklamasjon, preklusjon, hevd og foreldelse.

I oppgaven brukes betegnelsene *tilbakeføringskrav* og *restitusjonskrav* om hverandre, og som «nøytrale» overbegrep, slik at de verken er forbeholdt obligatoriske krav eller vindikasjonsretter. «Restitusjonskrav» forbindes kanskje sterkest med fordringer, men basert på at begrepet generelt peker på et krav om tilbakeføring eller gjeninnsettelse til opprinnelig tilstand,<sup>42</sup> er begrepet ikke direkte avhengig av grunnlaget for kravet. Etter omstendighetene kan en vindikasjonsrett derfor betegnes som et restitusjonskrav.<sup>43</sup> Dette ser man eksempel på i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter), hvor Høyesterett kom til at det som ble omtalt som «overdragers restitusjonskrav»,<sup>44</sup> var en vindikasjonsrett og at posisjonen derfor ikke var gjenstand for foreldelse. Ettersom flere av spørsmålene i oppgaven tar utgangspunkt i rettslige posisjoner hvor det er usikkert om man snakker om foreldbar fordring eller vindikasjonsrett, er det også *hensiktsmessig* å forstå begrepet på denne måten. Poenget er nettopp er å komme frem til om posisjonen er det ene eller det andre.

I henhold til tradisjonell ugyldighetsterminologi kalles den som påstår seg ubundet av løftet for *løftegiver*, mens den som ugyldigheten gjøres gjeldende mot, betegnes som *løftemottaker*. I dette perspektivet er løftegiveren i det følgende den som krever tilbakelevering av det overførte objektet, mens løftemottakeren er den som får en tilbakeføringsplikt. Riktignok innebærer restitusjonsoppgjøret ved ugyldighet som regel en gjensidig tilbakeføring av overførte ytelser, og begge parter har i prinsippet derfor tilbakeleveringskrav mot hverandre. Det fremstår imidlertid som mest beskrivende å vurdere foreldelsesreglenes anvendelse fra perspektivet til parten som pretenderer at avtalen er ugyldig, ettersom det er denne som vil unngå passivitetsbortfall. Partsbetegnelsene vil imidlertid variere litt gjennom fremstillingen, basert på hvilke omstendigheter som er i fokus. For eksempel kan partene også betegnes som betaler og betalingsmottaker, når fremstillingen retter seg mot spørsmål om tilbakelevering av penger ved ugyldig avtale.

---

<sup>41</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 57 og s. 86 og von Eyben, *Foreldelse*, s. 24.

<sup>42</sup> Se definisjonen av «restitusjon» i Store norske leksikon: <https://snl.no/restitusjon%2Fjus> (mai 2015).

<sup>43</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 694 og s. 766, Sæbø i *LoR 1996* og Monsen i *JV 2005* s. 158. Se imidlertid Ørjasæter i *JV 2015* s. 120 og s. 127 som bruker et dikotomisk skille mellom vindikasjonsrett og restitusjonskrav.

<sup>44</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 34.

## 2 Generelt om avtalerettslig ugyldighet

### 2.1 Ugyldighetsbegrepet

#### 2.1.1 Definisjon

Oppgaven omhandler foreldelsesspørsmålet ved tilbakeføringskrav som har grunnlag i at en avtale er ugyldig, og forutsetter derfor at det opereres med en bestemt forståelse av *ugyldighet*. Lovgivningen inneholder ingen definisjon av det avtalerettslige ugyldighetsbegrepet, men den alminnelige rettsvitenskapelige oppfatningen går ut på at en avtale er ugyldighet når den *ikke gis virkning etter sitt innhold*.<sup>45</sup> Ugyldighet er derfor en begrensning i prinsippet om avtalerettslig bundethet, og har først og fremst vært begrunnet i hensynet om å hindre misbruk av avtalefriheten.<sup>46</sup> Det er imidlertid vanskelig å sammenfatte et mer konkret innhold av begrepet, fordi det ofte brukes som et koblingsbegrep hvor ulike vilkår og virkninger puttes inn under ugyldighetsterminologien.<sup>47</sup> Utviklingen innenfor avtaleretten har i tillegg ført til at man i dag snakker om ugyldighet i flere situasjoner enn man gjorde tidligere. Dette har skapt uklare grenser for hva som bør falle innenfor og utenfor begrepet.<sup>48</sup> Det blir derfor nødvendig å angi hvilke tilfeller som plasseres under begrepet i denne fremstillingen.

Tradisjonelt har ugyldighetsbegrepet vært forbeholdt ubundethet på grunn av omstendigheter som forelå ved avtaleinngåelsen.<sup>49</sup> Denne oppfatningen kompliseres av avtaleloven § 36, som både befinner seg innenfor og utenfor den tradisjonelle ugyldighetslæren. Mens virkningen av tradisjonell ugyldighet typisk uttrykkes slik at man *ikke er bundet*,<sup>50</sup> gir avtaleloven § 36 første ledd en skjønnsmessig adgang til «helt eller delvis sette til side eller endre» en avtale når det vil «virke urimelig eller i strid med god forretningskikk å gjøre den gjeldende». På vilkårsiden ser man forskjellen fra tradisjonell ugyldighet ved at avtaleloven § 36 annet ledd gir rom for å bruke forhold som har inntrådt i etterkant av avtaleinngåelsen som moment i urimelighetsvurderingen, enten alene eller i kombinasjon med omstendigheter som forelå ved

---

<sup>45</sup> Hilde Hauge, *Ugyldighet*, s. 19, Hov/Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, s. 306 og Woxholt, *Avtalerett*, s. 281.

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 63 til avtaleloven (1917) s. 17 hvor formålet bak de klassiske ugyldighetsreglene omtales slik: «Ugyldighetsreglerne raader indenfor sit omraade bot paa de misbruk som kontraksfriheten kan gi anledning til».

<sup>47</sup> Bernt/Krüger i *Festskrift til Eckhoff*, s. 86 og Hauge, *Ugyldighet*, s. 19.

<sup>48</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 275.

<sup>49</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 173, Sæbø, *LoR 1996*, s. 125 og Skag, *Foreldelsesfrister* s. 167.

<sup>50</sup> Se uttrykksmåten i avtl. §§ 28-33 og i lov 26. mars 2010 om nr. 9 om vergemål §§ 14 og 24.

avtaleinngåelsen. Bestemmelsen kan derfor både omfatte og supplere de tradisjonelle ugyldighetsgrunnene.<sup>51</sup>

I tilfellene hvor avtalen er «urimelig» etter avtaleloven § 36 på grunn av etterfølgende utvikling, har avtalen i utgangspunktet vært bindende med rettsvirkninger mellom partene. Dette skiller seg prinsipielt fra de tradisjonelle ugyldighetsgrunnene, fordi man etter disse reglene ser situasjonen slik at det aldri har kommet i stand en avtale. Selv om § 36 er systematisert under avtalelovens kapittel 3 om «ugyldige viljeserklæringer», gjør disse forskjellene at det ikke er opplagt at regelen bør oppfattes som en ugyldighetsregel. I juridisk teori er det vanlig å stille opp sondringer mellom tradisjonell eller klassisk ugyldighet på den ene siden, og regler om avtalebortfall grunnet etterfølgende omstendigheter på den andre siden.<sup>52</sup> Ugyldighetsbegrepet blir imidlertid ikke klarere av at man snakker om tradisjonell og klassisk ugyldighet, fordi dette tyder på at begrepet omfatter noe mer, uten at man får et tydelig bilde av hva som i så fall er fellestrekkene mellom tradisjonelle og «nyere» ugyldighetstilfeller.

Tar man utgangspunkt i ovennevnte definisjon av ugyldighet som betegnelsen på at *avtalen ikke gis virkning etter sitt innhold*, vil denne også kunne omfatte etterfølgende bortfall etter § 36. Når avtalen «helt eller delvis settes til side eller endres» etter § 36, skjer dette fordi den urimelige delen av avtalen ikke skal kunne «gjøre[s] gjeldende», jf. § 36 første ledd. Selv om regelen gir større fleksibilitet enn de tradisjonelle ugyldighetsgrunnene når det kommer til metoden for å bøte på urimeligheten, innebærer *resultatet* likevel også at et bestemt innhold av avtalen blir uten virkning, og slik at partene ikke lenger er bundet av dette innholdet.<sup>53</sup> En tolkning av virkningen av § 36 synes derfor ikke å medføre at regelen må holdes utenfor ugyldighetsbegrepet.<sup>54</sup>

De øvrige rettskildene nødvendiggjør heller ikke en avgrensning av ugyldighetsbegrepet mot etterfølgende bortfall etter § 36. Som nevnt er regelen generelt systematisert som en

---

<sup>51</sup> NOU 1979:32 kapittel 4.6.1.

<sup>52</sup> Begrepsbruken varierer. Se Woxholt, *Avtalerett*, s. 28 hvor det sondres mellom ugyldighet og *uvirksomhet*, Hov/Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, s. 301 som skiller mellom ugyldighet og *etterfølgende bortfallsgrunner* og Sæbø, *LoR 1996*, s. 125 hvor anvendelsen av § 36 betegnes *avtalerevisjon*, slik at ugyldighetsbegrepet er forbeholdt tradisjonelle ugyldighetstilfeller.

<sup>53</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 209 om vilkåret «ugyldig dokument» i tinglysingsloven § 27, hvor han uttrykker at også avtl. § 36 og bristende forutsetninger kan falle under karakteristikken fordi reglene, i likhet med opprinnelig ugyldighet, medfører at man ikke kan gjøre gjeldende rettigheter etter dokumentet.

<sup>54</sup> Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 178-179 og s. 182-183 som legger til grunn et tilsvarende ugyldighetsbegrep.



ugyldighetsregel i avtalelovens kapittel 3. I forarbeidene er regelen riktignok titulert som en *lempingsregel*,<sup>55</sup> hvilket kan tilsi at regelen først og fremst tar sikte på å tilpasse eller bøte på virkningen av urimelige avtaler.<sup>56</sup> Forarbeidene er likevel ikke tydelige på hva som er det tilsiktede forholdet mellom lemping og ugyldighet.<sup>57</sup> Dette ser man blant annet ved at urimelighetsstandarden enkelte steder også betegnes som regelens *ugyldighetskriterium*,<sup>58</sup> uten at dette avgrenses til urimelighet med grunnlag i forhold ved avtaleinngåelsen. I rettspraksis har man først og fremst anvendt ugyldighetsbegrepet i tråd med den tradisjonelle forståelsen, men begrepsbruken kan heller ikke her sies å være konsekvent.<sup>59</sup> Ser en videre til steder hvor vilkåret «ugyldig» er brukt i den formuerettslige lovgivningen, synes det heller ikke å være klart grunnlag for å avgrense begrepet fra ubundethet på grunn av etterfølgende omstendigheter. Et eksempel på dette er aksjeloven § 2-10 om aksjetegning som ikke er bindende.<sup>60</sup> Annet ledd regulerer aksjetegning som er «ugyldig etter alminnelige regler for formuerettslige disposisjoner», og i forarbeidene legges det til grunn at vilkåret også omfatter bortfall med grunnlag i bristende forutsetninger.<sup>61</sup> Tilsvarende synes det antatt i teorien at vilkåret om «ugyldig dokument» i tinglysningsloven § 27, også omfatter disposisjoner som ikke kan gjøres gjeldende etter avtaleloven § 36 eller læren om bristende forutsetninger.<sup>62</sup>

Etter gjeldende rett er det klart at læren om bristende forutsetninger anses for å ha selvstendig betydning ved siden av avtaleloven § 36.<sup>63</sup> Det kan imidlertid argumenteres for at fleksibiliteten ved anvendelsen av generalklausulen i § 36, gjør at man burde ansett regelen for å konsumere den ulovfestede læren.<sup>64</sup> Jeg vil ikke gå dypere inn i dette spørsmålet, men på bakgrunn av at begge rettsgrunnlag fører til at avtalen, eller deler av denne, ikke lenger er bindende, vil ugyldighetsbegrepet i det videre også omfatte tilfeller av bristende forutsetninger.

På bakgrunn av det gjennomgåtte skal «ugyldighet» heretter forstås som en betegnelse på at en avtale eller et avtalevilkår ikke gis virkning etter sitt innhold, og uavhengig av om denne virkningen utløses av omstendigheter før eller etter avtaleinngåelsen. Selv om

---

<sup>55</sup> NOU 1979:32 til avtaleloven § 36 har tittelen «Formuerettslig lempningsregel».

<sup>56</sup> I Universitetsforlagets bokmålsordbok er lempe/lempning definert som «å lette eller tilpasse noe».

<sup>57</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 281 uttrykker at forholdet mellom lemping og ugyldighet ikke er klart.

<sup>58</sup> NOU 1979:32 s. 60.

<sup>59</sup> Se Rt. 1995 s. 1540 hvor «ugyldighet» brukes om § 36 og Rt. 2013 s. 1316 hvor det ble vurdert om en prisregulering fortsatt var «gyldig», blant annet på grunn av den etterfølgende utviklingen.

<sup>60</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

<sup>61</sup> NOU 1992: 29 s. 87 merknad til aksjeloven § 3-6 (nåværende § 2-10).

<sup>62</sup> Berg/Bråthen-Otterbech, *Tinglysing*, s. 309 og Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 209.

<sup>63</sup> Jf. Rt. 1999 s. 922 som følges opp av Rt. 2010 s. 1345. Rt. 2014 s. 866 viderefører også en selvstendig anvendelse av læren om bristende forutsetninger.

<sup>64</sup> Sæbø i *Høyesteretts jubileumsskrift* s. 751-752. (Foreløpig utkast til artikkel som publiseres i Høyesteretts jubileumsskrift 22. juni 2015. Sensor bes om å kontakte Rune Sæbø for eksemplar av utkastet.)

ugyldighetsreglene først og fremst er begrunnet i et ønske om å hindre misbruk av avtalefriheten,<sup>65</sup> vil denne definisjonen også omfatte tilfeller hvor dette hensynet ikke står sterkt. For eksempel vil en proformaavtale være ugyldig, ettersom den reelt sett ikke har virkning etter sitt innhold i forholdet mellom partene.<sup>66</sup>

### 2.1.2 Sondringer

Når ugyldighetsbegrepet er såpass vidt formulert, må man huske på at dette er en *abstraksjon*, hvor de mer konkrete rettsvirkningene må differensieres ut fra hvilket spørsmål man drøfter.<sup>67</sup> For denne fremstillingens del kan det for eksempel tenkes at en ugyldig avtale ikke alltid gir en vindikasjonsrett som holdes utenfor foreldelsesreglene,<sup>68</sup> selv om dette ble løsningen for ugyldighetstilfellet i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter). Dette problemet drøftes mer eksplisitt senere, og særlig i kapittel 5. I det videre vil det kort bli gjort rede for et par forskjeller blant ugyldighetsgrunnene som kan tenkes å få betydning for senere spørsmål.

Som jeg allerede har vært inne på, kan det være grunner til å nyansere virkningen av ugyldighet basert på *når ugyldigheten anses for å foreligge*, og slik at det for enkelte spørsmål kan bli naturlig å skille opprinnelig og etterfølgende ugyldighet, avhengig av om ugyldigheten foreligger før eller etter avtaleinngåelse. Innad blant tilfellene av opprinnelig ugyldighet finnes det også forskjeller med hensyn til hvor tidlig betingelsene for ubundethet foreligger. Sammenligner man et tilfelle av manglende rettslig handleevne med et tilfelle som beror på løftemottakers uredelige opplysningssvikt, ser man det slik at det i førstnevnte tilfelle ikke foreligger gyldig vilje til binding, mens det i sistnevnte tilfelle foreligger en gyldig viljeserklæring, som først blir virkningsløs ved løftemottakers uredelige opptreden.<sup>69</sup> Likevel gjelder det generelt for tilfeller av opprinnelig ugyldighet at avtalen aldri har kommet i stand, og at den derfor ikke gir rettsvirkninger i forholdet mellom partene. Ovennevnte skille mellom opprinnelige og etterfølgende forhold fremstår derfor som mer prinsipielt, fordi partene i sistnevnte tilfelle har vært bundet av avtalen som senere faller bort.

---

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 17.

<sup>66</sup> Se Rt. 1929 s. 601 hvor «ugyldighet» brukes om en proformaoverføring. Avtaleloven § 34 regulerer legitimasjonsvirkningen ved skriftlig proformaavtale, men er ikke en ugyldighetsregel. Se imidlertid Rt. 1994 s. 235 (s. 239) hvor det uttrykkes at bestemmelsen *forutsetter* ubundethet inter partes.

<sup>67</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 67 om det abstrakte ugyldighetsbegrepet.

<sup>68</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 291 i petitavsnitt er åpen for at foreldesspørsmålet kan ha ulik løsning ved ulike ugyldighetsgrunner.

<sup>69</sup> Sml. vgml. § 9 som innebærer at mindreåriges handlinger ikke tillegges rettsvirkning, og avtl. § 33 som gir uttrykk for at en viljeserklæring «som ellers maatte anses for gyldig» blir ugyldig fordi løftemottaker opptrer uredelig.

Et annet moment som skiller ugyldighetstilfellene fra hverandre, er betydningen av løftemottakers subjektive oppfatning av situasjonen, hvilket er grunnlaget for sontringen mellom *sterke og svake ugyldighetsgrunner*. Nærmere bestemt er det slik at de *svake ugyldighetsgrunnene* ikke kan gjøres gjeldende dersom løftemottakeren er i aktsom god tro, mens de sterke ugyldighetsgrunnene gjør partene ubundet på tross av god tro hos løftemottaker.<sup>70</sup> Eksempler på svake ugyldighetsgrunner er svik eller simpel tvang utøvd av løftemottakeren, eller villfarelse hos løftegiver.<sup>71</sup> Sterke ugyldighetsgrunner har man blant annet ved tvang, manglende rettslig handleevne, falsk og forfalskning.<sup>72</sup> Den systematiske inndelingen i sterke og svake ugyldighetsgrunner gjelder kun for de tradisjonelle ugyldighetsgrunnene,<sup>73</sup> men hensynene som begrunner skillet vil også ha relevans i helhetsvurderingen etter avtaleloven § 36.<sup>74</sup>

Vektlegging av løftemottakers oppfatning av situasjonen ser man også når det for enkelte ugyldighetsgrunner gjelder *reklamasjonsplikt* for at løftegiver skal opprettholde muligheten til å gjøre ugyldigheten gjeldende. Avtaleloven inneholder to lovfestede reklamasjonsplikter; Ved tredjemannstvang etter § 28 annet ledd, og ved forvanskning etter avtaleloven § 32 femte ledd. I disse tilfellene må løftegiver påberope ugyldigheten «uten ugrundet ophold», henholdsvis fra tidspunktet da tvangen opphørte og fra tidspunktet da man ble oppmerksom på forvanskningen. Etter avtaleloven § 36 gjelder det ingen reklamasjonsplikt, men reklamasjon vil likevel kunne være et relevant moment ved vurderingen av om urimelighetsterskelen er nådd. Utenom de lovregulerte tilfellene kan det også være grunnlag for ulovfestede reklamasjonsplikter. Rettskildematerialet tilsier at dette særlig er aktuelt i tilfeller hvor løftemottaker utelukkende har utvist simpel uaktsomhet.<sup>75</sup> Her kan det imidlertid oppstå en uklar grense mellom ulovfestet reklamasjonsplikt og ulovfestede passivitetsregler.<sup>76</sup> De ulovfestede passivitetsreglene omtales nærmere i kapittel 3.

---

<sup>70</sup> Giertsen, *Avtaler*, s. 150-151.

<sup>71</sup> Jf. avtl. § 31 om svik, § 29 om simpel tvang og § 33 om løftemottakers uredelighet.

<sup>72</sup> Se avtl. § 28 om tvang, vgml. §§ 14 og 24 om mindreårighet og personer under vergemål. Betaling med penger som vedkommende er legitimert til å disponere over, er riktignok en svak ugyldighetsgrunn etter vergemålsloven, jf. § 14 første ledd og § 24. Løftegivers sinnslidelse er en ulovfestet sterk ugyldighetsgrunn, jf. Rt. 1995 s. 1540. Tilsvarende gjelder ved falsk og forfalskning, jf. Giertsen, *Avtaler*, s. 162-163.

<sup>73</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 33-34.

<sup>74</sup> Av de ikke-uttømmende momentene etter avtl. § 36 annet ledd, vil avveiningen mellom løftegivers vilje og løftemottakers gode tro, særlig passe inn under momentet om «partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse».

<sup>75</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 292-301.

<sup>76</sup> Monsen, *JV 2010*, s. 188-189, Skag, *TfR 2011*, s. 524 og Hauge, *Ugyldighet*, s. 289-290.

Drøftelsen i denne oppgaven forutsetter at avtalen er ugyldig, og at det foreligger en rett til tilbakeføring av det overførte objektet. Man er derfor i en situasjon hvor det ikke er grunnlag for å problematisere selve ugyldighetsspørsmålet, og det er forutsatt at eventuelle reklamasjonsplikter er overholdt, og at løftemottaker er i ond tro dersom dette kreves for oppfyllelse av den aktuelle ugyldighetsgrunnen. Forskjeller blant ugyldighetsgrunnene vil imidlertid bli tatt opp og vurdert senere i fremstillingen, blant annet under spørsmålet om ugyldighetsgrunnens betydning for om tilbakeføringsretten er gjenstand for foreldelse.

## 2.2 Tilbakeleveringskrav

I problemstillingen forutsettes det også at avtalen er oppfylt slik at ytelser er overført mellom partene, og at ugyldigheten gir rett til restitusjon av det overførte. I de omtalte tilfellene hvor løftegiver har reklamasjonsplikt, kan det være grunn til å tolke denne plikten strengere når ytelsene er overført mellom partene,<sup>77</sup> men forutsetningen nå er altså at reklamasjonsplikten i så tilfelle er overholdt, og at reklamasjonsspørsmålet derfor ikke er til hinder for tilbakeføringskravet.

Ved tilfeller av *opprinnelig ugyldighet* er hovedregelen at de erlagte ytelsene tilbakeføres, slik at man blir gjeninnsatt i rettighetsposisjonene.<sup>78</sup> Unntak fra dette utgangspunktet kan forekomme,<sup>79</sup> men i det følgende forutsettes det at ugyldigheten gir et slikt restitusjonskrav. Det finnes ingen alminnelig lovbestemmelse om denne restitusjonsvirkningen, men avtalelovens forarbeider synes å forutsette tilbakeføringsrett som en direkte konsekvens av ugyldigheten i forholdet mellom løftegiver og løftemottaker.<sup>80</sup> I rettspraksis er det også vanlig at restitusjonskravet anerkjennes uten noen annen begrunnelse enn at avtalen er ugyldig.<sup>81</sup> Et eksempel kan man se i Rt. 1931 s. 1185, hvor en avtale om kjøp av aksjer ble funnet ugyldig grunnet løftemottakers svik. Når det gjaldt restitusjonskravet uttalte retten på s. 1191:

«[kravet] er umiddelbart hjemlet i loven, nemlig i avtalelovens § 30, 1ste punktum, og gaar ut paa restitusjon av et beløp, som Selmer var uforpliktet til å betale».

---

<sup>77</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 288.

<sup>78</sup> Hauge, *Ugyldighet*, s. 346 og Bergsåker, *Pengekravsrett*, s. 260. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 694 uttrykker at restitusjonskravene har grunnlag i et ulovfestet *gjensidighetsprinsipp* basert på at avtalen er ugyldig.

<sup>79</sup> Se Hauge, *Ugyldighet*, s. 346-347.

<sup>80</sup> Se Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 65-67 og s. 70 hvor man drøfter ugyldighetsvirkningen overfor tredjemenn, uten å problematisere tilbakeføringen i forholdet inter partes.

<sup>81</sup> Bergsåker, *Pengekravsrett*, s. 260 hvor han som eksempler fra rettspraksis viser til Rt. 1959 s. 1048 og Rt. 1995 s. 1460.

Bestemmelsen i avtl. § 30 første punktum uttrykker at dersom en viljeserklæring er avgitt ved løftemottakers svik, så «binder den ikke» den som har avgitt den. Når retten vurderer bestemmelsen som en umiddelbar hjemmel for restitusjonskravet, tyder dette på at man anser restitusjonen for å ligge implisitt i ubundetheten.

Retten til tilbakeføring av det overførte må nyanseres noe når det kommer til *ugyldighet etter avtaleloven § 36*. At en avtale allerede er oppfylt, kan være et moment som gjør at det er vanskeligere å finne avtalen «urimelig». Ettersom bestemmelsen gir anvisning på et valg av ulike reaksjonsmetoder for å bøte på urimeligheter, er nok restitusjon av det overførte heller ikke den mest brukte reaksjonen når urimelighetsstandarden er nådd. Forarbeidene legger imidlertid til grunn at bestemmelsen også hjemler restitusjonskrav på overført ytelse,<sup>82</sup> og i det følgende er fremstillingen avgrenset til tilfeller hvor anvendelsen av § 36 gir et slikt restitusjonskrav.

---

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 37. Se også Hov/Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, s. 424-425.

# 3 Forholdet mellom foreldelse og ekstinktive erverv

## 3.1 Formålet med sammenligningen

Ved vurderingen av foreldelseslovens anvendelsesområde må man ha i mente at manglende anvendelse av foreldelsesloven kan bety at passivitetsproblematikken er regulert av *andre regler*. Mens noen passivitetsregler fungerer på samme tid og overlapper hverandre, vil andre passivitetsregler gjensidig utelukke hverandre. I relasjon til foreldelsesloven har man eksempel på det førstnevnte når reklamasjonsregler eller preklusjonsregler gjør at fordringer faller bort før utløpt foreldelsesfrist. Sammenligningen i dette kapitlet handler imidlertid først og fremst om forholdet mellom foreldelsesloven og reglene som regulerer bortfall av vindikasjonsretter.

Formålet med kapitlet er å antyde *hvorfor* foreldelsesloven ikke har anvendelse på bortfall av vindikasjonsretter. Ved å belyse forskjellen mellom passivitetsreglene som grenser mot hverandre, vil jeg søke å tydeligere hvorfor det ikke alltid er aktuelt å gi anvendelse til foreldelsesloven. Det er nødvendig å ha en oppfatning om forskjellen mellom reglene når det senere tas stilling til om en posisjon bør anses som en foreldbar fordring eller vindikasjonsrett.

I det følgende gjøres det først rede for helt generelle trekk ved foreldelsesreglene, og deretter ser jeg nærmere på avgrensningen mot tinglige retter. De ulike reglene sammenlignes først på et generelt plan, før jeg til slutt sier litt om hvilke av reglene som passer best når det gjelder tilbakeføringskravet ved ugyldig avtale.

## 3.2 Foreldelsesloven

### 3.2.1 Sentrale trekk

Foreldelse innebærer at en fordringshaver «taper sin rett til oppfyllelse», jf. foreldelsesloven § 24 nr. 1. Et krav faller derfor bort, og kan ikke lenger gjøres gjeldende når vilkårene for foreldelse er tilstede. Kjerneinnholdet i loven er at foreldelsen inntreffer fordi det har medgått en

bestemt tidsperiode hvor debitor ikke har erkjent forpliktelsen, og hvor kreditor ikke har foretatt seg noe for å få kravet fastslått av domstol eller annen kompetent myndighet.<sup>83</sup> Den alminnelige foreldelsesfristen er på tre år regnet fra dagen kreditor først hadde rett til oppfyllelse, jf. § 2 smh. § 3 nr. 1.

Selv om formålet bak foreldelsesreglene ikke er direkte uttrykt i loven, gir fristbestemmelsene implisitt uttrykk for at utestående fordringer skal avvikles innen en viss tid. Kreditors subjektive kunnskap om fordringen kan få betydning ved at manglende faktiske kunnskaper gir fristforlengelse. I tillegg er debtors oppførsel relevant fordi erkjennelse av fordringen fører til fristavbrudd.<sup>84</sup> Utover dette gir loven normalt ikke anledning til å vektlegge partenes atferd og subjektive oppfatninger når den gjeldende foreldelsesfristen først er oversittet.

Reglene i foreldelsesloven er positivistiske og skal sørge for retts teknisk enkle løsninger, hvilket kan ses som et utslag av et formål om å skape tilstrekkelig sikkerhet og avklaring i omsetningslivet.<sup>85</sup> I forlengelsen av dette kan reglene også begrunnes i bevis hensyn og et ønske om materielt riktige avgjørelser, ettersom avklaringen av de underliggende rettsforholdene som regel blir mer utfordrende etter hvert som tiden går.<sup>86</sup>

### 3.2.2 Anvendelsesområdet

Foreldelsesloven § 1 nr. 1 angir anvendelsesområdet på følgende måte:

«Fordring på penger eller andre ytelser foreldes etter reglene i denne lov når ikke annet er lovbestemt».

Loven viser til «fordring» som rettesnor for anvendelsesområdet. Etter alminnelig språkforståelse kan man definere en fordring som *et krav*. Begrepet er vagt, men forstås normalt i betydningen krav som er rettet mot en bestemt person. Denne forståelsen synes også å fremgå av sammenhengen til foreldelsesvirkningen, som etter § 24 nr. 1 er definert som «rett[en] til oppfyllelse». Det er ikke avgjørende hva fordringen går ut på, jf. uttrykksmåten «penger eller andre ytelser». Forarbeidene bekrefter også denne forståelsen.<sup>87</sup> Med lovt teksten som utgangspunkt er anvendelsesområdet derfor vidt, og det avgrenses ikke til bestemte rettsgrunnlag for fordringen.

---

<sup>83</sup> Se fl. §§ 14 og 15.

<sup>84</sup> Se fl. § 10 om fristforlengelse. Etter fl. § 14 starter foreldelsesfristen å løpe på nytt ved skyldnerens erkjennelse av fordringen.

<sup>85</sup> Von Eyben, *Forældelse*, s. 54.

<sup>86</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 42-43, Lindskog, *Preskription*, s. 56-57 og von Eyben, *Forældelse*, s. 57.

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-1978) s. 50.

Når det er foretatt oppfyllelse i henhold til en ugyldig avtale, vil ugyldigheten som nevnt danne grunnlag for en tilbakeleveringsplikt på løftemottakers hånd. Etter lovens ordlyd kan det derfor hevdes at løftegiver har en «fordring» mot løftemottaker ved ugyldig avtale,<sup>88</sup> på tilsvarende måte som man regner restitusjonskravet etter heving av avtalen som en foreldbar fordring.<sup>89</sup>

Gjennom forarbeidene innskrenkes imidlertid en slik lovforståelse, fordi det påpekes at fordringsbegrepet skal fastlegges i henhold til den rettsvitenskapelige tradisjonen.<sup>90</sup> I den anledning gjør forarbeidene følgende presisering:

«de tinglige rådighetsretter [er] etter tradisjonell juridisk språkbruk (og rettspraksis) ikke å betegne som fordringer og er heller ikke gjenstand for foreldelse. De kan bare falle bort ved hevd eller annet ekstinktivt erverv. Således foreldes ikke en eiers vindikasjonsrett, en leietakers aktuelle bruksrett eller en servitutthavers aktuelle servituttrett.»<sup>91</sup>

Basert på forarbeidsuttalelsen skal det altså trekkes et skille mellom fordringer som opphører med foreldelsesvirkning, og vindikasjonsretter som kun faller bort gjennom ekstinktive erverv. Fra et metodisk ståsted er det ikke helt opplagt hvordan, eller hvor strengt, denne avgrensningen skal tolkes.<sup>92</sup> I Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter) kan man se at Høyesterett holdt seg til tradisjonen som forarbeidene bygger på, og at den ble gitt avgjørende vekt da man kom til at vindikasjonsretten etter en ugyldig avtale ikke var gjenstand for foreldelse. Som del av begrunnelsen ble det vist til at foreldelsesreglenes avgrensning mot vindikasjonsrett ikke synes problematisk når man har alternative regler som gjør at eiers rett kan falle bort ved passivitet.<sup>93</sup>

For å forstå skillet mellom foreldelse og ekstinktivt erverv bedre, vil jeg i det følgende sammenligne reglene, og si litt om hvilke av reglene som har sterkest aktualitet når det gjelder restitusjonskravet ved ugyldig avtale.

---

<sup>88</sup> Se imidlertid Stavang i *NiP 2012* s. 15 som argumenterer for at den alminnelige forståelsen av fordringsbegrepet ikke omfatter restitusjon ved ugyldighet.

<sup>89</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 76 og Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 210.

<sup>90</sup> Innst. 1957 s. 12-13.

<sup>91</sup> Innst. 1957 s. 13. Uttalelsene videreføres i Ot.prp. nr. 28 (1977-1978) s. 51.

<sup>92</sup> Sæbø fremhever metodeproblematikken i *Festskrift til Kjønsstad* s. 603.

<sup>93</sup> Rt. 2012 s. 506, avsnitt 33.



## 3.3 Opphør av fordring og erverv av rett

### 3.3.1 Generelt

Når krav og retter faller bort, arter selve opphørvirkningen seg på ulike måter. Blant passivitetsreglene anses foreldelse som et *rent opphørsgrunnlag* for forpliktelser, mens passivitetsbortfall av eiendomsretter kun skjer ved at retten går fra opprinnelig eier til en ny.<sup>94</sup> I norsk rett er det vanlig å uttrykke det sistnevnte slik at erververen *ekstingverer* (utsletter) den opprinnelige eierens rett.<sup>95</sup> Ekstinksjonsbegrepet knyttes vanligvis til de typiske tredjemannskonfliktene, men betegnelsen er også treffende for erverv gjennom hevd og visse former for ulovfestede passivitetsvirkninger.<sup>96</sup> Når denne fremstillingen er konsentrert rundt bortfallsgrunnlag hvor passivitet er relevant i vurderingen, er det hevdsreglene og de ulovfestede passivitetsreglene som i det videre skal sammenlignes med foreldelsesreglene.

En kan diskutere om det *reelt sett* er store forskjeller mellom foreldelse og et ekstinktivt erverv. En innvending mot skillet er at man rent faktisk også kan betrakte foreldelsesvirkningen som et slags erverv for skyldneren.<sup>97</sup> Når forpliktelsen opphører, har man på sett og vis også «overtatt» kreditorens fordring mot seg selv. Når det kommer til de ulovfestede passivitetsreglene er det også slik at disse ikke direkte tar utgangspunkt i en forskjell mellom rene opphørsgrunnlag og ekstinksjon. I tillegg er flere av de grunnleggende hensynene bak foreldelse og ekstinksjon ved passivitet felles, særlig at reglene verner om innrettelsen av en etablert tilstand.<sup>98</sup>

På tross av at systematiseringen kan fremstå teoretisk, tyder de eksisterende forskjellene mellom reglene på at man reelt sett verner om andre formål ved opphør av forpliktelser, enn hva man gjør ved bortfall av retter i ting.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Berg, *Hevd*, s. 77, von Eyben, *Forældelse*, s. 106 og Lindskog, *Preskription*, s. 62-63.

<sup>95</sup> Berg, *Hevd*, s. 62-63. Se også Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 57-61 om forskjellen på originære, derivativt og ekstinktive erverv av eiendomsrett. Direkte oversatt kan «ekstinksjon» også betegne foreldelse, ettersom ordet i seg selv også kan betegne bortfall av krav. I norsk rett brukes ekstinksjon imidlertid om bortfall av tinglige retter.

<sup>96</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 60-61 knytter ekstinksjonsbegrepet til utsletting av tredjemanns rett, men systematiserer også hevd og alders tids bruk under de ekstinktive erverv. Berg, *Hevd*, s. 24-25 omtaler også hevd som ekstinksjon. Se også Berg, *Hevd*, s. 62-71 om ulovfestet ekstinktivt erverv.

<sup>97</sup> Lindskog, *Preskription*, s. 62-63 i petitavsnitt.

<sup>98</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 85-86.

<sup>99</sup> Sæbø, *Festskrift til Kjønsstad*, s. 603 uttrykker at foreldelses formål «normalt skiller seg vesentlig fra formålet med bortfall av retter i ting».

### 3.3.2 Hevd og foreldelse

Reglene i hevdsloven gir hjemmel for å «vinn[-e] hevd på eigedsrett eller bruksrett til ting», jf. hevdsloven § 1 første ledd.<sup>100</sup> Virkningen er altså uttrykt som et erverv for hevderen. De nærmere vilkårene gjør imidlertid at reglene også kan betegnes som passivitetsregler. For hevd av eiendomsrett til fast eiendom og løsøre kreves det at utnyttelsen har pågått i henholdsvis 20 og 10 år, og det stilles krav til kvaliteten på denne utnyttelsen ved at den må være utøvd som om man var rette eier av tingen, jf. § 2. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for å vinne rett, fordi det også kreves at hevderen hele tiden har vært i aktsomt god tro om at den aktuelle bruken er berettiget, jf. § 4.

De absolutte kravene til hevdstid gjør at hevdsloven, i likhet med foreldelsesloven, er å betrakte som et positivistisk regelsett. Generelt er foreldelsesfristene vesentlig kortere enn hevdstiden, men de ulike fristlengdene trenger ikke nødvendigvis å være et direkte resultat av ulike formål. I et historisk og komparativt perspektiv er det imidlertid slik at rettsutviklingen har beveget seg i retning av kortere foreldelsesfrister,<sup>101</sup> samtidig som hevdstiden ikke er endret. Den første generelle foreldelsesbestemmelsen i norsk lovgivning var 5-13-2 i Christian V's Norske Lov av 1687. Foreldelsesfristen var her satt til 20 år, tilsvarende hevdstiden for fast eiendom i dag. Den senere utviklingen tilsier derfor at lovgiver har ment å være strengere overfor en passiv fordringshaver enn en passiv eier, og slik at man forventer mer aktivitet når det kommer til oppfyllelse av forpliktelser.

Rette eiers passivitet er som nevnt heller ikke tilstrekkelig for å hevde rett. Vilkåret om hevdsbruk gjør at ervervet må ses i sammenheng med at hevderen har vært aktiv og brukt eiendommen som om han var rette eier. Dette kan *til en viss grad* ha likhetstrekk med reglene om foreldelsesavbrudd ved skyldnerens erkjennelse. Foreldelsesfristen løper kun uavbrutt så lenge skyldneren ikke har erkjent å være forpliktet, og dette innebærer på sett og vis også at man gir virkning til at skyldneren utad har opptrådt slik en ikke-forpliktet person ville gjort. Likevel er det forskjeller ved disse sidene av reglene, særlig fordi vilkåret om hevdsbruk i større grad er myntet på at hevderen utad har utvist den type bruk som en eier ville gjort. Sett sammen med det som er sagt om kortere foreldelsesfrister, kan man derfor også se at lovgiver forventer aktivitet med hensyn til innkreving av forpliktelser, mens det ikke i seg selv er

---

<sup>100</sup> Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd.

<sup>101</sup> Von Eyben, *Forældelse*, s. 59 og s. 74-76.

nødvendig for en eier å gjøre aktiv bruk av eiendommen sin. Eiers passivitet får altså først betydning hvis det finner sted «konkurrerende» bruk.<sup>102</sup>

Forskjellen mellom hevd og foreldelse blir særlig tydelig ved hevdsvilkåret om *god tro*. Det må bevises at hevderens innrettelse er reell og aktsom på det subjektive plan. Dette skiller seg *vesentlig* fra foreldelse, fordi man ved utløpt foreldelsesfrist ikke kan unngå foreldelsesvirkningen ved å bevise at den forpliktete kjente eller burde kjenne til fordringen.

I et historisk og komparativt perspektiv er god tro ikke et opplagt vilkår for å hevde eiendomsrett. I norsk rett ble vilkåret tilført hevdsreglene gjennom rettspraksis på siste halvdel av 1800-tallet.<sup>103</sup> I *svensk rett* kreves det til sammenligning ikke god tro for 20 års-hevd av fast eiendom, men dersom man er i god tro, kan man hevde rett til eiendommen etter 10 år, såfremt pretensjonen om eiendomsrett beror på at man fikk overført eiendommen fra en person som man trodde var rette eier.<sup>104</sup> Se man videre utover til regler om bortfall av tinglige retter i andre europeiske land, finner man også andre eksempler på hevd uten god tro, mens enkelte land har innrettet registreringsordningene for fast eiendom slik at man har regler om foreldelse av eierens vindikasjonsrett.<sup>105</sup> Likhetstrekkene mellom hevd og foreldelse har gjort enkelte har diskutert synteser mellom regelsettene i nordisk rettsvitenskap.<sup>106</sup> Slike tanker har imidlertid ikke fått gjennomslag, og etter gjeldende rett er det ikke tvilsomt at det må kreves god tro for hevd etter den norske hevdsloven.<sup>107</sup> Når forskjellene mellom foreldelse og hevd er positivrettslige og såpass vesentlige, fremstår en sammenstilling ikke naturlig de lege lata.<sup>108</sup>

Forskjellene mellom hevd og foreldelse kan sammenfattes slik at hevd, i tillegg til lengre frister, krever to betingelser som ikke finnes i foreldelsesreglene – nemlig kravet til faktisk bruk og det subjektive kravet til god tro.<sup>109</sup>

---

<sup>102</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 71-72.

<sup>103</sup> Berg, *Hevd*, s. 232-233. Kravet om god tro ble innført ved Høyesterettsdommen Rt. 1844 s. 272 og fulgt opp i Rt. 1860 s. 243 og Rt. 1873 s. 463.

<sup>104</sup> Jf. Jordabalken (1970:994), första avdelning, kapittel 16: 1.

<sup>105</sup> Se Marthinussen i *TjR 2008* s. 180-181 og s. 190-191 om engelske regler om *adverse possession*, og om foreldelse av vindikasjonsrett i Frankrike, Nederland, Belgia og Italia.

<sup>106</sup> Særlig argumenterte Vinding Kruse for sammenstillinger av reglene, jf. *Ejendomsretten*, s. 530 ff.

<sup>107</sup> Berg, *Hevd*, s. 232-233.

<sup>108</sup> Holmboe, *Foreldelse*, s. 39 i note 12 uttrykker «Sondringen mellom hevd og foreldelse er av positivrettslig natur, og vel begrunnet.» Konferer også Lindskog, *Preskription*, s. 683-684 i petitavsnitt hvor han diskuterer sammenstilling av de svenske foreldelses- og hevdsreglene, og slik at foreldelsesvirkningen skulle vært avhengig av debtors gode tro. På tross av at reglene ivaretar lignende hensyn, synes Lindskog å legge til grunn at en sammenstilling ikke er naturlig de lege lata, og særlig med henvisning til at «ett godtroskrav för preskription er är något för rättsordningen fullständigt främmande».

<sup>109</sup> Tilsvarende Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 72 og Ussing, *Obligationsretten*, s. 380 i petitavsnitt.

### 3.3.3 Ulovfestede passivitetsregler

I tilfeller hvor det er aktuelt å anvende hevds- eller foreldelsesreglene, vil de lovfestede fristbestemmelsene utgjøre absolutte skranke for hvor lenge man kan ha et restitusjonskrav i behold. I spesielle tilfeller kan det imidlertid være grunnlag for bortfall av krav eller retter før utløpet av disse tidsfristene. I så fall er det tale om å anvende *ulovfestede passivitetsregler*.

De ulovfestede passivitetsreglene kan betraktes som et supplement til de andre passivitetsregler.<sup>110</sup> Sammenlignet med foreldelse og hevd står reglene derfor i en særstilling, fordi det antas at de i prinsippet kan anvendes på alle former for krav og retter.<sup>111</sup> Det er ikke enighet om absolutte kriterier for anvendelsen av de ulovfestede passivitetsreglene, og trolig er dette heller ikke ønskelig av hensyn til å ivareta reglenes fleksibilitet.<sup>112</sup> Med et såpass vagt innhold er det imidlertid enighet om at terskelen for å anvende reglene må være høy,<sup>113</sup> og i alle fall synes dette nødvendig når reglene anvendes som et supplement til lovfestede passivitetsregler. I den grad man kan utlede noe generelt om vurderingsnormen, antas passivitetsbortfallet normalt å kreve at den annen part er i god tro, og at den utviste passiviteten er urimelig.<sup>114</sup>

Når lovgiver har lagt opp til forskjeller mellom hevd og foreldelse, er det naturlig å nyansere bruken av de ulovfestede passivitetsreglene under hensyn til om de anvendes på fordringer eller retter. I sistnevnte tilfelle kan virkningen av reglene også betegnes som *ulovfestet ekstinksjon*.<sup>115</sup> Forarbeidene til hevdsloven åpner for at man kan tape eiendomsretten ved passivitet selv om hevdsvilkårene ikke er oppfylt, men legger opp til at dette først er aktuelt når rette eier har utvist *klanderverdig passivitet*.<sup>116</sup> Den alminnelige rettsvitenskapelige oppfatning går også ut på at eiers rene passivitet ikke er tilstrekkelig til at retten i ting kan falle bort.<sup>117</sup> Etter dommen i Rt. 1992 s. 43 (Sigdal) er denne forutsetningen noe usikker, fordi Høyesteretts flertall (3:2) aksepterte ulovfestet ekstinksjon uten at rette eier kunne bebreides. Rekkevidden av dommen er imidlertid omdiskutert, og i juridisk teori har flere stilt seg

---

<sup>110</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 366.

<sup>111</sup> Skag i *TJR 2011*, s. 526 og Monsen i *JV 2010*, s. 188.

<sup>112</sup> Skag i *TJR 2011*, s. 523-564 diskuterer dette under artikkelens punkt 4.

<sup>113</sup> Skag i *TJR 2011* s. 525.

<sup>114</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 366 og Monsen i *JV 2010* s. 188-189.

<sup>115</sup> Berg, *Hevd*, s. 62-71.

<sup>116</sup> Rådsegn 6 s. 6.

<sup>117</sup> Berg, *Hevd*, s. 62 med flere henvisninger i note 98. Se også Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 72 og Arnholm, *Tre utsnitt*, s. 286.

kritiske til avgjørelsen, fordi den ikke samsvarer med lovgiverforutsetningene om uaktsomhet fra rette eier for å gjøre unntak fra hevdsreglene.<sup>118</sup>

Tvisten i saken hadde utgangspunkt i en feilaktig grenseangivelse som hadde ført til at flere hytteeiere i omlag 19 år hadde innrettet seg i henhold til at de var eiere av grunnen. Ettersom de hadde vært i god tro i denne tidsperioden, var man tett opp til å hevde rett. Etter en interesseavveining godtok Høyesteretts flertall (3:2) ulovfestet ekstinksjon, og uten at man mente at rette eier kunne klandres for sin uvitenhet om grensefeilen. Mindretallet fant på sin side ikke grunnlag til å fravike hevdsvilkårene når den egentlige eieren ikke kunne bebreides.

Som nevnt viste også Høyesterett i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter) til at andre regler enn foreldelsesreglene rammer eiers passivitet. Som svar på anførsler om at restitusjonskravene ville bli opprettholdt urimelig lenge dersom foreldelsesreglene ikke ble funnet anvendelige, uttalte førstvoterende:

«Dette ville utvilsomt ha vært et synspunkt av vekt om en handleplikt ikke etter omstendighetene kunne etableres på et alternativt grunnlag. Det er imidlertid på det rene at *eier kan tape sin rett* ved passivitet. At dette gjennomgående vil ha større aktualitet ved andre ugyldighetsgrunner enn ved manglende rettslig handleevne, er i denne sammenheng uten betydning.»<sup>119</sup>

Når førstvoterende viser til at ulovfestede passivitetsregler har mindre aktualitet ved manglende rettslig handleevne, kan dette tyde på en oppfatning om at reglene er betinget av rette eier kan bebreides. Sett sammen med skepsisen til Sigdal-dommen, er det grunn til å hevde at forutsetningen i hevdslovens forarbeider fortsatt er aktuell. Førstvoterendes uttalelser i Åslandseter-dommen er imidlertid lite konkrete på dette punkt, og kan ikke brukes til å utlede noe direkte om spørsmålet. Problemstillingen i denne oppgaven innbyr heller ikke til en lengre diskusjon av de ulovfestede passivitetsreglene.

Det er likevel relevant å ha i minne at fordringer og vindikasjonsretter kan falle bort basert på ulovfestede passivitetsbetraktninger i tilfeller hvor verken vilkårene for foreldelse eller hevd er oppfylt. Ulikhetene mellom lovene kan da tale for at anvendelsen av de ulovfestede reglene må tilpasses ut fra om de anvendes på krav eller retter. For eksempel kan det være grunn til å kreve lenger tids passivitet når det er tale om bortfall av vindikasjonsrett, enn ved bortfall av en fordring. I grensetilfeller mellom fordring og rett kan det likevel hende at den ulovfestede

---

<sup>118</sup> Kåre Lilleholt i *JV 1994* s. 290, Berg, *Hevd*, s. 67, Marthinussen i *JV 2006* s. 8 og Sæbø i *Høyesteretts jubileumsskrift* s. 759 i note 40.

<sup>119</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 33.

vurderingsnormen ikke er spesielt påvirket av om rettighetsposisjonen er det ene eller andre, fordi flere av de aktuelle hensynene er sammenfallende.

### 3.3.4 Løftegivers passivitet ved ugyldig avtale

Før vi ser på tolkningsspørsmål ved grensdragningen mellom fordring og vindikasjonsrett etter foreldelsesloven (kapittel 4), vil jeg kort se på hvordan ulikhetene mellom fordringsopphør og hevd gir seg utslag i vurderingen av passivitetsbortfall ved ugyldig avtale.

Som jeg allerede har vært inne på, kunne man tenkt at restitusjonskrav ved ugyldighet gir løftegiver en fordring på restitusjon, fordi løftemottaker blir forpliktet til å levere tilbake det mottatte. Selv om restitusjonskravet skulle være begrunnet i en vindikasjonsrett, kan likheten med fordringstilfellene derfor tilsi at man ønsker en mer effektiv avvikling av restitusjonsforpliktelsen, og at foreldelsesloven derfor bør anvendes. I Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter) holdt Høyesterett seg likevel til tradisjonen for å skille mellom foreldelse og regler om ekstinktivt erverv i et tilfelle som gjaldt ugyldig avtale. De gjennomgåtte forskjellene mellom fordringsopphør og ekstinksjon kan bidra til å forstå hvorfor løsningen, i tillegg til å være i tråd med tradisjonen, også fremstår som rimelig.

Dersom løftegivers tilbakeføringskrav skulle vært gjenstand for foreldelse, ville dette ført til at løftemottaker får retten til objektet etter *relativt* kort tid, til tross for at han i de fleste tilfeller er i ond tro. Ugyldighetsreglene er innrettet slik at løftemottaker sjeldent er i god tro når ugyldighetsinnsigelsen er i behold, blant annet fordi de lovfestede og ulovfestede reklamasjonspliktene fører til tap av ugyldighetsinnsigelsen på et tidligere tidspunkt dersom løftemottaker ikke hadde forutsetning for å kjenne til ugyldighetsgrunnen. Det er ikke til hinder for anvendelsen av foreldelsesreglene at den forpliktete er i ond tro, fordi reglene som nevnt ikke stiller vilkår til den forpliktetes oppfatning av situasjonen. Det problematiske er imidlertid at *hevdsloven* krever god tro for å overta andre personers eiendom. Dersom tilbakeføringsretten er foreldet, gir man samtidig løftemottakeren en rett til objektet som han i utgangspunktet ikke har på grunn av ubundetheten. En slik løsning strider mot hevdsreglenes klare forutsetning om god tro for å hevde retter i ting, og kan fremstå som en omgåelse av reglene som det ikke er holdepunkter for at lovgiver har ment å åpne opp for. Ussing

argumenterer på lignende måte når han uttaler: «Hvis man kræver god tro til hævdsrøhvervelse, ville det være urimelig at lade ejerens vindikationsret falde bort ved forældelse over for en besidder i ond tro».<sup>120</sup>

Ser man bort fra forholdet til hevdsriteriene, kan det også argumenteres for at det generelt er uheldig å åpne for foreldelse av rettighetsposisjoner hvor *typetilfellet* innebærer at den annen part er i ond tro.<sup>121</sup> Selv om Høyesterett ikke er eksplisitt i sin omtale av hensynene i Åslandseter-dommen, ser det ut til at retten er inne på lignende betraktninger når førstvoterende, med henvisning til den gjennomgåtte litteraturen, uttaler at «reelle hensyn» støtter tradisjonen som foreldelsesloven bygger på.<sup>122</sup> I litteraturen som retten viser til, er det særlig sitatet fra Augdahl som beror på slike betraktninger.<sup>123</sup> Når eier har en tilbakeføringsrett fordi en avtale ikke er bindende for ham, skriver Augdahl, etter å ha nevnt reklamasjonspliktene:

«Men å la en bestemt tidsfrist være avgjørende uten hensyn til forholdene i det enkelte tilfelle, vil være åpenbart urimelig - ikke minst fordi en slik regel i første rekke vil komme ondtrøende mottager til gode.»<sup>124</sup>

Samlet sett synes det å være gode grunner til at foreldelsesloven ikke anvendes på tilbakeføringsretten ved ugyldig avtale. Det kan likevel innvendes at hevdstiden er urimelig lang i det fåtall av tilfeller hvor ugyldigheten faktisk gjelder på tross av løftemottakers gode tro. Her er imidlertid innrettelsesbehovet ivaretatt gjennom de ulovfestede passivitetsreglene. Disse synes også bedre egnet som bortfallsgrunnlag, fordi de supplerer hevdsreglene slik at virkningen fører til ulovfestet ekstinksjon av retten til tingen.<sup>125</sup> Argumentene mot anvendelse av foreldelsesreglene treffer imidlertid først og fremst når det er tale om tradisjonelle ugyldighetsgrunner hvor partene er ubundet av avtalen fra starten av. Som jeg vil komme nærmere inn på i kapittel 5, må foreldelseslovens anvendelse muligens nyanseres nærmere basert på hvilket ugyldighetstilfelle man er i.

---

<sup>120</sup> Ussing, *Obligationsretten*, s. 88.

<sup>121</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 169 i petitavsnitt.

<sup>122</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 32.

<sup>123</sup> Dommens avsnitt 27 med sitat fra Augdahl.

<sup>124</sup> Augdahl, *Obligasjonsrett*, s. 117-119.

<sup>125</sup> Se for eksempel Oslo tingretts dom av 28. oktober 2009 (Pushwagner), som gjaldt tilbakeføring av kunstverk basert på opprinnelig ugyldighet (etter avtaleloven § 36). Kravet hadde grunnlag i eiendomsrett, og man kunne derfor ikke anvende foreldelsesloven. Retten vurderte bortfall med grunnlag i ulovfestede passivitetsregler, og selv om retten mente løftegiver hadde utvist klanderverdig passivitet, ble det lagt til grunn at behovet for å gjenopprette det riktige eiendomsforholdet måtte gis forrang, og særlig fordi løftemottaker *ikke var i aktsom god tro*. Dersom retten hadde kommet til passivitetsbortfall, ville resultatet hatt som konsekvens at løftemottaker ekstingverte retten til kunstverkene.

# 4 Nærmere om fordring og vindikasjon etter foreldelsesloven § 1

## 4.1 Opplegg

I forrige kapittel ble det sett på *hvorfor* foreldelsesloven ikke er ment å omfatte vindikasjonsretter. Det skal nå ses nærmere på utgangspunktene for *hvordan* grensen mellom fordring og vindikasjonsrett bør trekkes etter foreldelsesloven § 1.

Når man vurderer fl. § 1 opp mot forarbeidenes avgrensning mot vindikasjonsrett, oppstår det enkelte *generelle tolkningsspørsmål*. Er det for eksempel slik at alle vindikasjonsposisjoner er unntatt foreldelse, eller har man rettskildemessige holdepunkter for å komme frem til foreldelse av noe som er en vindikasjonsrett i visse rettslige sammenhenger? Her oppstår problemstillinger knyttet til bruken av reglene om vindikasjon, og særlig spørsmålet om overføringsverdien til kildene om separatistrett i konkurs. Disse spørsmålene behandles senere i kapitlet, men først vil jeg fremheve noen helt generelle forutsetninger for å kunne betegne noe som vindikasjonsrett.

## 4.2 Almennelige kriterier for vindikasjon

### 4.2.1 Eiendomsrett

Det første som må påpekes, er at eiendomsrett er en grunnleggende forutsetning for å vindisere. *Vindikasjonsrett* kan nemlig defineres som *eiers rett til å få utlevert en ting* som er i en annen persons besittelse, hvor det utelukkende er eierforholdet til tingen som begrunner utleveringsretten.<sup>126</sup> Selv om vindikasjonsretten rent faktisk utøves overfor den personen som besitter objektet, er den å betrakte som et utslag av eierens negative råderett som *gjelder overfor enhver person* som ikke har et særlig grunnlag for å sitte med tingen.<sup>127</sup> Ettersom eiendomsretten begrunner utleveringskravet, vil et tap av eiendomsretten medføre at man heller ikke har mulighet til å vindisere tingen. En vindikasjonsrett kan dermed foreligge i en

---

<sup>126</sup> Getz, *Juridiske Afhandlinger*, s. 418 og Opsahl, *TfR 1953*, s. 267 i note 1. En kan riktignok også snakke om vindikasjon når andre med «tinglig rett» i objektet krever utlevering. For eksempel kan personer med en *særlig rett* undertiden også vindisere til seg besittelsen, jf. Opsahl samme sted. I denne oppgaven er fremstillingen avgrenset til *eiers* vindikasjonsrett.

<sup>127</sup> Se generelt om eiers negative råderett i Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 41.



rekke ulike situasjoner hvor andre enn rette eier er i besittelse av formuesgodet. Bruken av begrepet er imidlertid ikke alltid like konsekvent, og det kan være sterkere forbundet med noen typetilfeller enn andre. I det videre vil det derfor gjøres noen *presiseringer*, slik at det ikke er tvil om hva som omfattes av vindikasjonsbegrepet etter den alminnelige definisjonen.

Ofte ser man at vindikasjon betegnes som en rett som opprettholdes overfor *tredjemann*.<sup>128</sup> Dette er nok fordi man ofte behandler vindikasjon i tredjemannskonflikter, hvor retten settes som et motstykke til ekstinksjon fra et konkursbo eller fra en godtroende omsetningsserverver. Vindikasjon kan imidlertid også betegne tilfeller hvor eieren har utleveringsrett i et topartsforhold. Eieren vindiserer dermed en gjenstand hos tyven som har stjålet den, eller sin eiendom når vilkårene for å hevde rett ikke er oppfylt.<sup>129</sup> I denne fremstillingen blir det derfor relevant at også restitusjonskravet mot den annen part kan anses som en vindikasjonsrett i tilfeller av ugyldig avtale.<sup>130</sup>

Umiddelbart forbindes vindikasjonsbegrepet gjerne med tilbakesøking av gjenstander i tilfeller hvor eieren har blitt frarøvet besittelsen på en *klanderverdig måte*. En slik oppfatning krever korrigeringer: Det er irrelevant hvordan besitteren har fått tilgang til eiendelen, så lenge man konstaterer at tilbakesøkerens eiendomsrett er i behold.<sup>131</sup> Vindikasjonsbegrepet er derfor også beskrivende for tilfellene hvor man krever en gjenstand utlevert fra en person som har hatt et rettmessig grunnlag for besittelsen, for eksempel på grunn av en låneavtale, men hvor dette grunnlaget ikke lenger gjelder.<sup>132</sup> Vindikasjonsretten er slik sett ikke begrunnet i et ønske om å «straffe» besitterens opptreden, men er kun et utslag av at rette eier fortsatt innehar retten over tingen. Når denne fremstillingen dreier seg om restitusjon ved ugyldig avtale, vil dette som regel innebære *tilbakesøking* av et objekt som eieren opprinnelig var i besittelse av. Vindikasjonsrett behøver imidlertid ikke forekomme i et slikt

---

<sup>128</sup> I store norske leksikon er «vindikasjon» definert som tilbakesøking av ting «som er kommet på tredjemanns hånd», jf. [www.snø.no/vindikasjon](http://www.snø.no/vindikasjon) (april 2015).

<sup>129</sup> Berg, *Hevd*, s. 78.

<sup>130</sup> Se eksempel på dette i Rt. 2012 s. 506.

<sup>131</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 325 betegner vindikasjonsrett som «kravet på å få sin egen ting tilbake når den på lovlig (...) eller ulovlig vis (...) er kommet på tredjepersons hånd». Se også von Eyben, *Forældelse*, s. 109 og Opsahl, *TfR 1953*, s. 267-310, hvor vindikasjon av penger omtales i en rekke ulike tilfeller.

<sup>132</sup> Eksempelvis kan man ha vindikasjonsrett til penger som er betrodd til oppbevaring hos en annen, se Sæbø, *Festskrift til Kjønstad*, s. 603-614.

tilbakeføringsforløp, idet eieren også kan ha tilsvarende utleveringsrett i tilfeller hvor en annen har *mottatt gjenstanden på vegne av ham*.<sup>133</sup>

Når det er eiendomsretten til objektet som gir grunnlaget for vindikasjonsretten, kan det trekkes opp skiller mellom vindikasjon og andre tilbakesøkningsgrunnlag som ikke kan begrunnes i opprettholdt eiendomsrett til objektet. For eksempel er vindikasjon av penger noe annet enn *tilbakesøking etter læren om condictio indebiti*. I kjernetilfeller av *condictio indebiti* har betaleren vært i villfarelse og ansett seg forpliktet overfor motparten, men uten at disposisjonen som sådan er ugyldig. Når tilbakesøkningskravet likevel godtas, er dette begrunnet i en konkret rimelighetsavveining av partenes stilling,<sup>134</sup> og ikke i at den tilbakesøkende har en bestående eiendomsrett til pengene.<sup>135</sup>

Videre må det også trekkes et skille mellom vindikasjon og *erstatningskrav*, ettersom sistnevnte er rene pengekrav begrunnet i et økonomisk tap etter en ansvarsbetingende handling. Ved ugyldig avtale kan løftegiver ha krav på erstatning for *negativ kontraktsinteresse* dersom vilkårene for dette er tilstede, for eksempel i tilfeller hvor restitusjonen av overført ytelse ikke kan gjennomføres. I henhold til foreldelsesreglene er det ikke tvilsomt at slike erstatningskrav er foreldbare fordringer.<sup>136</sup>

Det er også naturlig å knytte en kommentar til forskjellen mellom vindikasjonsretter og restitusjonskrav som oppstår ved at en avtale *heves med virkning for foretatt oppfyllelse* (*ex tunc*). Heving innebærer, til forskjell fra ugyldighet, at avtaleforholdet består mellom partene, og at det kun er selve oppfylleelsesforpliktelsen som suspenderes. Det er derfor ikke vanlig å begrunne restitusjonskravet i en beholdt rett til det overførte objektet. Mer presist er det nok heller å hevde at det er selve misligholdet som gir grunnlag for tilbakeføringskravet.<sup>137</sup> Det er

---

<sup>133</sup> Dette kan man se eksempel på i Rt. 1930 s. 463, som gjaldt spørsmål om skattemyndighetenes separatistrett til penger i en lensmanns insolvente dødsbo. Lensmannen hadde mottatt pengene på vegne av myndighetene, og Høyesterett formulerer problemstillingen som et spørsmål om vindikasjonsrett.

<sup>134</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 705-710.

<sup>135</sup> Opsahl, *TfR 1953*, s. 267 i note 1 og Bergsåker, *Festskrift til Andenæs*, s. 19. Som begge forfattere er inne på, kan enkelte feilbetalinger befinne seg i grenselandet mellom *condictio indebiti* og ugyldighet. For denne fremstillingen er det tilstrekkelig å legge til grunn at kjernetilfellene av *condictio indebiti* ikke gir grunnlag for vindikasjon. Flertallets løsning (4:1) i Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg) fører riktignok til et uklart forhold mellom *condictio indebiti* og vindikasjon, men dommens løsning bør ikke opprettholdes for senere tilfeller. Se nærmere omtale av dommen nedenfor i kapittel 7.3.

<sup>136</sup> Jf. Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 78.

<sup>137</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 210.

i norsk rett enighet om at restitusjonskravet ved heving er en fordring som er gjenstand for foreldelse.<sup>138</sup>

#### 4.2.2 Identifisering

Implisitt i vindikasjonsrettens forutsetning om beholdt eiendomsrett, ligger et krav om at man må påvise eiendomsobjektet hos den man ønsker å vindisere fra. I praksis og teori formuleres dette ofte som et *krav om identifisering* av en bestemt gjenstand som eiendomsretten knytter seg til.<sup>139</sup> I sin behandling av vindikasjonsrettens grenser i norsk rett, omtalte Bernhard Getz dette identitetsvilkåret som «det for vindikation nødvendige eiedombevis».<sup>140</sup>

Terminologisk kan man se at *Lindskog* skiller mellom *rettslig identitet* og *faktisk identifiserbarhet* ved objektet man ønsker utlevert, hvor en opprettholdt eiendomsrett krever at begge vilkår er innfridd.<sup>141</sup> Begrepsbruken er ment å beskrive tilfellet hvor man faktisk kan identifisere gjenstanden man ønsker utlevert, men hvor den rettslige identiteten ikke er i behold, fordi noen andre har ervervet retten gjennom ekstinksjon. Og motsatt, kan det tenkes at det ikke er grunnlag for ekstinksjon, men at objektet ikke er å oppdrive og derfor ikke er faktisk identifiserbart. Dette skillet innebærer reelt sett det samme som denne oppgaven betegner som eiendomsrett og identifisering av objektet som forutsetninger for vindikasjonsrett. Vurderingen av disse to kriteriene vil imidlertid henge sammen på en slik måte at de ofte glir over i hverandre, og da særlig når det kommer til spørsmålet om *grensene for identifisering* av objektet.<sup>142</sup>

Denne sporingen av vindikasjonsobjektet er i mange tilfeller uproblematisk. Det som skaper problemer er særlig situasjonene hvor eiendomsretten knyttes til objekter som har egenskaper som gjør at de er vanskelig å identifisere når de blandes sammen med andre identiske objekter. Gjeldende rett synes ikke helt avklart når det kommer til grensene for når eiendomsretten består i disse tilfellene, og overgangen mellom vindikasjonsrett og fordring mot besitteren kan dermed virke flytende. Et tilleggsspørsmål er hva som skal til for at eiendomsretten, og derav vindikasjonsretten, kan flyttes over til et objekt som trer i stedet for objektet som eiendomsretten opprinnelig var knyttet til (*surrogasjon*). Disse spørsmålene havner under de konkrete spørsmålene om restitusjonsobjektets betydning for foreldelsesreglenes anvendelse, og behandles senere i fremstillingen. Det avgjørende for den

---

<sup>138</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 76 med nærmere henvisninger og Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 210.

<sup>139</sup> Sæbø, *Festskrift til Kjøntad*, s. 606, Marthinussen, *Separatistrett*, s. 34 og Lindskog, *Betalning*, s. 653.

<sup>140</sup> Getz, *Juridiske afhandlinger*, s. 437.

<sup>141</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 654.

<sup>142</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 654 i petitavsnitt.

videre fremstillingen er at alle former for vindikasjon er begrunnet i fortsatt eiendomsrett, og at dette krever identifisering av objektet for retten.

### 4.3 Er alle former for vindikasjon unntatt foreldelse?

Spørsmålet nå er hvordan man mer konkret skal tolke *foreldelseslovens avgrensning* mot vindikasjonsrett, om avgrensningen er absolutt, eller om det etter gjeldende rett kan være aktuelt å legge til grunn foreldelse av en vindikasjonsrett. Utgangspunktet for spørsmålet er vilkåret om «fordring» i foreldelsesloven § 1, og som nevnt er det ikke opplagt hvor strengt man skal tolke regelen med grunnlag i forarbeidsuttaelsen.

Tar man forarbeidene på ordet, er et tilbakeføringskrav ikke gjenstand for foreldelse når det faller inn under karakteristikken «eiers vindikasjonsrett».<sup>143</sup> I den grad rettighetsforholdene tilsier at tilbakeføringskravet ved en ugyldig avtale innebærer vindikasjon, skulle dette derfor også medføre at posisjonen ikke er gjenstand for foreldelse. Ser man nærmere på Høyesteretts innfallsvinkel til spørsmålet i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter), er det imidlertid ikke opplagt at retten ser for seg et slikt «dikotomisk», enten/eller-skilte mellom foreldbar fordring og vindikasjonsrett. Med utgangspunkt i foreldelseslovens § 1, formulerer førstvoterende Endresen det overordnede spørsmålet på følgende måte:

«Spørsmålet er hva som i denne sammenheng omfattes av begrepet fordring. At en eiers vindikasjonskrav som utgangspunkt ikke foreldes, er utvilsomt. Det tvisten gjelder er om dette utgangspunktet kan opprettholdes når det reises krav om tilbakeføring av en eiendom som er overdradd i henhold til en avtale som forutsetningsvis er ugyldig fordi avhenderen mangler rettslig handleevne.»<sup>144</sup> (Min utheving).

Slik spørsmålet er formulert, synes førstvoterende å stille seg åpen for at tilbakeføringskravet kan være gjenstand for foreldelse på tross av at det skulle falle inn under kategorien «eiers vindikasjonsrett», og at man derfor la opp til en vurdering av om den aktuelle vindikasjonsretten *burde* være gjenstand for foreldelse. Skulle man fulgt en slik innfallsvinkel for spørsmålene om foreldelseslovens anvendelsesområde i denne fremstillingen, ville det i så fall ikke vært avgjørende å vurdere om tilbakeføringskravet var et utslag av eiendomsrett eller ikke. Dette ville i så fall fraveket den løsningen som tradisjonen og systematikken mellom reglene om foreldelse og ekstinktivt erverv tilsier. Ser man nærmere på Høyesteretts

<sup>143</sup> Innst. 1957 s. 13 og Ot.prp. nr. 28 (1977-1978) s. 51. Gjennomgått under kapittel 2.2.1.

<sup>144</sup> Jf. dommens avsnitt 21.

vurdering av rettskildebildet i Åslandseter-dommen, blir det imidlertid klart at førstvoterende ikke finner grunnlag for å fravike avgrensningen som foreldelsesloven bygger på.

Førstvoterende konkluderer på følgende måte:

«Min konklusjon er etter dette at overdragers restitusjonskrav overfor den som har ervervet gjenstanden ved en avtale som ikke er bindende for overdrageren ikke foreldes, er et utslag av en innarbeidet rettstradisjon, synes forutsatt av lovgiver og har hatt alminnelig tilslutning i teorien over lang tid. Jeg kan ikke se at det er noen grunn til å fravike denne forståelse av foreldelsesloven.»<sup>145</sup>

Ser man nærmere på teorien som det vises til i dommen, synes forfatterens resonnement å innebære et generelt standpunktet om at et krav på tilbakelevering ikke er gjenstand for foreldelse *fordi det er en vindikasjonsrett*,<sup>146</sup> slik forarbeidene også legger opp til. At Høyesterett enstemmig opprettholdt en tradisjonsbundet tolkning av fordringsbegrepet, kan tilsa at man også kommer til å gjøre dette i andre saker der en part argumenterer for å fravike ordningen som foreldelsesloven bygger på. Jeg kan ikke se at det har fremkommet kritikk av dommens løsning i teori eller praksis, og kommentarene til dommen synes først og fremst å gå ut på at den er avklarende, men at den ikke er overraskende.<sup>147</sup>

Særvoterende dommer Tjomsland er mer nølende når han slutter seg til førstvoterendes løsning. I favør av å fravike tradisjonen, uttrykker han at «realbetraktninger» rundt restitusjonsobjektene betydning også taler for å se de aktuelle tilbakeføringskravene som «fordring på restitusjon».<sup>148</sup> Som jeg kommer nærmere inn på i kapittel 6, har Tjomslands betraktninger trolig grunnlag i hans oppfatning rundt foreldesspørsmålet ved *restitusjonskrav på penger* etter ugyldig avtale, hvor innholdet av gjeldende rett er mindre klart.

Utgangspunktet for den videre drøftelsen er at rettslige posisjoner ikke er gjenstand for foreldelse i den grad kriteriene for vindikasjon er oppfylt, og at man derfor ikke kan vurdere foreldelse av vindikasjonsretter. Det avgjørende blir da å bestemme når, og i hvilken utstrekning, man innehar vindikasjonsrett ved ugyldig avtale. Som vi skal komme inn på i kapittel 6, er denne rettslige innfallsvinkelen imidlertid ikke like opplagt ved restitusjon av penger, hvor rettstilstanden er mer usikker.

---

<sup>145</sup> Jf. dommens avsnitt 34.

<sup>146</sup> Avsnitt 26-30 i dommen, hvor det henvises til Holmboe, *Foreldelse*, s. 29, Augdahl, *Obligasjonsrett*, s. 117-119, Arnholm, *Almindelig obligasjonsrett*, s. 218-219, Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 743 og Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 77.

<sup>147</sup> Se Per Racin Fosmarks omtale av dommen i kommentar til foreldelsesloven § 1 på [www.lovdatab.no](http://www.lovdatab.no) (sist oppdatert 4. mai 2015). Se også Stavang i *NiP 2012* s. 15, som argumenterer for at dommens resultat også kunne begrunnes i den naturlige forståelsen av «fordring», jf. fl. § 1.

<sup>148</sup> Særvoterende Tjomslands votum i avsnitt 38-41.

## 4.4 Vindikasjon i og utenfor konkurs

Det neste spørsmålet er om grensedragningen mellom foreldbar fordring og vindikasjonsrett er lik i alle sammenhenger hvor det sondres basert på om man innehar eiendomsrett til ting i andre personers besittelse.<sup>149</sup> Spørsmålet har betydning for kildetilfanget, fordi det er få kilder om ugyldighet og vindikasjon i tilknytning til foreldelsesloven, men flere kilder som behandler spørsmålene i andre relasjoner. Særlig foreligger det et visst tilfang av kilder om ugyldighet og separatistrett i konkurs.

Dekningsloven § 2-2 avgrensner kreditorenes beslagsrett til formuesgoder som «tilhører» skyldneren. Når det er tale om å avgrense beslagsretten mot ting som har kommet til skyldneren fra en *hjemmelsmann*, for eksempel gjennom en ugyldig avtale, er de reelle rettighetsforholdene mellom hjemmelsmannen og debitor avgjørende, og konkursboet skal da ikke bygge på debtors legitimasjon.<sup>150</sup> Selv om fl. § 1 og deknl. § 2-2 er utformet med sikte på ulike situasjoner, hvor sistnevnte regulerer konflikten med en tredjepart, er det *rettslige utgangspunktet* i bestemmelsene derfor likt. Konsekvensen av reglene er at en hjemmelspersons vindikasjonsrett verken er gjenstand for konkursbeslag eller foreldelse.

De mer uklare spørsmålene oppstår når den aktuelle rettighetsposisjon er i grenseområdet mellom vindikasjon og fordring, for eksempel fordi identifiseringen av objektet byr på problemer. Forarbeidene til foreldelsesloven viser til at det nærmere innholdet av fordringsbegrepet må fastlegges nærmere gjennom juridisk tradisjon og rettspraksis.<sup>151</sup> På lignende vis kan man se at dekningslovens forarbeider presiserer at grensene for beslagsretten vil måtte trekkes opp av mer konkrete regler.<sup>152</sup> Med dette kan det tenkes at det har utviklet seg ulovfestede kriterier for separatistrett som ikke nødvendigvis er overførbare til spørsmålet om ikke-foreldbar vindikasjonsrett utenfor konkurssituasjonen. For denne oppgavens del vil sammenligningen av situasjonene særlig komme på spissen for spørsmålene om vindikasjon av penger. Et problem med å se hen til kildene i konkurssituasjonen er imidlertid at rettstilstanden heller ikke her synes å være avklart.<sup>153</sup> Disse forholdene hører inn under spørsmålet om restitusjonsobjektets innvirkning på foreldelseslovens anvendelse, som

---

<sup>149</sup> Se om dette spørsmålet som metodisk utfordring over i kapittel 1.2.2.

<sup>150</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 157-158. Se Rt. 1935 s. 981 (Bygland).

<sup>151</sup> Innst. 1957 s. 12-13.

<sup>152</sup> NOU 1972: 20 s. 255.

<sup>153</sup> Sæbø, *Høyesteretts jubileumsskrift*, s. 760 hvor han nevner vindikasjon av penger i konkurs som et område av formueretten hvor rettstilstanden ikke synes avklart.

behandles mer inngående nedenfor. I det videre drøftes mer overordnede betraktninger om avgrensningen av vindikasjonsrett i og utenfor konkurs, slik at man får et tydeligere bilde av konsekvensene som kan oppstå ved valget mellom en *generell eller mer relativ løsning* på problematikken.<sup>154</sup>

Høyesterett har aldri tatt direkte stilling til spørsmålet. I tilfellene hvor spørsmålet er berørt i underrettspraksis, synes kriteriene for ikke-foreldbare vindikasjonsrett til penger å ha blitt ansett for å være de samme som kriteriene for separatistrett i konkurs.<sup>155</sup> Dommene har imidlertid begrenset vekt for det prinsipielle spørsmålet. I foreldelseslitteraturen synes flere å innta en mer «relativ» holdning, hvor man mener at grensen for separatistrett *ikke nødvendigvis* samsvarer med grensen mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner.

Se for eksempel Skag som uttrykker skepsis til direkte overføringer av vilkår som ligger til grunn for separatistrett når man vurderer foreldelseslovens virkeområde.<sup>156</sup> Tilsvarende Sæbø som uttrykker at «grensen mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner [må] trekkes etter en analyse av de hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til foreldelse, hvor det at vindikasjon i konkurs kan være utelukket, ikke i seg selv får avgjørende betydning.»<sup>157</sup> Kjørven m.fl. synes å legge til grunn at vindikasjon av penger i konkurs har relevans for vindikasjonen mellom partene utenfor konkurssituasjonen, men uttrykker at vilkårene ikke nødvendigvis er identiske.<sup>158</sup> Bergsåker kan synes å forutsette en mer lik grensdragning, men dette er noe uklart ettersom han ikke omtaler metodeproblematikken direkte.<sup>159</sup>

Som argument for ulike grenser, fremhever enkelte at regler som er utformet med tanke på forholdet inter partes, som for eksempel ugyldighetsreglene og foreldelsesreglene, ikke har direkte overføringsverdi til konflikten med konkursboet, hvor hensynet til de usikrede kreditorene gjør seg gjeldende. Kreditorhensynet vil etter denne betraktningen kunne gjøre vindikasjonsretten mer begrenset overfor konkursboet enn hva den er mellom partene utenfor konkurs.<sup>160</sup> Selv om det gjelder et hensyn om likebehandling av usikrede kreditorer i konkurs, er det imidlertid ikke opplagt at dette tilsier at selve vindikasjonsretten bør begrenses mer i

---

<sup>154</sup> Jf. metodeproblematikken som ble beskrevet i kapittel 1.2.1.

<sup>155</sup> Borgarting i LB-2003-10209, inntatt i RG.2005 s. 712, og Gulating i LG-2004-44193. Se også Borgarting i LB-2013-29537. Saken gjaldt ikke fl. § 1, men er relevant fordi sammenligner vindikasjon i og utenfor konkurs.

<sup>156</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 167 (petit) og s. 209.

<sup>157</sup> Sæbø, *Festskrift til Kjønsdal*, s. 612.

<sup>158</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 77 i note 159.

<sup>159</sup> Bergsåker, *Festskrift til Andenæs*, s. 17-18.

<sup>160</sup> Sæbø konkluderer i denne retningen i *Festskrift til Kjønsdal* s. 611-613. Se Andenæs, *Konkurs*, s. 208 som uttrykker at «hensynet til lik behandling av kredittyterne kan (...) tale for å ikke strekke separatistretten på grunnlag av ugyldighetsregler for langt». Også Opsahl i *TJR 1953*, s. 282 når han uttrykker at «(...) den beskyttelse som ugyldigheten skal gi avhenderen, bygger ofte på andre hensyn enn mottakerens insolvens. Og det kan nok tenkes at avhenderen må nøye seg med en vanlig fordring selv om pengene er i behold [hos debitor].»

enn utenfor konkurs.

I Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling I) godtok Høyesterett separatistrett til et pengebeløp som hadde havnet i debitors (Høyfjellsutvikling AS) besittelse via et underslag. Vindikasjonsrett ble her godtatt selv om pengene var blandet med andre penger, og selv om de hadde gått inn i en fast eiendom. Forbindelsen til pengene fra underslaget var derfor ikke veldig klar (jf. identitetskravet som ble omtalt i kapittel 4.2). Høyesterett trakk frem at sporingen av de midlene kunne bli utfordrende dersom de hadde forsvunnet inn i debitors økonomi, og problematiserte også om vindikasjonsretten kunne være hindret av passivitet. Konklusjonen ble imidlertid at vindikasjonsretten var i behold. Når man ser på Høyesteretts behandling av spørsmålet, er drøftelsen hovedsakelig knyttet til tiden før konkursen. Det er ingenting i resonnementet som tyder på at retten vurderte vindikasjonsadgangen annerledes fordi man på det aktuelle tidspunkt faktisk befant seg i konflikten med kreditorfellesskapet. Dette *kan* tyde på at Høyesterett forutsatte lik vindikasjonsrett i og utenfor konkurs, men spørsmålet ble ikke problematisert i saken, og dommen har på dette punkt derfor begrenset vekt.

Selv om underrettspraksis ikke gir avgjørende bidrag til spørsmålet, kan det være interessant å merke seg Borgartings avgjørelse av 20. juni 2014 (LB-2013-29537). Saken gjaldt blant annet vindikasjonsrett til penger overfor advokatfirmaet Arntzen de Beche (AdeB). Avokatfirmaet hadde mottatt midlene som betaling fra en klient. Pengene var imidlertid utbytte fra aksjer som klienten ikke var rettmessig eier av, ettersom aksjene var overført i henhold til ugyldig avtale. De rettmessige eierne av aksjene søkte derfor å vindisere tilbake utbyttedmidlene fra AdeB. Spørsmålet oppsto utenfor konkurs, og dommen er den til nå eneste avgjørelsen som foretar en inngående sammenligning av hensynene som gjør seg gjeldende ved vindikasjon av penger i og utenfor konkurs. Etter gjennomgang av rettskildene, kom lagmannsretten til at man måtte holde seg til kriteriene som gjelder for konkurssituasjonene. Dette ble særlig begrunnet i retts tekniske hensyn, og at det syntes best i overensstemmelse med den tilgrensende lovgivningen. Et problem ved lagmannsrettens drøftelse er imidlertid at det forutsettes at rettstilstanden i konkurssituasjonen er avklart, noe som er ikke er sikkert de lege lata. I konklusjonen uttrykker lagmannsretten at den har funnet spørsmålet utfordrende. Kanskje er det derfor grunnlag for å hevde at spørsmålet burde bli behandlet av Høyesterett.<sup>161</sup>

Et argument for å trekke grensene likt, er at motsatt løsning kan gi usammenhengende overganger mellom reglene. Foreldelsesspørsmålet oppstår både i og utenfor konkurs, og det

---

<sup>161</sup> Høyesteretts ankeutvalg tillot ikke anken fremmet i HR-2014-1959-U, og begrunnet dette i at avgjørelsen ikke hadde betydning utover den foreliggende saken, jf. tvisteloven § 30-4. Se imidlertid Per Racin Fosmark i merknad til lagmannsrettens avgjørelse på [www.lovdatab.no](http://www.lovdatab.no) (sist oppdatert 4. mai 2015). Racin Fosmark fremhever at lagmannsretten viste til mangelen på sammenlignbar rettspraksis, og at dommerne ga uttrykk for tvil. Det er nærliggende å tolke Racin Fosmark slik at han stiller seg noe uforstående til ankeutvalgets beslutning. Se for øvrig Sæbø i *Høyesteretts jubileumsskrift*, s. 760 som nevner vindikasjon av penger i konkurs som et område av formueretten hvor det er behov for avklaringer i Høyesterett.



er ikke uvanlig at konkursboet påberoper at fordringer som gjøres gjeldende mot debitor er foreldet. Problemene med å trekke ulike grenser kan illustreres med følgende vri på eksempelet som ble benyttet innledningsvis:

Aksjene i et aksjeselskap er overført fra H til A, og A har tatt utbytte fra selskapet og plassert dette direkte på sin egen sparekonto. Overføringen mellom H og A er imidlertid ugyldig, og H har som utgangspunkt derfor vindikasjonsrett over aksjene. Gjennom selskapet har han også vindikasjonsrett til utbyttet. På kontoen hvor utbyttedmidlene ble plassert står det allerede midler som tilhører A, og pengene er derfor blandet slik at utbyttedmidlene ikke kan individualiseres. Kontoen blir stående urørt etter at midlene ble plassert der, og det finner ikke sted nye inn- eller utbetalinger. Det forutsettes nå at sammenblandingen hindrer separatistrett for H dersom A er konkurs, men at man i henhold til foreldelseslovens fordringsbegrep kan ha opprettholdt vindikasjonsrett på tross av sammenblandingen. I tiden når A er solvent, vil H fortsatt være eier og ha vindikasjonsrett til pengene, og det løper da ingen foreldelsesfrist på retten, selv om den etter omstendighetene falle bort etter ulovfestede passivitetsregler. Etter en tid slås imidlertid A konkurs, og på grunn av sammenblandingen har H ikke separatistrett til midlene. Det som i utgangspunktet var et tilbakeføringskrav må i så fall grunnes på et erstatningskrav, som kun gir en uprioritert fordring i boet. Burde det være mulig å komme til at fordringen samtidig er en vindikasjonsrett overfor boet når man vurderer anvendelsen av foreldelsesloven? Eller er det slik at vindikasjonsretten overfor A, generelt begrenses i konkurssituasjonen, slik at den både går over til en foreldbar og uprioritert fordring når konkursen inntreffer?

Disse løsningene er begge noe uventet når man sammenligner dem med utgangspunkt etter fl. § 1 og deknl. § 2-2, som viser til en avklaring av rettighetsforholdene inter partes.

Konkursboet skal etter dekningslovens utgangspunkt ikke kunne gjøre gjeldende større rett overfor hjemmelsmannen enn hva debitor kan. Som nevnt er det likevel ikke noe direkte i veien for at det kan gjelde ulovfestede kriterier som gjør beslagsretten mer omfattende enn hva lovregelen i deknl. § 2-2 gir uttrykk for, men det må i så fall det være klare rettskildemessige holdepunkter for denne løsningen.

En relativisert løsning basert på om retten vurderes i eller utenfor konkurs, kan også virke lite gjennomtenkt dersom man ser på sammenhengen til andre regler. Det synes for eksempel å være enighet om at skiftelovens preklusjonsregler skal avgrenses på tilsvarende måte som

foreldelsesloven.<sup>162</sup> Preklusjonsreglene gjelder «forpliktelse» som påhvilde avdøde, jf. sl. § 74, og loven betegner også kravene som «fordringe[-r]», jf. § 75 første ledd. Ved sammenligningen av reglene, viser både Augdahl og Hagstrøm til at effektivitetshensyn kunne talt for å gi preklusjonsreglene et videre anvendelsesområde enn foreldelsesloven, men legger til grunn at retts tekniske hensyn må gis forrang. Begge gir avgjørende vekt til skiftelovens språkbruk, og mener at den alminnelige forståelsen av ord som «kreditor» og «fordring» gjør at det vil være urimelig å gi preklusjonsreglene videre rekkevidde. Det fremheves at en differensiering mellom reglenes anvendelsesområde kan virke som en felle overfor den med eiendeler i boets besittelse.<sup>163</sup> Augdahl og Hagstrøm konkluderer derfor med en generell regel om at preklusjon har samme rekkevidde som foreldelse.<sup>164</sup>

Ettersom preklusjonsreglene, i likhet med beslagsretten etter dekningsloven, er myntet på en konflikt hvor hensynet til kreditorer i boet gjør seg gjeldende, ville det virke noe tilfeldig dersom konkursboets beslagsrett gis videre rekkevidde i konflikten med debtors hjemmelmenn enn det som følger av preklusjonsreglene. Argumenter om felles forståelse av fordringsbegrepet treffer også her, og taler for å avgrense beslagsretten slik at det som i det ene øyeblikket var en vindikasjonsrett overfor motparten, ikke ekstingveres til en fordring overfor konkursboet fordi motparten blir insolvent.

Selv om den skandinaviske holdningen til rettslige begreper generelt er relativistisk, er det som tidligere nevnt, forskjeller med hensyn til hvor skjønnspregede de rettslige vilkår er. Noen begreper har et fastere innhold på tvers av situasjonene enn andre. Etter min mening fremstår ikke spørsmålet om opprettholdt vindikasjonsrett som spesielt skjønnsbasert, ettersom de ulike lovreglene spør om en fastleggelse av de reelle eierforholdene mellom to parter. Lindskog kan synes å ha samme innfallsvinkel til denne problematikken. Selv om han generelt inntar en relativistisk holdning til bruken av rettslige begreper,<sup>165</sup> avviser han en slik differensiering når han behandler prinsippene for surrogasjon i henhold til ulike lovregler. Han skriver:

«Det kan sättas i fråga om principerna för surrogation bör vara desamma alldeles oberoende av vilken rättsregel vars tillämpning aktualiseras. Således skulle det kunna tänkas at principerna för surrogation har ett visst innehåll för det som torde vara det vanlige fallet, nämligen när A hävdar separationsrätt till

<sup>162</sup> Augdahl, *Obligasjonsrett*, s. 129-130, Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 788-789, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 326 og Sæbø, *Festskrift til Kjønsstad*, s. 607.

<sup>163</sup> Augdahl, *Obligasjonsrett*, s. 129-130 og Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 789.

<sup>164</sup> Augdahl og Hagstrøm samme steder.

<sup>165</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 83-84.

surrogatet, och ett annat innehåll om det hela handlar om ansvar för casusförstörelse av detta. *Det framstår emellertid som tverksamt om det finns något utrymme för att differentiera vilka förutsättningar som gäller för surrogation beroende på vilken regel vars tillämpning är aktuell.»*<sup>166</sup>(Min utheving).

Han begrunner synspunktet slik:

«Det har att göra med att utgangspunkten for frågan om surrogation er det obligatoriska förhållandet mellan ägaren A och besittaren B (...) Och vilken rätt A har i förhållande til B er till sin natur binär.»<sup>167</sup>

Lindskog snakker her om det han kaller *vindikasjonssurrogasjon*,<sup>168</sup> som er grensene for vindikasjon når retten går over til et nytt objekt. Synspunktet synes derfor overførbart til det generelle spørsmålet om å relativisere vindikasjonsretten i ulike rettslige konflikter. Selv om forholdet i hjemmelmannskonflikten ikke forandres ved at besitteren går konkurs, finnes det imidlertid ingen absolutt hindring for å fastlegge vindikasjonsretten mer relativt dersom det har utviklet seg ulovfestede vilkår som gir grunnlag for dette. Det kan for eksempel tenkes at behovet for effektiv gjennomføring av konkursbehandling står såpass sterkt at vindikasjonsretten bør begrenses mer enn hva utgangspunktet etter dekl. § 2-2 tilsier. Likevel er det slik at spørsmålet om å differensiere vindikasjonsretten kun oppstår i særlige *tvilstilfeller*. Slike tvilstilfeller oppstår imidlertid ikke spesielt ofte, noe som kan tale for å gi forrang til hensynet til forutberegnelighet og rettssystematikk forrang.

## 4.5 Konsekvenser

Det er ovenfor gjort forsøk på å illustrere konsekvenser av å fastlegge en vindikasjonsrett likt eller ulikt ved tolkningen av foreldelsesloven § 1 og dekningsloven § 2-2. Lovreglene setter det samme rettslige spørsmålet som utgangspunkt i hjemmelmannskonflikten, nemlig en avklaring av rettighetsforholdene mellom to parter, og dette er ikke et utpreget skjønnsmessig spørsmål. Det kreves derfor rettskildemessige holdepunkter for å komme til at eierforholdene er forskjellige etter de to lovreglene, og etter min mening trekker momentene som er gjennomgått i retning av å holde seg til en generell fastleggelse, hvor man bør søke å avgrense bestemmelsene likt.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 675-676 i petitavsnitt.

<sup>167</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 676 i note 2539.

<sup>168</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 674 i note 2538.

<sup>169</sup> Ørjasæter argumenter for tilsvarende løsning i *JV 2015* s. 146-149.

Til nå er det ikke tatt endelig stilling til hva som er rettstilstanden for disse spørsmålene de lege lata, og om vindikasjonsretten i hjemmelmannskonflikten i enkelte spørsmål er mer begrenset i konkurs enn utenfor. Skulle dette være tilfellet, bør tolkningen av foreldelsesloven § 1 også bero på om man vurderer foreldelse i eller utenfor konkurs, og slik at hjemmelsmannen eller løftegiver har en foreldbar fordring overfor konkursboet i den grad konkursboets beslagsrett omfatter restitusjonsobjektet. Det gjenstår å vurdere om det er grunnlag en slik begrensning av vindikasjonsretten i konkurs, og jeg kommer tilbake til dette i kapitlene om restitusjonsobjektets betydning.

Konsekvensen av synspunktet om at vindikasjonsrett etter fl. § 1 *bør* harmonere med separatistrett etter dekl. § 2-2, er at det blir relevant å bruke kilder som ikke direkte berører foreldelsesspørsmålet, herunder kilder om separatistrett, når man vurderer de mer konkrete spørsmålene i de senere kapitlene. Problemstillingen om tilbakeføringsobjektets betydning for *foreldelseslovens anvendelse* kunne etter denne innfallsvinkelen vært gjort til en generell fremstilling av tilbakeføringsobjektets betydning for *vindikasjonsrett ved ugyldig avtale*, og uavhengig av om det er foreldelsesloven § 1 eller andre regler som gir virkning til vindikasjonsrett som er i søkelyset. Det er likevel et bevisst valg å knytte denne fremstillingen til foreldelsesloven § 1. Vinklingen gir mulighet til å belyse diskusjoner som har pågått i relasjon til foreldelsesspørsmålet. Samtidig gjør en generell innfallsvinkel til vindikasjonsproblematikken at det blir aktuelt å dra vekslers på diskusjoner som har pågått i andre rettslige sammenhenger, fordi disse diskusjonene også kan ha konsekvenser for spørsmålet om ikke-foreldbar rett.

# 5 Har ugyldighetsgrunnen betydning?

## 5.1 Utgangspunkter

Spørsmålet er nå om variasjoner blant ugyldighetstilfellene har konsekvenser for om restitusjonskravet er gjenstand for foreldelse eller ikke. Forutsetningen er at kravene til identifikasjon av restitusjonsobjektet er oppfylt, slik at spørsmålet er om ugyldighetsgrunnen har *prinsipiell betydning* for tolkningen av foreldelsesloven § 1.<sup>170</sup>

Går vi tilbake til eksempelet med ugyldig overføring av aksjer fra H til A, kan vi se for oss en rekke ulike omstendigheter som grunnlag for tilbakeføring av aksjene og utbyttet. I kapittel 2 ble sondringer blant ugyldighetstilfellene trukket frem, og blant annet hvordan man som regel skiller mellom opprinnelig ugyldighet og ugyldighet begrunnet i etterfølgende omstendigheter. Det er også forskjeller med hensyn til om ugyldigheten kan gjøres gjeldende på tross av løftemottakers gode tro eller ikke. I Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter), hvor det ble lagt til grunn at restitusjonskravet var en vindikasjonsrett som ikke var gjenstand for foreldelse, avgrensar Høyesterett domspremissene på følgende måte:

«Den foreliggende sak skal vurderes på bakgrunn av at de ankende parter mener at overdragelsen av eiendommen fra Ulf Hallén i 2003 er ugyldig etter den ulovfestede lære om ugyldighet som følge av alvorlig sinnslidelse. Det faller utenfor rammen for denne saken å ta standpunkt til hva som ville ha vært situasjonen dersom det hadde vært anført andre grunnlag for krav om ugyldighet eller avtalerevisjon.»<sup>171</sup>

Dommen har derfor bare direkte konsekvens for foreldesspørsmålet når ugyldigheten har grunnlag i den ulovfestede regelen om alvorlig sinnslidelse. Høyesterett har ikke generelt tatt stilling til betydningen av den konkrete ugyldighetsgrunnen ved fastleggelsen av foreldelseslovens anvendelsesområde. Det kan likevel være grunnlag for å gi dommen rekkevidde utover den konkrete saken, basert på hvordan retten begrunner løsningen. Behandlingen av problemet vil i det følgende være delt i to deler, hvor jeg først drøfter forskjeller blant tilfeller av opprinnelig ugyldighet, og deretter betydningen av at ugyldigheten først inntreffer i etterkant av avtaleinngåelsen.

---

<sup>170</sup> Enkelte har også argumentert i retning av at forskjeller blant ugyldighetsgrunnene kan få betydning for grensene for opprettholdt vindikasjonsrett, men denne siden av saken belyses når fremstillingen er over i den mer konkrete drøftelsen av restitusjonsobjektets betydning for spørsmålet.

<sup>171</sup> Dommens avsnitt 8-9 som opprettholder lagmannsrettens avgrensning av domspremissene.

## 5.2 Opprinnelig ugyldighet

### 5.2.1 Utgangspunkter

I tilfeller av opprinnelig ugyldighet har avtalen aldri hatt virkning mellom partene, og som gjennomgått i kapittel 2.1.4, er det vanlig å betrakte restitusjonskravet som et direkte utslag av at de opprinnelige rettighetsposisjonene er i behold. Kravet kan derfor se som et utslag av opprettholdt eiendomsrett, hvilket tilsier at tilbakeleveringsretten ikke er gjenstand for foreldelse.<sup>172</sup> Et argument som underbygger denne forståelsen, er at det synes forutsatt i forarbeidene til avtalelovens klassiske ugyldighetsgrunner at ugyldigheten generelt gir vindikasjonsrett. Motivene sier riktignok lite konkret om virkningen mellom partene, men viser til at tredjemannskonflikter må løses ut fra gjeldende regler om *vindikasjon* og *ekstinksjon*.<sup>173</sup> Enkelte steder ser man også at forarbeidene omtaler restitusjonskravet som rett «in rem».<sup>174</sup> Uttalelsene trekker i retning av at ugyldighetsvirkningen gir løftegiver fortsatt eiendomsretten, også overfor løftemottaker. Sammenhengen til de lovfestede reglene om godtroerverv kan også støtte opp under denne forståelsen. Reglene gir spesifikke unntak for ugyldighetsgrunner som ikke ekstingveres, og resultatet i disse tilfellene er at hjemmelshaveren vindiserer formuesgodet. Det kan her synes forutsatt at ugyldigheten også innebærer vindikasjonsrett inter partes.<sup>175</sup>

Selv om Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter) omhandlet ugyldighet grunnet alvorlig sinnslidelse, er det vanskelig å se at tolkningen av foreldelsesloven § 1 kunne blitt annerledes ved andre former for opprinnelig ugyldighet. Ser man på litteraturen som Høyesterett benyttet, er det ingen av forfatterne som differensierer spørsmålet basert på ugyldighetsgrunnen. Derimot omhandler den aktuelle litteraturen generelt tilfeller *hvor eieren ikke er bundet av overføringen*.<sup>176</sup> Høyesteretts argumentasjon er også knyttet til hvordan ugyldighet tradisjonelt er forstått i relasjon til foreldelsesloven, og ikke til spesielle forhold som gjelder for ugyldighet begrunnet i manglende rettslig handleevne. At ugyldighetstilfellet ikke har

---

<sup>172</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 766, Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 167-169 og Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 77.

<sup>173</sup> Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 65-66 hvor det uttrykkes at «Spørsmålet om hvorledes det gaar, naar en rettighet, som er hjemlet ved en ugyldig erklæring, er overdraget til tredjemand, blir at løse efter vore almindelige regler om vindikation og godtroenhetserverv».

<sup>174</sup> Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 67. Rett «in rem» kan oversettes til «tinglig rett». Se om tinglig og obligatorisk rett over i kapittel 1.2.2.

<sup>175</sup> Tilsvarende Sæbø i *LoR 1996* s. 126 og Ørjasæter i *JV 2015* s. 134. Se for eksempel lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre § 2 nr. 1 og lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning § 27 annet ledd.

<sup>176</sup> Se henvisningene over i note 147.

betydning, kan også synes forutsatt når førstvoterende viser til eksistensen av alternative regler om passivitetsbortfall av *eiers rett*. Om terskelen for å anvende reglene om bortfall av eiers rett, uttaler han at reglene «gjennomgående vil ha større aktualitet ved andre ugyldighetsgrunner enn ved manglende rettslig handleevne».<sup>177</sup> Det kan derfor synes forutsatt at andre ugyldighetsgrunner også innebærer vindikasjonsrett. Betydningen av ugyldighetsgrunnen ble riktignok ikke problematisert i saken, og man kan derfor ikke utlede noe prinsipielt av dommen på dette punkt.

At ugyldighet som hovedregel gir vindikasjonsrett, synes også forutsatt i svensk og dansk rett.<sup>178</sup> Av interesse er Högsta domstolens avgjørelse i NJA 2003 s. 302. I saken påsto selger (H) av fast eiendom at salget var ugyldig fordi kjøperen (A) hadde holdt tilbake informasjon av betydning for eiendommens verdi. H påberopte § 30, § 31, § 33 og 36 i den svenske avtaleloven, som tilsvarende bestemmelsene i den norske loven. Ettersom eiendommen senere var videresolgt til godtroende tredjemann (C), krevde H erstatning fra A. Partene var uenige om foreldelsesspørsmålet, og dette ble skilt ut til selvstendig behandling. Erstatningskravet var riktignok gjenstand for foreldelse, men konflikten gjaldt starttidspunktet for foreldelsesfristen. Högsta domstolen la til grunn at H, som følge av ugyldigheten, hadde eiendomsrett til eiendommen frem til denne gikk over på C. Konklusjonen ble derfor at erstatningskravet oppsto ved godtroervervet. Sammenlignet med Høyesteretts uttalelser i Åslandseter-dommen, går Högsta domstolen lenger i å likestille ugyldighet med vindikasjonsrett for løftegiveren. Domstolen uttalte:

«L.E:s talan i målet grundar sig på påståendet att *fastighetsöverlåtelsen är ogiltig* och att han *därfor har ett äganderättsanspråk* på fastigheten. Ett sådant anspråk är *inte att betrakte som en fordringsrätt uten är av sakrättslig natur och preskriberas inte*». (Min utheving).

I vurderingen til Högsta domstolen er det ikke noe som tyder på at konkrete forhold ved ugyldighetsgrunnen var av betydning.

Det gjennomgåtte tyder på at foreldelsesspørsmålet ikke skal differensieres for ulike tilfeller av opprinnelig ugyldigheten. I juridisk litteratur har enkelte likevel argumentert for avvikende løsninger ved bestemte typetilfeller. I det følgende skal det foretas en kort vurdering av disse synspunktenes holdbarhet.

---

<sup>177</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 33.

<sup>178</sup> Lindskog, *Preskription*, s. 98 med henvisninger til nordisk rett i note 138.

## 5.2.2 Betydning av løftemottakers gode tro?

I sin studentavhandling om vindikasjon av penger fra 1953, legger Opsahl til grunn at en ugyldig avtale som utgangspunkt gir vindikasjonsrett. Når han drøfter separatistrett i løftemottakers konkursbo, gjør han imidlertid følgende reservasjon:

«Men den beskyttelse som ugyldigheten skal gi avhenderen, bygger ofte på andre hensyn enn mottakerens insolvens. Og det kan nok tenkes at avhenderen må nøye seg med en vanlig fordring selv om pengene er i behold. Jeg skulle anta at dette vil være *tilfelle hvor ugyldigheten unntaksvis virker tross mottakerens gode tro, f. eks. når betaleren er umyndig. Det rettsstridige i å beholde pengene kan da ikke tilregnes mottakeren som skyld*». <sup>179</sup>(Min utheving).

I nyere teori kan man se Haukaas argumentere i samme retning, og med henvisning til Opsahls uttalelser, uttrykker han at «I slike tilfeller er det mer nærliggende å legge risikoen på betaleren. Det hefter ikke noen feil ved selve betalingsakten, men ved betalernes rettslige kompetanse til å binde seg selv. Dette er en risiko som betaleren er nærmere til å bære enn skyldnerens kreditorer». <sup>180</sup> Etter gjeldende rett er eksempelet med den umyndiges betaling imidlertid ikke treffende, fordi rettsstilstanden ble endret gjennom vergemålsloven av 2010, og slik at den umyndige (mindreårig eller under vergemål) er bundet av betalinger som vedkommende er legitimert til å foreta, dersom betalingsmottakeren er i aktsom god tro. <sup>181</sup> Reguleringen er dermed et unntak fra hovedregelen om umyndighet som sterk ugyldighetsgrunn. <sup>182</sup> Det er likevel aktuelt å vurdere de samme argumentene for andre sterke ugyldighetsgrunner, som for eksempel ved ugyldighet etter den ulovfestede regelen om alvorlig sinnslidelse. Opsahls betraktninger er riktignok ikke myntet på foreldelsesspørsmålet, men i annen juridisk litteratur er uttalelsen vist til ved generelle problematiseringer av ugyldighetstypens betydning for grensen mellom vindikasjonsrett og fordring, <sup>183</sup> og også i relasjon til foreldelsesspørsmålet. <sup>184</sup>

I sin behandling av forholdet mellom vindikasjon og tilbakesøking etter *condictio indebiti*, gjør Trygve Bergsåker henvisning til Opsahl når han argumenterer for at vindikasjonsrett kan være problematisk når det kommer til «rettsgrunnlag som typisk innebærer uenighet mellom partene om kravets berettigelse». Han viser til eksempelet om ugyldighet som virker på tross

---

<sup>179</sup> Opsahl, *TfR 1953*, s. 282.

<sup>180</sup> Haukaas, *JV 2009*, s. 35.

<sup>181</sup> Jf. vergemålsloven § 14 første ledd og § 25.

<sup>182</sup> Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) om lov om vergemål s. 18 og s. 29.

<sup>183</sup> Bergsåker, *Festskrift til Mads Henry Andenæs*, s. 19.

<sup>184</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 78 i note 160.



av mottakerens gode tro.<sup>185</sup> Det fremgår ikke klart om Bergsåker egentlig støtter Opsahls oppfatning. Med henvisning til drøftelsen i kapittel 4.2 over, er det imidlertid ikke grunnlag for å sette likhetstegn mellom kjernetilfellene av *condictio indebiti* og vindikasjon. Ved *condictio indebiti* er ikke disposisjonen i seg selv uforpliktende, slik som ved opprinnelig ugyldig avtale. Sammenligningen mellom *condictio indebiti* og ugyldighet er derfor ikke helt treffende.

I tilfellene hvor ugyldigheten virker på tross av løftemottakers gode tro, innebærer ugyldighetsregelen allerede en risikovurdering mellom partene. Ugyldigheten virker da slik at hensynet til løftegiver gis forrang foran løftemottakers gode tro. Dersom avtalen er ugyldig, og restitusjonsobjektet er i behold hos løftemottaker slik at kravet til identifisering av det er oppfylt, virker det lite formålstjenlig å legge til grunn at vindikasjonsretten likevel er tapt, fordi dette i realiteten hindrer ugyldighetsregelen i å gi løftegiver det vernet som regelen skal sørge for. Jeg kan ikke se at det eksisterer støtte for «god tro»-argumentene i rettspraksis, og tvert imot kan Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter) tas til inntekt for at løftemottakerens gode tro ikke har betydning for vindikasjonsspørsmålet. Saken gjaldt nettopp et tilfelle hvor ugyldigheten virker tross løftemottakers gode tro, og det ble på ingen steder argumentert for at dette skulle ha betydning for tolkningen av foreldelseslovens fordringsbegrep.

De «avvikende» synspunktene om tap av vindikasjonsrett ved løftemottakers gode tro, må nok leses i sammenheng med at de fremkommer i drøftelser om vindikasjon av penger i konkurs. På grunn av de praktiske problemene ved identifisering av penger som objekt for eiendomsrett, har det i rettspraksis og litteratur utviklet seg oppfatninger om ulovfestede kriterier for vindikasjonsrett i slike tilfeller. Mer spesifikt fremkommer synspunktene under vurderingen av det oppfattes som et generelt vilkår om betalingsmottakerens «plikt til å holde midlene atskilt» fra egne midler. Formuleringen kan gi inntrykk av at betalingsmottakerens oppfatning om atskillelsesplikt har generell relevans for vindikasjonsvurderingen. Dette kan gjøre at en blander sammen skillet mellom hvem som har rett til pengene, og spørsmålet om hvorvidt pengene er i behold. Jeg kommer tilbake til denne problematikken, og grunnlaget for å bruke «plikt til å holde atskilt» som generelt kriterium for vindikasjon av penger i kapittel 7.

---

<sup>185</sup> Bergsåker, *Festskrift til Mads Henry Andenæs*, s. 19.

Basert på rettskildematerialet, kan det for det videre legges til grunn at løftemottakers gode tro ikke har betydning for om ugyldigheten prinsipielt gir vindikasjonsrett.<sup>186</sup>

### 5.2.3 Overlapping av ugyldighet og mislighold

I kapittel 4.2 ble det vist til at heving av overført ytelse ikke innebærer vindikasjon, fordi avtalen fortsatt består. En kan se det slik at kontraktsbruddet begrunner tilbakeføringen, og den hevende part gjør derfor ikke gjeldende eiendomsrett når avtalen heves.

Restitusjonskravet er i denne sammenhengen derfor å regne som en foreldbar fordring, jf. foreldelsesloven § 1, og etter dekl. § 2-2 gir kravet også en uprioritert fordring i konkurs, med mindre det er tatt hevingsforbehold.<sup>187</sup> Restitusjonskravet ved heving har derfor motsatte virkninger enn restitusjonskravet ved ugyldig avtale i relasjon til fl. § 1 og dekl. § 2-2.

I konkursliteraturen argumenterer enkelte likevel i retning av at ugyldigheten ikke gir grunnlag for separatistrett dersom de faktiske omstendighetene gir grunnlag for misligholdsinnsigelser. Dette er først og fremst hevdet for tilfeller hvor en ytelse er overført i henhold til løftemottakers uriktige opplysninger om egen økonomisk stilling. Hevingsretten vil være tapt med mindre det er tatt forbehold, og ettersom ugyldighets- og misligholdsinnsigelsen kan «overlappe» hverandre, har enkelte argumentert for at ugyldighetsinnsigelsen heller ikke bør gi separatistrett.<sup>188</sup> Synspunktet er begrunnet i at ugyldighetsvirkningen gir hjemmelsmannen en urimelig fordel overfor de usikrede kreditorene.

Selv om problematikken er diskutert i relasjon til separatistrett, får den også relevans for foreldelsesspørsmålet, fordi en eventuell begrensning i separatistretten også får betydning når foreldelsesspørsmålet oppstår i konkurs. Det må altså vurderes om det er grunnlag for unntak fra ikke-foreldbar vindikasjonsrett ved ugyldighet i tilfeller av overlapping mellom ugyldighetsgrunn og mislighold.

---

<sup>186</sup> Andenæs, *Konkurs 1999*, s. 122 i note 4 avskjærer også Opsahls reservasjon. Sæbø i *LoR 1996* s. 135-136 argumenterer for at tilfeller av opprinnelig ugyldighet behandles likt i relasjon til separatistrett i konkurs.

<sup>187</sup> Se lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) § 54 fjerde ledd, og lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova) § 5-3 fjerde ledd.

<sup>188</sup> Krokeide, *TJR 1982*, s. 367, Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern*, s. 236 og Andenæs, *Konkurs*, s. 208 med flere henvisninger i note 13. Motsatt Sæbø i *LoR 1996* s. 135-136 som går inn for at ugyldigheten mer generelt innebærer separatistrett.

Spørsmålet har ikke kommet på spissen i norsk rettspraksis. Lilleholt viser til at ugyldighet som hovedregel gir vindikasjonsrett overfor løftemottakers konkursbo, men er mer forbeholden når det gjelder ugyldighet knyttet til løftemottakers betalingssvikt:

«Ein bør likevel vera varsam med å godta dette dersom medkontrahentens sviktande økonomi blir tillagd vekt som ugyldighetsgrunn eller relevant føresetningssvikt.»<sup>189</sup>

Andenæs gjør lignende reservasjoner:

«Klart nok kan den annen part ikke høres med at avtalen er ugyldig på grunn av uriktige eller bristende forutsetninger om skyldnerens solvens. Ugyldighetsterminologien er her bare en annen betegnelse på det som i deknl. § 7-7 omtales som heving, og den annen part kan ikke komme utenom bestemmelsen ved å omformulere sin innsigelse til en ugyldighetsinnsigelse. Mer uklart er det om forholdet blir et annet hvis skyldneren har misligholdt sin opplysningsplikt overfor den annen part om insolvensen, eller i god tro har gitt den annen part uriktige opplysninger om sin økonomiske stilling. Det vanlige syn har vært at også slike ugyldighetsinnsigelser i utgangspunktet må ses i sammenheng med insolvensen, og ikke gir grunnlag for separatistrett i skyldnerens bo. Separatistrett i skyldnerens bo blir reservert for de klare ugyldighetstilfellene.»<sup>190</sup>

Synspunktene går ut på at ugyldighetsinnsigelsen ikke bør gi separatistrett, men det er ikke helt klart om det påstås unntak fra separatistretten *selv om avtalen er ugyldig*, eller om det argumenteres for at omstendighetene bør medføre at *avtalen ikke er ugyldig*. Sistnevnte løsning gir best sammenheng til det som følger av dekningsloven § 2-2 og foreldelsesloven § 1. Som vist til i kapittel 4.4, er utgangspunktet etter begge bestemmelser en avklaring av de reelle rettighetsforholdene mellom partene når det er tale om en hjemmelmannskonflikt. Er det først lagt til grunn at løftegiver ikke er bundet av overføringen, vil bundethet overfor konkursboet innebære at det gis virkning til debtors legitimasjon. Dette bryter med de grunnleggende prinsippene for kreditorekstinksjon, og det bør i så fall være klare rettskildemessige holdepunkter for et slikt unntak. Når det er usikkert om forfatterne argumenterer for et unntak, er det et behov for at synspunktene nyanseres. Uttalelsene gir uansett inntrykk av at ugyldighetsgrunnen ikke bør gi vindikasjonsrett.

I mangel av avklarende norsk rettspraksis, kan man merke seg Högsta domstolens avgjørelse i NJA 1985 s. 178. Dommen kan underbygge synspunktet om at ugyldighet gir vindikasjonsrett, men at terskelen for ugyldighet er høy når den begrunnes i løftemottakers

---

<sup>189</sup> Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern*, s. 236.

<sup>190</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 207-208.

insolvens. I saken ble løftegiver gitt separatistrett med grunnlag i uriktige forutsetninger om debtors økonomiske situasjon.<sup>191</sup> Ved konklusjonen kom Högsta domstolen med følgende bemerkninger:

«Som förut angetts måste utrymmet för att befria en part från bundetheten av ett avtal därför att han har misstagit sig på medkontrahentens betalningsförmåga anses vara begränsat. I de fall då ett sådant misstag ändå leder till avtalets återgång, torde i allmänhet medkontrahentens beteende ha påverkat bedömningen; så ligger det till i detta mål. *Tilräcklig anledning saknas då att inte medge separationsrätt*, och det oavsett om krav på avtalets återgång fremställs före konkursutbrottet eller först därefter.» (Min utheving).

Avgjørelsen ble avsagt under dissens, fordi en dommer mente at avtalen ikke var ugyldig. Flertallets uttalelser trekker i retning av at konkursboet ikke kan ekstingvere løftemottakers innsigelser dersom man legger til grunn at avtalen er ugyldig. I dansk rett teori er spørsmålet om overlapping av ugyldighet og mislighold også berørt, men først og fremst ved ugyldighet grunnet bristende forutsetninger.<sup>192</sup> Slike tilfeller stiller seg annerledes ved vurderingen av vindikasjon i henhold til fl. § 1 og dekl. § 2-2, fordi løftegiver i utgangspunktet er bundet av en avtale som senere faller bort. Jeg kommer nærmere tilbake til ugyldighet begrunnet i etterfølgende omstendigheter nedenfor under kapittel 5.3.

Uttalelser i Frostating lagmannsretts avgjørelse i LF-2004-12386 (inntatt i RG. 2005 s. 628) kan muligens trekke i retning av at retten ikke anså manglende hevingsrett for å ha betydning for vindikasjonsspørsmålet når det ble lagt til grunn ugyldighet inter partes. Saken omhandlet konflikt i konkurs mellom debtors varelagerpanthaver og et firma som hadde solgt en bil til debitor før konkursåpning. Selgeren gjorde gjeldende rett til bilen, og anførte at salget var *ugyldig som følge av debtors illojale fortieelse om egen insolvens*. Mot dette anførte panthaveren blant annet at en løsning basert på ugyldighet ville gi selgeren en for sterk rett overfor debtors øvrige kreditorer. Flertallet (2: 1) kom til at avtalen var ugyldig, og at selgeren derfor hadde rett til bilen. Som svar på anførselene ble det uttalt at: «flertallet kan for øvrig ikke se at en konkret avgjørelse basert på ugyldighet som følge av illojalitet kan åpne for noen generell svekkelse av kreditorvernet, slik banken [panthaver] har anført.» Mindretallet mente at de faktiske omstendighetene ikke tilsa at ugyldighetsterskelen var nådd, og dissensen har derfor ikke betydning for foreliggende spørsmål om unntak fra vindikasjonsrett når avtalen først er ugyldig.

---

<sup>191</sup> I svensk litteratur er det diskutert om saken egentlig gjaldt bristende forutsetninger, men i avgjørelsen forutsatte Högsta domstolen at det dreiet seg om forutsetningssvikt ved avtaleinngåelsen. Se Sæbø med videre henvisninger i *LoR 1996* s. 131 i petitavsnitt.

<sup>192</sup> Mortensen, *Indledning til tingsretten*, s. 368 flg.

Sammenfall av mislighold og ugyldighet, behøver ikke i seg selv være et argument for at like rettsvirkning etter andre regler, som etter foreldelsesloven § 1 og dekningsloven § 2-2.<sup>193</sup> Hvorvidt rettsvirkningene bør være like, slik som det er argumentert for i tilfeller av forutsetningssvikt rundt debtors økonomiske situasjon, avhenger av en tolkning av den aktuelle lovregelen, og dersom denne tolkningen faktisk gir ulike løsninger for ugyldighet og mislighold, må det kreves tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å komme til andre løsninger.<sup>194</sup>

At likheter mellom ugyldighet og heving ikke trenger være avgjørende ved tolkningen av fl. § 1, ser man eksempel på i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter). Til støtte for foreldelse ble det anført at restitusjonskravet ved ugyldighet burde behandles likt etter fl. § 1 som restitusjonskravet ved heving for overførte ytelser, hvilket jo er en foreldbar fordring. Førstvoterende var ikke enig i dette, og mente at argumentet ikke var viktig nok til å endre på løsningen som fulgte av lovgiverviljen og den rettsvitenskapelige tradisjonen.<sup>195</sup> På tilsvarende måte kan jeg ikke se at det foreligger sterke nok holdepunkter for at overlapping av misligholds- og ugyldighetsinnsigelser kan begrense den vindikasjonsretten som en ugyldig avtale gir, verken ved tolkningen av fl. § 1 eller dekn. § 2-2.<sup>196</sup> En fravikende løsning blir enda mindre aktuell av at meningsinnholdet i ovennevnte argumentene ikke er klart.

## 5.2.4 Foreløpig oppsummering

Argumentene om manglende vindikasjonsrett på tross av opprinnelige ugyldig avtale, beror på at løftegiver ikke er i en like beskyttelsesverdig situasjon som i andre ugyldighetstilfeller, og at dette tilsier at løftegiver ikke har en vindikasjonsrett. Etter mitt skjønn er det ikke sterke rettskildemessige holdepunkter for å legge til grunn at ugyldigheten gir løftegiver en foreldbar og uprioritert fordring i løftemottakers konkurs i tilfeller hvor det samtidig er lagt til grunn at avtalen ikke har virkning mellom partene pga ugyldigheten.

Unntak fra vindikasjonsrett med grunnlag i slike risikobetraktninger gir også dårlig sammenheng til det formuerettslige utgangspunktet om at det ikke skal bygges på debtors legitimasjon ved kreditorekstinksjon i hjemmelmannskonflikten. Slike unntak for gir også

---

<sup>193</sup> Konferer Hauge, *Ugyldighet*, s. 355-356.

<sup>194</sup> Konferer Hauge samme sted.

<sup>195</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 32.

<sup>196</sup> Tilsvarende Sæbø i LoR 1996 når det gjelder dekningsloven § 2-2.

dårlig sammenheng til at hjemmelsmannen har vindikasjonsrett overfor konkursboet dersom det bevises at overføringen til debitor var proforma.<sup>197</sup>

Det legges til grunn for den videre fremstillingen at ugyldighetstilfellet ikke har prinsipiell betydning for tolkningen av foreldelsesloven § 1, og slik at opprinnelig ugyldighet gir et tilbakeføringskrav som ikke er gjenstand for foreldelse, både i og utenfor konkurs.

### 5.3 Ugyldighet begrunnet i etterfølgende utvikling

Det neste spørsmålet er om tilbakeføringskravet er gjenstand for foreldelse når ugyldigheten er begrunnet i etterfølgende forhold etter avtaleloven § 36, eventuelt i læren om bristende forutsetninger. Når en avtale er ugyldig med vektlegging av etterfølgende omstendigheter, kan dette både vurderes i kombinasjon med forhold ved avtaleinngåelsen, eller utelukkende basert på etterfølgende forhold. Foreldelsesspørsmålet er i det følgende avgrenset til tilfeller hvor de etterfølgende forholdene er avgjørende for at terskelen for ugyldighet er nådd.

Det eksisterer ikke kilder som prinsipielt avklarer hvordan man tolker foreldelsesloven § 1 ved ugyldighet begrunnet i etterfølgende forhold. I slike situasjoner var avtalen først gyldig inngått. Overføringen mellom partene tilsvarte da en regulær kontraktsoppfyllelse, hvilket innebærer at mottakeren også overtok retten til ytelsene som ble overført. I forarbeidene til avtaleloven § 36 er det lagt til grunn at bestemmelsen hjemler retroaktive tilbakeføringskrav på overført ytelse, men virkningen av tilbakeføringskravet i relasjon til andre regler er ikke diskutert.<sup>198</sup> I juridisk litteratur er det argumentert for at restitusjonskravet er en foreldbar fordring, fordi det allerede har skjedd overføring av eiendomsretten mellom partene.<sup>199</sup> Restitusjonskravet kan i så fall ligne på restitusjonskravet ved heving, og som tidligere nevnt er det enighet om at sistnevnte er en foreldbar fordring. Sammenlignet med heving er rettsgrunnlaget likevel annerledes, fordi restitusjonskravet ved etterfølgende ugyldighet baserer seg på at avtalegrunnlaget ikke lenger er bindende, og at det opprinnelige grunnlaget for overføringen dermed ikke lenger foreligger. Dette kan tilsi at restitusjonskravet dreier seg om en gjeninnsettelse i den rettighetsposisjonen man først hadde, og at man er nærmere opp til det som ligner på en vindikasjonsrett.

---

<sup>197</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 157-158. Se Rt. 1935 s. 981 (Bygland). Se også Sæbø i *LoR 1996* som argumenterer på samme måte for at opprinnelig ugyldighet generelt gir separatistrett i konkurs.

<sup>198</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 37.

<sup>199</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 78. Tilsvarende Ørjasæter i *MarLus 2015* nr. 448 s. 100.

Som nevnt i kapittel 5.2, synes forarbeidene til avtaleloven å forutsette at de tradisjonelle ugyldighetsgrunnene gir vindikasjonsrett, og motivene viser til at tredjemannsproblematikken løses etter gjeldende ekstinksjonsregler. Det er ikke klart hvordan avtaleloven § 36 forholder seg til dette, ettersom slike virkninger ikke er omtalt i forarbeidene. Om § 36 og tredjemanssvirkninger skriver Bernt/Krüger:

«Spørsmålet om tredjemanns rettsstilling etter avtalelovens § 36 er uklart, men det kan fortsatt være grunn til å minne om at lovkonsepistene iallfall i 1918 forutsatte at tredjemann ikke kunne nyttiggjøre seg lovens kap. III.72 Forarbeidene til avtalelovens §36 inneholder intet som rokker dette utgangspunktet (...)»<sup>200</sup>

Hvis det argumenteres for å følge løsningen som ble forutsatt for de klassiske ugyldighetsgrunnene, kan det siterte trekke i retning av at tilbakeføringsvirkningen etter § 36 også innebærer vindikasjonsrett som vurderes mot ekstinksjonsregler. De prinsipielle forskjellene mellom opprinnelig ugyldighet og avtaleloven § 36, gjør imidlertid at det ikke virker formålstjenlig å basere seg på motivene til de tradisjonelle ugyldighetsgrunnene når man vurderer virkningen etter § 36. Uttalelsene til Bernt/Krüger er heller ikke direkte knyttet til problematikken ved ugyldigheten begrunnet i etterfølgende forhold. Generelt synes det å være lite å hente fra forarbeidene til avtaleloven for spørsmålet om foreldelse ved etterfølgende ugyldighet.

I relasjon til separatistrett i konkurs, skriver Sæbø at spørsmålet om separatistrett ved etterfølgende forhold etter avtaleloven § 36, beror på hvordan man harmoniserer regelen med de kjøpsrettslige reglene om bortfall av hevingsrett.<sup>201</sup> Han viser til at enkelte forhold kan tale for separatistrett, og med begrunnelse i at reglene om bortfall av hevingsrett gir medkontrahenten svak beskyttelse overfor motpartens kreditorer, uttaler han:

«det [-bør] ikke stilles særlige strenge krav for å godta avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett, i alle fall ikke så langt den etterfølgende omstendighet knytter seg til rettsstridige forhold på debtors hånd i relasjon til medkontrahenten».<sup>202</sup>

Overført til spørsmålet om foreldbar fordring eller vindikasjonsrett, skaper uttalelsen ytterligere usikkerhet om løsningen. Synspunktet åpner opp for differensiering av tilfeller av etterfølgende omstendigheter når man vurderer det overordnede spørsmålet, som jo er hvem

---

<sup>200</sup> Bernt/Krüger i *Festskrift til Eckhoff* s. 111.

<sup>201</sup> Sæbø, *LoR 1996*, s. 139.

<sup>202</sup> Sæbø, *LoR 1996*, s. 139-140.

restitusjonsobjektet tilhører. Synspunktet er begrunnet i en avveining av konflikten mellom hjemmelsmannen og konkursboet, og det er nok ikke sikkert at det samme ville blitt hevdet for spørsmålet om foreldbar fordring etter foreldelsesloven § 1. Med henvisning til tolkningene i del 4.2.3 bør aksept av separatistrett imidlertid innebære at man anser posisjonen som en vindikasjonsrett, hvilket gjør at foreldelsesloven heller ikke ville vært anvendelig på tilfellet som gir separatistrett.

Spørsmålet er ikke prinsipielt avklart. Basert på at det først har skjedd en regulær oppfyllelse av kontrakten, synes det mest nærliggende å komme til at den etterfølgende ugyldigheten kun gir en fordring på å bli eier av objektet igjen, og slik at tilbakeføringskravet er gjenstand for foreldelse.<sup>203</sup> Over i kapittel 3.3.4 ble det argumentert for at forskjellen mellom foreldelse og hevd innebærer at tilbakeføringskrav ved ugyldighet ikke er gjenstand for foreldelse. Dette er synspunktet er da mest treffende for opprinnelig ugyldighet, hvor løftemottaker ikke har overtatt retten til det overførte objektet. Ved ugyldighet begrunnet i etterfølgende utvikling, innebærer rettighetsforholdene derimot at løftegiver får et krav på oppfyllelse som er gjenstand for foreldelse.

## 5.4 Sammenfatning og videre forutsetninger

Den gjennomgatte vurderingen av ulike ugyldighetstilfeller tilsier at konklusjonen ved tolkningen av foreldelsesloven § 1 er klarest ved tilfeller av opprinnelig ugyldighet, og slik at ugyldigheten generelt gir løftegiveren en vindikasjonsrett som ikke er gjenstand for foreldelse. Av denne grunn vil de følgende undersøkelsene av tilbakeføringsobjektets betydning være avgrenset til opprinnelig ugyldighet, slik at det er mindre grunnlag for å spekulere i utgangspunktet om vindikasjonsrett.

Til nå i fremstillingen er det gjort forsøk på å synliggjøre momenter som ligger i bakgrunnen, og som påvirker vurderingen av foreldelseslovens anvendelsesområde. Det er trukket opp skiller mellom foreldelse og passivitetsregler om ekstinktive erverv, hvor de lovbestemte forskjellene mellom reglene gjør at det ikke virker aktuelt å vurdere foreldelse når en avtale er ugyldig fra starten av. Videre, ble det i kapittel 4 pekt på tolkningsalternativer ved avgrensningen av fordringsbegrepet i foreldelsesloven § 1, hvor det generelt er argumentert i retning av at en foreldbar fordring bør harmonere med det som er en fordring i

---

<sup>203</sup> Slik også Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 78. Tilsvarende Ørjasæter i *MarLus 2015* s. 100.



hjemmelmannskonflikten i og utenfor konkurs. Når det nå skal tas stilling til de mer konkrete spørsmålene om restitusjonsobjektets betydning for foreldelseslovens anvendelsesområde, vil det være eksempler på rettsoppfatninger som ikke harmonerer med utgangspunktene som hittil er lagt til grunn. Det må da tas stilling til om de avvikende oppfatningene har gode grunner for seg, og om det er sterke rettskildemessige holdepunkter for argumentene.

# 6 Har tilbakeføringsobjektet prinsipiell betydning ved tolkningen av fl. § 1?

## 6.1 Tilbakeføringsobjektets egenskaper

I drøftelsene ovenfor er det argumentert for at foreldelseslovens fordringsbegrep skal avgrenses slik at det ikke omfatter tilbakeføringsretten som en opprinnelig ugyldig avtale gir overfor løftemottaker. For at en slik vindikasjonsrett skal falle bort, kreves det nemlig et ekstinktivt erverv, og slike erverv skjer etter andre regler og vilkår enn foreldelsesreglene.

Når det er argumentert for vindikasjonsrett ved ugyldighet, skulle man umiddelbart gå ut fra at egenskapene ved selve tilbakeføringsobjektet ikke er relevant for konklusjonen om at løftegivers posisjon ikke er gjenstand for foreldelse. I dette kapitlet er spørsmålet likevel *om restitusjonsobjektet har prinsipiell betydning* for om tilbakeføringskravet foreldes. Grunnen til at spørsmålet har aktualitet, er at deler av rettskildematerialet kan tyde på at tilbakeføringsobjektet har slik prinsipiell betydning, og i så fall slik at tilbakeføringskrav på penger etter ugyldig avtale alltid er foreldbare fordringer. Ser vi tilbake på eksempelet om tilbakeføringskrav på aksjer og utbytte, kan det spørres om forskjellen mellom objektene gjør at retten til aksjene ikke foreldes, mens retten til utbyttet er gjenstand for foreldelse. Eventuelt kan det tenkes at aksjekjøperen retter ugyldighetsinnsigelse mot aksjeselgeren, og at det kreves restitusjon av vederlaget som ble betalt. Behandles dette restitusjonskravet annerledes enn aksjeselgerens restitusjonskrav i relasjon til foreldelsesspørsmålet? Før jeg går nærmere inn på kildene som gjør spørsmålet aktuelt, vil jeg si litt om betydningen av restitusjonsobjektets egenskaper på et mer generelt plan.

Det eksisterer ulike teoretiske klassifiseringer av objektene som figurerer i omsetningslivet. En kjøpsavtale fungerer typisk slik at en naturalytelse, for eksempel en bil, byttes mot et vederlag, og som oftest er dette penger. Konsentrerer man seg om *egenskapene til objektene* kan det skilles mellom det som tradisjonelt betegnes som *fungible og ikke-fungible objekter*.<sup>204</sup> Et ikke-fungibelt objekt er bestemmende for det aktuelle avtaleforholdet, fordi

---

<sup>204</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 132-133 og Hagstrøm, *Kjøpsrett*, s. 52. I sistnevnte vises det til at terminologien *fungibelt/ikke-fungibelt* brukes når man omtaler *egenskaper ved ting*, mens det lignende skillet mellom *genus- og speciesytelser* brukes når man søker å beskrive *innholdet av partenes oppfyllelsesplikt*. Denne

objektets individuelle egenskaper er avgjørende på en slik måte at det ikke kan byttes om med et lignende objekt.<sup>205</sup> Til forskjell fra dette, kjennetegnes fungible objekter ved at hver enhet er lik, og slik at enhetene kan tre i stedet for hverandre uten problemer. Verdien av objektet eller varen er da ikke knyttet til individuelle egenskaper ved det enkelte objekt.<sup>206</sup> Et pengevederlag er det klassiske eksemplet på fungibelt objekt, men naturalytelsen kan også være fungibel, for eksempel ved kjøp av olje, gass, korn eller andre objekter hvor den enkelte vare med rimelighet kan erstattes med andre varer av samme kvalitet. Det er slik sett ingen nødvendig sammenheng mellom vederlag og naturalytelse, og skillet mellom fungibelt og ikke-fungibelt objekt. I det praktiske eksempelet som er brukt, er aksjeselskapet et ikke-fungibelt objekt, mens utbyttebeløpet er en fungibel enhet.

Det er ikke noe som tyder på at lovgiver mente å gi objektene prinsipiell betydning for grensen mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner. Etter fl. § 1 er det irrelevant hva fordringen går ut på, og den kan dermed både gjelde individuelt bestemte ytelser og genusytelser. Dette følger av bestemmelsens ordlyd, jf. «penger eller andre ytelser», og presiseres også i forarbeidene.<sup>207</sup> Slik sett kan man både ha en foreldbar fordring på å bli eier av fast eiendom, og et foreldbart pengekrav basert på et lån. Når forarbeidene gir anvisning på at krav med grunnlag i eiendomsrett ikke er gjenstand for foreldelse,<sup>208</sup> tilsier dette også at avgrensningen av foreldelsesloven *beror på karakteren av den retten man har i objektet*, og ikke på hvilket objekt det er snakk om å restituere. Etter norsk rett er det enighet om at man kan ha vindikasjonsrett til et pengebeløp i en annen persons besittelse, og at dette også er tilfellet ved en ugyldig avtale. Dette gir seg blant annet utslag i at løftegiver kan ha separatistrett til penger i konkurs,<sup>209</sup> og på motsatt hånd kan besitteren også tenkes å hevde rett til pengene,<sup>210</sup> selv om dette ikke er særlig praktisk. Dette tilsier at løsningen ikke er annerledes for foreldelseslovens anvendelsesområde, og slik at en vindikasjonsrett til penger ved ugyldighet *ikke* foreldes.

---

distinksjonen er nok ikke alltid like tydelig, men i denne oppgaven holder jeg meg til terminologien fungibel/ikke-fungibel når jeg karakteriserer egenskapene ved objektet som restitusjonskravet er rettet mot.

<sup>205</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 132-133.

<sup>206</sup> Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, samme sted.

<sup>207</sup> Ot.prp. nr. 38 (1977-1978) s. 50.

<sup>208</sup> Innst. 1957 s. 12-13. Se også drøftelsen i kapittel 3.2.2 ovenfor.

<sup>209</sup> Opsahl, *TfR 1953*, s. 282 og Haukaas, *JV 2009*, s. 33 med flere henvisninger i note 27. Se også Rt. 1911 s. 968.

<sup>210</sup> Berg, *Hevd*, s. 131-132 og Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 332 i petitavsnitt.

De angitte utgangspunktene taler altså for at restitusjonsobjektet ikke har prinsipiell betydning for anvendelsen av foreldelsesreglene. En annen side av saken er at forskjellen mellom objektene *rent faktisk* har konsekvenser for mulighetene til å opprettholde eiendomsretten når objektet blir overført til en annens besittelse. Fungible objekter vil ofte gå inn i en blanding med like objekter hos besitteren. Konsekvensen av dette er at det kan være problematisk å identifisere fungible objekter, hvilket gjør at en vindikasjonsrett lettere går tapt. Dette problemet er ikke mindre aktuelt når vi konsentrerer oss om situasjonene hvor passivitetmomentet aktualiseres, og hvor spørsmålet om foreldelse kommer opp. Dersom det er klart at objektet ikke kan oppdrives, og at vindikasjonsretten derfor ikke er i behold, må den tidligere retten i så fall grunnes på et erstatningskrav, som vil være gjenstand for foreldelse. De praktiske problemene ved å opprettholde vindikasjonsretten for fungible objekter, synes imidlertid ikke å være av betydning for det prinsipielle spørsmålet, som er om *man i utgangspunktet* har vindikasjonsrett til pengene gjennom ubundetheten.

Til tross for dette, eksisterer det rettspraksis og teoretiske oppfatninger som skaper usikkerhet for løsningen av spørsmålet, og særlig for spørsmålet om foreldelse av restitusjonskrav på pengevederlaget i en ugyldig avtale. Enkelte ser ut til å mene at slike restitusjonskrav *alltid* er foreldbare fordringer. Det kreves derfor en mer konkret undersøkelse rettskildematerialet, og en vurdering av hvordan tilfellene bør løses.

## 6.2 Rettskildematerialet

### 6.2.1 Diskusjon i juridisk teori

I juridisk litteratur har enkelte argumentert for at restitusjonskravet på pengevederlaget i en ugyldig avtale alltid er gjenstand for foreldelse. Synspunktet synes først og fremst å være begrunnet i tolkninger av eldre rettspraksis. Særlig har Anne Catrine Røed tatt til ordet for denne løsningen, og i sin behandling av ugyldighet og foreldelse problematiserer hun om ugyldigheten innebærer en vindikasjonsrett, og uttaler at «i relasjon til penger kan dette i hvert fall ikke være riktig, ettersom det i Rt. 1925 s. 633 er lagt til grunn at slike krav foreldes».<sup>211</sup> Røed representerte også parten som påsto foreldelse i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter), og som argument ble det da anført at restitusjonskravet på eiendommen burde behandles likt som restitusjonskravet på vederlaget, hvor det etter gjeldende rett var «på det rene» at foreldelsesloven hadde

---

<sup>211</sup> Røed, *Foreldelse*, s. 188.

anvendelse.<sup>212</sup> Det synes ikke å være en enhetlig oppfatning om løsningen av spørsmålet i juridisk litteratur. Usikkerheten skapes først og fremst av en del eldre dommer om foreldelse av slike restitusjonskrav, men det er ikke enighet om at dommene avklarer det prinsipielle problemet.

Som nevnt begrunner Røed standpunktet i Rt. 1925 s. 633.<sup>213</sup> Hauge synes å tolke rettspraksis på tilsvarende måte, og viser til avgjørelsene i Rt. 1931 s. 1185 og Rt. 1932 s. 481.<sup>214</sup> Se imidlertid Kjørven mfl. som legger til grunn at retten til restitusjon etter ugyldig avtale ikke er gjenstand for foreldelse dersom det er grunnlag for å vindisere pengene.<sup>215</sup> Skag viser til nevnte avgjørelse fra 1931, i tillegg til Rt. 1930 s. 544, Rt. 1952 s. 127 og Rt. 1996 s. 994, men i likhet med Kjørven mfl. utelukker hun ikke ikke-foreldbar vindikasjonsrett etter tilsvarende grunnlag som oppstilles i konkurs.<sup>216</sup> Bergsåker nevner også avgjørelsen fra 1996, men argumenterer for at avgjørelsen ikke er til hinder for at restitusjonskravet i utgangspunktet kunne vært en vindikasjonsrett.<sup>217</sup> Se også Sæbø som viser til nevnte dommer fra 1930, 1931 og 1952, men som legger til grunn at praksisen ikke avgjør det prinsipielle spørsmålet.<sup>218</sup>

Noen av synspunktene må muligens ses i lys av at de fremkom før avgjørelsen i Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter). Dommen endret ikke på gjeldende rett, men før avgjørelsen hersket det nok en viss usikkerhet med hensyn til om ugyldig avtale *som sådan* kunne gi en ikke-foreldbar rett. Etter dommen er det ikke tvil om denne løsningen, i hvert fall når det gjelder selgerens ytelse i henhold til ugyldig avtale. Dommen avgjør imidlertid ikke spørsmålet om restitusjonsobjektets betydning, og inneholder også uttalelser som er egnet til å skape ytterligere usikkerhet om løsningen. I det følgende vil det derfor gjøres en kort vurdering av eldre rettspraksis, før uttalelsene i Åslandseter-dommen vurderes. Til slutt vil jeg vurdere dagens rettstilstand.

## 6.2.2 Eldre rettspraksis

Et nærmere blikk på ovennevnte rettspraksis tyder på at dommene har begrenset relevans for spørsmålet om foreldelse av vindikasjonsrett til penger ved ugyldig avtale. For det første omhandler ikke alle sakene restitusjon ved ugyldighet. I sakene som faktisk gjelder ugyldig

---

<sup>212</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 13.

<sup>213</sup> Røed, *Foreldelse*, s. 188.

<sup>214</sup> Hauge, *Ugyldighet*, på s. 291 petitavsnitt.

<sup>215</sup> Kjørven mfl., *Foreldelse*, s. 77-78 og s. 110.

<sup>216</sup> Skag, *Foreldelsesfrister*, s. 168-169 (petitavsnitt).

<sup>217</sup> Bergsåker, *Festskrift til Andenæs*, s. 18.

<sup>218</sup> Rune Sæbø, *Høyesteretts jubileumsskrift*, s. 760-761.

avtale, er det snakk om restitusjon i situasjoner hvor det ikke fremstår som aktuelt å vurdere vindikasjon.

Rt. 1925 s. 633 gjaldt spørsmål om foreldelse av en befrakters tilbakebetalingskrav mot et rederi ved for mye betalt leie. Høyesterett delte seg 3:2 med hensyn til kravets rettslige grunnlag. Flertallet mente at tilbakebetalingskravet kunne hjemles i en tolkning av certepartiet, mens mindretallet mente kravet hadde grunnlag i læren om *condictio indebiti*. Med andre ord var det ingen av dommerne som anså betalingen for å bero på ugyldig avtale. Dommen har derfor ikke relevans for spørsmålet om foreldelse ved tilbakebetaling grunnet ubundethet.

I Rt. 1932 s. 481 la Høyesterett til grunn at det forelå et betalingskrav med utgangspunkt i ugyldighet, og synes å forutsette at foreldelsesloven var anvendelig, selv om kravet konkret ikke var foreldet. Saken omhandlet et internasjonalt salg av kull, hvor betaling til den norske selgeren ble gjennomført via en norsk bank. Kjøperen deponerte gullrubler i banken, som deretter foresto betalingen. I Høyesterett ble det lagt til grunn at handelen mellom selgeren og banken var ugyldig, fordi banken på ureddelig vis hadde oppnådd provisjon ved å selge rublene til seg selv til underpris. Selgeren fikk derfor medhold i *krav på utbetaling av bankens oppnådde gevinst*. Selv om retten i sine premisser omtaler kravet som en «restitusjon», fremgår det av saksforholdet at kravet de facto ikke omhandlet en tilbakeføring av ytelsene, men en utbetaling av den vinningen banken hadde oppnådd. Avgjørelsen har derfor ikke konsekvenser for spørsmålet foreldelse ved eiendomsrett i penger.

De resterende dommene kan tilsynelatende gi uttrykk for foreldessynspunktet, fordi resultatet i dommene går ut at restitusjonskrav på penger etter ugyldig avtale er gjenstand for foreldelse. Rt. 1930 s. 544 gjaldt restitusjonskrav på for mye betalt husleie med grunnlag i daværende prisregulering. Rt. 1931 s. 1185 gjaldt restitusjon av betalingen for aksjer, fordi avtalen var ugyldig som følge av aksjeselgerens svik. Rt. 1952 s. 127 omhandlet forholdet mellom tidligere foreldelseslov og en tidsbegrensning i tidligere husleielov, hvor Høyesteretts flertall (3:2) mente at kravet på tilbakebetaling av for mye betalt husleie var undergitt foreldelsesloven. Rt. 1996 s. 994 (HRKj) gjaldt et tilbakebetalingskrav mot staten i henhold til påstand om ugyldig vedtak om merverdiavgift. Kjæremålsutvalget avviste saken, bl.a. under henvisning til at kravet var foreldet.

Selv om resultatet i sistnevnte saker innebærer at foreldelsesloven er anvendelig, er praksisen imidlertid ikke automatisk et argument for at restitusjonen av pengevederlaget i en ugyldig avtale *alltid* er en foreldbar fordring. Spørsmålet om foreldelse oppstår typisk når det har gått minst tre år siden betalingen fant sted, og i de fleste tilfeller vil det overførte pengevederlaget være oppbrukt eller umulig å identifisere. I ovennevnte dommer er det ikke noe ved de faktiske forholdene som tyder på at det var naturlig å vurdere opprettholdt vindikasjonsrett i midlene. Sakene ga derfor ikke anledning til å problematisere det prinsipielle spørsmålet. Man kan imidlertid tenke seg praktiske tilfeller hvor det er naturlig å vurdere vindikasjonsrett når foreldesspørsmålet kommer opp. Det kan tenkes at pengene ble plassert på en konto som av en eller annen grunn har blitt stående urørt, eller at pengene umiddelbart gikk inn i et ikke-fungibelt objekt som har blitt værende hos samme person. Identiteten til de overførte midlene kan da fortsatt være i behold<sup>219</sup>. Ettersom man i slike tilfeller har godtatt vindikasjon av penger i andre rettslige sammenhenger, burde dette også være riktig løsning når man vurderer vindikasjon i henhold til foreldesspørsmålet. Når de aktuelle dommene i tillegg er gamle og lite prinsipielle i vurderingene, gir praksisen heller ikke sterke rettskildemessige holdepunkter for å påstå foreldelse i tilfeller hvor vindikasjon er aktuelt.<sup>220</sup>

### 6.2.3 Uttalelser i Rt. 2012 s. 506

Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter) gjaldt ikke spørsmålet om restitusjonsobjektets betydning, men både førstvoterende og særvoterende kommer med uttalelser hvor de beveger seg inn på problematikken. Som kommentar til eldre rettspraksis om foreldelse av restitusjonskrav ved ugyldig avtale, uttalte førstvoterende Endresen i 2012-dommen:

«Jeg kan ikke se at disse dommene, som alle *gjelder ordinære pengekrav*, har vekt for løsningen av foreldesspørsmålet *for krav* på restitusjon av eiendom eller spesifisert løsøreobjekt *basert på eiendomsrett*.»<sup>221</sup> (Min utheving).

Videre, som svar på ankende parts anførsler, uttalte førstvoterende:

«Den ankende part har imidlertid fremhevet at dette innebærer en løsning som både avviker fra løsningen i den situasjon at kjøper hever avtalen på grunn av mangler, og *fra det som vil gjelde om det er kjøper som fremmer krav på grunnlag av en ugyldig kjøpekontrakt*. Det er også pekt på at det kan

<sup>219</sup> Se Rt. 1911 s. 960 og Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling I) om separatistrett.

<sup>220</sup> Lignende vurdering av rettspraksis hos Bergsåker, *Festskrift til Andenæs*, s. 18, Ørjasæter i *MarIus 2015* s. 105 og Sæbø, *Høyesteretts jubileumsskrift*, s. 760-761.

<sup>221</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 31.

være uklart hvor langt vindikasjonssynspunktet bærer. *Jeg kan ikke se at disse innvendingene er særlig tungtveiende*, og uansett kan de ikke slå gjennom overfor den klare lovgiverforutsetning som er kommet til uttrykk i forarbeidene til foreldelsesloven.»<sup>222</sup> (Min utheving).

Førstvoterendes betraktninger om å fravike løsningen som gjelder for *kjøpers restitusjonskrav* kan trekke i retning av at han ser for seg at disse er gjenstand for foreldelse, slik den ankende part hadde anført, men dette er ikke helt klart. Når restitusjonskrav på «eiendom eller spesifisert løsøre-gjenstand» nevnes som et motstykke til «ordinære pengekrav», kan essensen i førstvoterendes begrunnelse synes å være en sontring basert på om kravet har grunnlag i eiendomsrett eller ikke. Dette kan tyde på at førstvoterende tolker foreliggende rettspraksis slik at den ikke har konsekvens for spørsmålet om vindikasjon av penger, på tilsvarende måte som jeg har argumentert for over. Begrunnelsen til førstvoterende er på den annen side såpass knapp på dette punkt, at en skal være forsiktig med å overtolke den.

I særsvoterende dommer Tjomslands votum, er det mer tydelig forutsett at kjøpers restitusjonskrav på vederlaget er gjenstand for foreldelse, og at konklusjonen dermed innebærer motsatt løsning for selgers restitusjonskrav. Han uttaler:

«Etter mitt syn er det - ut fra en realbetraktning - atskillig som kunne tale for å anse et restitusjonskrav på grunn av en ugyldig kjøpsavtale som en «fordring på restitusjon» i forhold til foreldelsesloven, *hva enten det er selger eller kjøper som påberoper seg ugyldighet*. Om det som utgangspunkt foreligger et slikt restitusjonskrav beror jo på om det foreligger ugyldighet og ikke på hva slags objekt det er tale om å restituere.

Jeg innser *imidlertid* at det, som redegjort for av førstvoterende, synes å være en nokså langvarig og alminnelig rettsoppfatning at *selgers krav på restitusjon* ved en ugyldig avtale *ikke er gjenstand for foreldelse*.»<sup>223</sup> (Min utheving).

Uttalelsen forutsetter et skille under foreldesspørsmålet, basert på om det er vederlaget eller naturalytelsen som restitueres, og slik at det kun er kjøpers kravet på restitusjon av vederlaget, som er gjenstand for foreldelse. Selv om Tjomsland uttrykker at han stiller seg bak førstvoterendes redegjørelse, kan jeg ikke se at tilsvarende sontring er like tydelig her. Løsningen til førstvoterende Endresen synes som nevnt å være sterkere begrunnet i at parten som krever restitusjon fortsatt er *eier* av objektet. Terminologisk kan man også se at førstvoterende, til forskjell fra særsvoterende, først og fremst snakker om *eiers rett*, og han

---

<sup>222</sup> Dommens avsnitt 32.

<sup>223</sup> Rt. 2012 s. 506 avsnitt 40-41.



bruker nesten ikke terminologien selger/kjøper.<sup>224</sup> Ettersom øvrige dommere slutter seg til dette votumet, kan det argumenteres for at Høyesteretts avgjørelse tydeligst gir uttrykk for at foreldelsesspørsmålet generelt beror på om man er eier av tilbakeføringsobjektet. Uttalelsene om spørsmålet er imidlertid nokså vage. Ettersom betraktningene heller ikke var av betydning for det prinsipielle spørsmålet i saken, fører dommen uansett ikke til en fullstendig avklaring av spørsmålet om restitusjonsobjektets betydning for foreldelsesspørsmålet.<sup>225</sup>

### 6.3 Vurdering

Det foreligger ikke nyere praksis som bidrar til avklaring av spørsmålet om restitusjonsobjektets betydning for tolkningen av foreldelsesloven § 1.<sup>226</sup> For at spørsmålet skal komme på spissen, bør det vurderes i en sak hvor det er naturlig å problematisere vindikasjonsrett til penger, enten fordi de opprinnelige pengene har vært i behold hos løftemottaker over lang tid, eventuelt i et tilfelle hvor det er grunnlag for sameie- eller surrogasjonsbetraktninger.<sup>227</sup> Høyesterett har godtatt separatistrett til penger i konkurs ved ugyldig avtale,<sup>228</sup> og det har formodning mot seg at man ikke samtidig har en vindikasjonsrett etter foreldelsesloven § 1 når betingelsene for dette er tilstede.

En av årsakene til at det kan være lett å forskjellsbehandle det rettslige utgangspunktet basert på tilbakeføringsobjektet, er trolig at de faktiske forskjellene mellom restitusjonsobjektene egenskaper blandes med det rettslige spørsmålet om hvilken rett man prinsipielt har når en avtale er ugyldig. Den teoretiske diskusjonen om foreldelse av restitusjonskrav på penger må nok også ses i lys av noen av synspunktene som fremkom i forkant av Rt. 2012. S. 506 (Åslandseter). Ettersom vindikasjonsretten ved ugyldig avtale nok er tydeligere presisert gjennom dommen, kan det være at dette også har skapt klarere retningslinjer for vurderingen av pengerestitusjon ved ugyldig avtale. Når argumentene om foreldelse av rett til penger i tillegg har vært basert på eldre rettspraksis som ikke synes å avklare det prinsipielle spørsmålet, er det alt i alt svake holdepunkter for å følge argumentene. Jeg kan heller ikke se

---

<sup>224</sup> Se Rt. 2012 s. 506 i bl.a. avsnitt 21, 29, 31 og 33.

<sup>225</sup> Se tilsvarende Sæbø, *Høyesteretts jubileumsskrift*, s. 760-761.

<sup>226</sup> Finansklagenemnda har kommet med uklare uttalelser i etterkant av Åslandseter-dommen. Se FINKN-2014-551, FINKN-2014-553 og FINKN-2015-2. Ved tolkningen av fl. § 1 uttrykker nemnda at foreldelsesspørsmålet ved ugyldig avtale handler om «hva» som kreves tilbakesøkt. Med henvisning til Åslandseter-dommen legger nemnda samtidig til grunn at dette beror på at vindikasjonsretter ikke foreldes. Nemnda gir derfor uttrykk for at objektet har betydning, men viser til at grensen beror på om man har eiendomsrett. Uttalelsene er ikke avklarende.

<sup>227</sup> Mer om sameie- og surrogasjon nedenfor i kapittel 8.

<sup>228</sup> Rt. 1911 s. 968.

at argumenter om tilbakeføringsobjektets prinsipielle betydning finnes i dansk eller svensk rett.<sup>229</sup>

Etter mitt syn tilsier heller ikke reelle hensyn eller sammenhengen til andre regler at tilbakeføringsobjektet har prinsipiell betydning ved tolkningen av fl. § 1.

Ugyldighetsvirkningen er den samme inter partes, uavhengig av om det er selger eller kjøper som krever ugyldighet. Den samme identifikasjonsproblematikken som gjelder for penger, oppstår også ved vurdering av rett i andre fungible objekter, og en særbehandling av penger gir da også lite konsekvente løsninger.

Selv om spørsmålet nok ikke kan anses fullstendig avklart de lege lata, er konklusjonen for det videre at ugyldig avtale gir en rett til det overførte objektet som ikke er gjenstand for foreldelse, uansett om det er tale om selgers eller kjøpers restitusjonskrav, og uavhengig av om objektet er fungibelt eller ikke-fungibelt.<sup>230</sup>

Ikke-foreldbar rett til penger ved ugyldig avtale fremstår tilsynelatende som lite praktisk når passivitetsproblematikken oppstår, og når spørsmålet om å anvende foreldelsesreglene aktualiseres. Det kan derfor virke mindre interessant å vie oppmerksomhet til utgangspunkt om opprettholdt rett i slike tilfeller. Spørsmålet er imidlertid ikke alltid så upraktisk som det kan virke. En vindikasjonsrett kan nemlig tenkes opprettholdt over lang tid, basert på mer konkrete regler om sameie og surrogasjon. Disse spørsmålene drøftes særlig i kapittel 8, men først skal det gjøres en nærmere undersøkelse av de rettslige kriteriene for ikke-foreldbar rett til penger.

---

<sup>229</sup> von Eyben, *Forældelse*, s. 109 legger generelt til grunn at vindikasjonsretter ikke foreldes, og nevner ingen sonndring basert på objekt. Lindskog, *Preskription*, s. 87 viser til at vindikasjonsretten til fungibel eiendom ikke er gjenstand for foreldelse i den grad objektet kan identifiseres.

<sup>230</sup> Tilsvarende Ørjasæter i *MarIus 2015* s. 105 og Sæbø, *Høyesteretts jubileumsskrift*, s. 760-761.

# 7 Har objektet betydning for kriteriene for ikke-foreldbar rett?

## 7.1 Innledende bemerkninger

Spørsmålet i det følgende er hva som er kriteriene for ikke-foreldbar rett til penger ved ugyldig avtale. I forrige kapittel ble det undersøkt om tilbakeføringsobjektet har prinsipiell betydning for om restitusjonskravet foreldes, og det ble argumentert for at objektet ikke har slik betydning. *Det rettslige utgangspunktet* er derfor er at ugyldig avtale innebærer en ikke-foreldbar rett til pengevederlaget. Problemet som nå står for tur, er om egenskapene ved visse typer restitusjonsobjekter gjør at det gjelder spesielle vilkår for å inneha en ikke foreldbar rett. Nærmere bestemt er spørsmålet hva som er *vurderingstemaet for vindikasjonsrett til penger ved ugyldig avtale*. Et problem som glir noe over i dette, er hva som skal til for å ha opprettholdt vindikasjonsrett til objekter som trer i stedet for det opprinnelige vindikasjonsobjektet (surrogasjon), men dette behandles mer selvstendig i kapittel 8. Selv om fremstillingen i det følgende er knyttet til penger, burde drøftelsene også ha relevans for fungible objekter generelt, som for eksempel ved vurdering av ikke-foreldbar rett til olje etter ugyldig avtale.<sup>231</sup> Det vises til ovennevnte oppfatning om at restitusjonsobjektet ikke bør ha prinsipiell betydning ved tolkningen av fl. § 1.

Som gjennomgått i kapittel 4.2, kreves det i alminnelighet for vindikasjon at man eier et objekt som finnes hos en annen person, og at objektet for eiendomsretten kan identifiseres blant objekter som tilhører andre. Når det er betalt i henhold til en ugyldig avtale, får løftemottakeren ingen rett til å bruke pengene, men pengenes egenskaper gjør det vanskelig å spore de eksakte midlene dersom de er blandet sammen med tilsvarende midler. Forutsettes det at løftemottakeren ikke bruker pengene, vet man imidlertid at de finnes – om enn sammenblandet - hos vedkommende, og at løftegiver som utgangspunkt har en rett til noe som er i en annens besittelse. Grunnleggende sett skulle dette tilsi at man har vindikasjonsrett overfor løftemottaker, men identifikasjonsproblematikken gjør at det kan være behov for mer konkrete regler for avklaringen av rettighetsforholdene. Foreldelseslovens forarbeider viser til at tvil angående avgrensningen av fordringsbegrepet, skal trekkes opp i henhold til juridisk

---

<sup>231</sup> Tilsvarende Marthinussen, *Separatistrett*, s. 35-36.

tradisjon og rettspraksis.<sup>232</sup> Det eksisterer ikke vilkår for vindikasjonsrett til penger som er formulert særskilt med tanke på foreldelsesloven § 1. For spørsmålet om separatistrett til penger etter dekningsloven § 2-2, har det imidlertid utviklet seg en mer eller mindre festnet oppfatning om at separatistretten er betinget av debitor har hatt «plikt stil å holde pengene atskilt» fra egne midler, i tillegg til at de «faktisk må være holdt atskilt».<sup>233</sup> Som redegjort for i kapittel 4.4, bør en vindikasjonsrett etter min mening fastlegges likt etter fl. § 1 og deknl. § 2-2, fordi begge bestemmelser viser til en tolkning av forholdet inter partes,. Noe annet gir unaturlig sammenheng mellom reglene, blant annet fordi foreldesspørsmålet er aktuelt både i og utenfor konkurssituasjonen. Det kan likevel tenkes at kriteriene som er utviklet for separatistretten, avviker fra det overordnede spørsmålet om hvem som har rett til objektet, på en slik måte at det ikke er naturlig å overføre dem til foreldelsesloven.<sup>234</sup> Selv om det foreligger underrettspraksis som overfører kriteriene for separatistrett i penger til vurderingen av foreldelseslovens anvendelsesområde,<sup>235</sup> og også til andre spørsmål om vindikasjon utenfor konkurs,<sup>236</sup> er rettstilstanden vedrørende vilkårenes overføringsverdi ikke avklart.

Det er for øvrig *ikke sikkert spørsmålet handler om å overføre vilkårene* til vurderinger av vindikasjon i andre rettslige sammenhenger. Problemet med denne innfallsvinkelen er at den forutsetter at vilkårene er avklart og gjeldende i relasjon til dekningsloven, hvilket ikke er sikkert de lege lata.<sup>237</sup> I litteraturen ser man typisk at vilkårene gjengis slik de tradisjonelt er formulert, men at det samtidig gis forbehold om at de ikke skal tolkes så strengt som formuleringene tilsier.<sup>238</sup> For å kunne gjøre en fullgod vurdering av hva som er, eller bør være kriteriene for vindikasjonsrett til penger i relasjon til fl. § 1, blir det derfor nødvendig å gå nærmere inn på rettstilstanden også for konkurssituasjonen. Først da er det grunnlag for å vurdere om de kriteriene generelt kan overføres til foreldesspørsmålet, eventuelt slik at kriteriene gjelder når foreldelse vurderes i konkurs. Den følgende vurderingen er delt inn etter vilkårene om «plikt til å holde atskilt» og «faktisk atskillelse» slik de tradisjonelt er formulert,

---

<sup>232</sup> Innst. 1957 s. 12-13 og Ot.prp. nr. 28 (1977-1978) s. 51.

<sup>233</sup> Se bl.a. RG. 1985 s. 400 (Voldgift, Sjur Brækhus), Bergsåker, *Pengekravsrett*, s. 278 og Andenæs, *Konkurs*, s. 176 og s. 178 og Haukaas i *JV 2009* s. 29-30 og Sæbø i *Høyesteretts jubileumsskrift* s. 760.

<sup>234</sup> Sæbø i *Festskrift til Kjønstad* s. 613, argumenterer i denne retning, og konkluderer med at grensene for vindikasjon av penger i konkurs kan være mer begrenset enn en ikke-foreldbar vindikasjonsrett. Han er riktignok av den oppfatning at rettstilstanden vedrørende vilkårene for vindikasjon av penger i konkurs ikke er prinsipielt avklart, jf. Sæbø i *Høyesteretts jubileumsskrift* s. 760.

<sup>235</sup> Borgarting i LB-2003-10209 inntatt i RG. 2005 s. 712 og Gulating i LG-2004-44193.

<sup>236</sup> Borgarting i LB-2013-29537.

<sup>237</sup> Sæbø i *Høyesteretts jubileumsskrift* s. 760.

<sup>238</sup> Se for eksempel Bergsåker, *Pengekravsrett*, s. 278 hvor han, etter å ha stilt opp vilkårene, skriver at «Ingen av disse vilkårene er etter teori og praksis så strenge eller firkantede som formuleringene kan tyde på».

men hvor vilkårene vil bli problematisert i lys av det foreliggende rettskildematerialet. Underveis vil jeg trekke vekslers på situasjonen i og utenfor konkurs, slik at vurderingen er relevant for foreldesspørsmålet. Til slutt vil jeg sammenfatte det jeg mener bør være kriteriene for vindikasjonsrett til penger ved avgrensningen av fordringsbegrepet i foreldelsesloven § 1.

## 7.2 «Plikt til å holde atskilt»?

Betalingsmottakerens *plikt til å holde midlene atskilt* oppfattes ofte som et *generelt inngangsvilkår* for vindikasjon av penger.<sup>239</sup> Holder man dette kriteriet opp mot spørsmålet om hvem objektet «tilhører», jf. dekl. § 2-2, synes det imidlertid å være snakk om to ulike vurderinger, i hvert fall dersom man forstår vilkåret om «plikt til å holde atskilt» bokstavelig.

Det kan tenkes ulike typetilfeller hvor en person besitter midler som han ikke har rett til å benytte til personlige formål. Eksempler på dette er når en har kommet i besittelse av penger gjennom tyveri, underslag eller ugyldig avtale, eller i enkelte tilfeller hvor penger mottas på vegne av en annen, eller hvor man oppbevarer penger for en annen uten rett til å bruke dem selv. Selv om besitteren ikke har rett til å bruke pengene til egne formål, er det ikke nødvendigvis treffende å si at vedkommende også har plikt til å holde dem avsondret fra andre midler i egen besittelse. Det er riktignok slik at identifiseringen av midlene vanskeliggjøres ved at de ikke holdes atskilt, men sammenblandingen tilsier ikke at besitteren overtar retten til pengene. En plikt til å holde midlene atskilt vil da være praktisk viktig for å opprettholde pengenes identitet, men dette fremstår i så fall mer som et moment for å sørge for oppfyllelse av vilkåret om «faktisk atskillelse», enn et spørsmål om hvem som egentlig har rett til pengene.

Betydningen av spørsmålet om *plikt til å holde atskilt* avhenger muligens av hvordan man anvender formuleringen på den rettslige vurderingen. Som jeg skal komme nærmere inn på, er det mulig at enkelte bruker vilkåret når de egentlig spør om besitteren er berettiget til å bruke pengene til personlige formål. I så fall kan det bli et problem at vilkårets formulering er misvisende, og egnet til å gi uriktig innfallsvinkel til vurderingen. Dette vil det gis nærmere eksempler på, men først vil jeg se nærmere på det rettskildemessige grunnlaget for vilkåret.

---

<sup>239</sup> Se henvisningene i note 233 over.

Etter rettspraksis er det ikke godt grunnlag for å stille et generelt vilkår om *plikt til å holde atskilt*. I Rt. 1911 s. 968 ble en bank gitt separatistrett til penger i konkursboet til et selskap, fordi det var betalt i henhold til ugyldig aksjetegning (dissens 6:1). Retten la først til grunn at banken ikke var bundet av betalingen, og deretter gjaldt vurderingen spørsmålet om tilstrekkelig identifikasjon av midlene. Separatistretten ble ikke vurdert ut fra et overordnet spørsmål om selskapets plikt til å holde midlene atskilt. Høyesteretts vurderingstema i Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling I) er lignende. I saken var det klart at debitor hadde kommet i besittelse av de omtvistede midlene gjennom underslag. Retten mente at det «uten videre [var] klart at banken ville ha vindikasjonsrett så lenge beløpet kunne individualiseres og ikke var gått over til en godtroende tredjemann.»<sup>240</sup> Et tilleggsmoment om besitterens plikt til å ikke blande pengene ble altså ikke fremhevet.

I teori og praksis om vindikasjon av penger vises det ofte til RG. 1985 s. 400 (Drammensranet),<sup>241</sup> som er en voldgiftsdom avsagt av Sjur Brækhus. Saken gjaldt spørsmål om vindikasjon etter et ran, hvor deler av midlene var sammenblandet med gjerningsmannens egne midler. Voldgiftsretten formulerte det første kriteriet for vindikasjon slik:

«(1) Debitor må ha vært *uberettiget til å trekke beløpet inn i sin egen omsetning*. Dette vilkår formuleres ofte positivt *dithen at debitor må være forpliktet til å holde beløpet adskilt fra sine øvrige aktiver.*»<sup>242</sup> (Min utheving).

Det var ikke problematisk at vilkåret var innfridd, og retten subsumerte det slik:

«I det foreliggende tilfelle er det klart at vilkår nummer én er oppfylt: En raner har *ingensomhelst rett til å bruke de penger* han har tilvendt seg ved ranet.»<sup>243</sup> (Min utheving).

Uttalelsene tyder på at retten likestiller vilkåret om plikt til å holde atskilt med at besitteren ikke er berettiget til å bruke pengene til personlige formål. Dersom dette er meningen, innebærer vilkåret i realiteten ikke noe annet enn et spørsmål om avklaring av rettighetsforholdene i pengene, og dette er i så fall ikke noe annet enn det som i alminnelighet gjelder for vindikasjon, nemlig at den vindiserende må ha eiendomsretten over objektet.

---

<sup>240</sup> Rt. 1993 s. 679 på s. 683.

<sup>241</sup> Se senest Rt. 2014 s. 253 (U) hvor ankeutvalget viser til voldgiftsdommen for å belyse sameieløsning ved sammenblanding av penger. Kjennelsen gjaldt inndragning av utbytte fra straffbar handling, jf. straffeloven § 34.

<sup>242</sup> RG. 1985 s. 400 på s. 407.

<sup>243</sup> RG. 1985 s. 400 på s. 407.

I dommene som hittil er nevnt, var det snakk om tilfeller hvor besitterens atkomst til pengene var mangelfull, og i slike tilfeller er det ganske opplagt at besitteren ikke har rett til å bruke pengene. I andre typetilfeller kreves det en mer konkret vurdering av hvilken rett besitteren har til pengene, for eksempel når pengene mottas på vegne av andre, eller i betroelsestilfellene. Et spørsmål om besitterens *plikt til å holde midlene atskilt* fremstår da som et hensiktsmessig moment, fordi det kan *tydeliggjøre* at mottakeren ikke har rett til bruke midlene selv, i tillegg til at det ivaretar den berettigedes interesse, slik at man unngår identifikasjonsproblematikken som oppstår ved sammenblanding. Likevel, kan det også her innvendes at spørsmålet om plikt til å holde atskilt ikke burde ha avgjørende betydning for tolkningen av rettighetsforholdet mellom partene. Dersom man først har kommet til at besitteren ikke har rett til å bruke pengene, skulle det heller ikke ha prinsipiell betydning om besitteren er påtvunget til å holde dem i egen kasse eller ikke. Plikt til å holde atskilt fremstår derfor heller som et *tolkningsmoment* i vurderingen av hvem som har rett til pengene, men ikke som et selvstendig vilkår for å avgjøre rettighetsposisjonene.<sup>244</sup>

Høyesteretts vurdering i Rt. 1930 s. 463 (Lensmann Brønn) kan muligens underbygge en slik forståelse. Saken gjaldt skattemyndighetenes separatistrett til penger i en lensmanns insolvente dødsbo. Lensmannen hadde tatt imot innbetalinger på vegne av skattemyndighetene, og sett bort fra uenighet om størrelsen på beløpet, konkluderte et flertall på fire mot tre dommere med at staten hadde separatistrett. Ved vurderingen av det rettslige utgangspunktet for separatistretten, uttalte førstvoterende:

«Ved mottagelsen av innbetalinger til statskassen paa skattefogdens vegne erhvervet lensmann Brønn eiendomsrett for staten, ikke for sig selv, til de innbetalte penger, og han hadde plikt til at føre en særskilt kasse for disse penger og at holde dem avsondret baade fra private midler og fra beløp som maatte være innfordret av ham efter opdrag av andre enn skattefogden. *Det hevdes av boet, at «staten gjennom skattefogden i en aarrekke uten innsigelse har sett paa, at statens midler har vært sammenblandet med andre inngaatte midler»*; men hvorledes det enn maatte forholde sig hermed, kan

---

<sup>244</sup> Se lignende syn hos Sæbø/Hagstrøm i *Betenkning om separatistrett* s. 9, angående verdipapirforskriften § 9-16 c, som stiller vilkår om at finansielle instrumenter skal holdes atskilt. Sæbø/Hagstrøm tolker plikten på følgende måte: «Etter vår vurderingen må kravet [-om å holde instrumentene atskilt] (...) sees som uttrykk for at kundens separatistrett til de finansielle instrumentene vil kunne gå tapt uten slik atskillelse, men uten at bestemmelsen er ment å ta stilling til når det er grunnlag for å nekte separatistrett.» Se også Ørjasæter i *JV 2015* s. 145.

*det, efter hvad der foreligger, ikke antas herved at være foregaatt nogen forandring i selve rettsforholdet forsaavidt angaar eiendomsrhvervet til de innfordrede penger.»<sup>245</sup> (Min utheving).*

Anførselen fra konkursboet kan tolkes slik at man, som argument mot separatistrett, hevdet at skattemyndighetene hadde akseptert lensmannens sammenblanding, og at det derfor ikke gjaldt en klar plikt for lensmannen om å holde midlene atskilt. Førstvoterendes svar på dette synes å innebære at et slikt forhold ikke hadde betydning når rettighetsforholdene uansett tilsa at lensmannen ervervet rett på vegne av staten. Selv om retten også trakk frem at lensmannen i utgangspunktet hadde plikt til å holde midlene avsondret, fremstår dette mer som et moment til støtte for at lensmannen ikke hadde noen rett til å bruke pengene selv. I fortsettelsen av det siterte, poengterte førstvoterende:

*«En annen sak vilde det være, om statens eiendomsrett kunde gaa tapt gjennom en sammenblanding (...) fordi det blev umulig at paavise hvilke gjenstander statens rett knyttet sig til.»<sup>246</sup> (Min utheving).*

Slik jeg tolker dette resonnementet, ble det sondret mellom to hovedspørsmål. Det første var hvem som hadde retten til pengene, og det neste var om pengene var identifiserbare. Dommen gir derfor ikke grunnlag for å utlede et selvstendig vilkår om *plikt til å holde atskilt* for å godta separatistrett.

I Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen) nevnes også skyldnerens plikt til å holde midlene atskilt. Saken gjaldt en konflikt mellom factoringpanthaver og pantsetter om retten til et pengebeløp i pantsetters konkursbo. Factoringpanthaver hadde tiltrådt pantet, og hadde panterett i en bankkonto hvor innbetalingene skulle finne sted. I strid med dette, hadde pantsetter imidlertid plassert innbetalingene på sin egen driftskonto. Ved formuleringen av inngangsvilkåret for separatistretten, uttalte retten:

*«Vilkåret for å kunne gjøre separatistrett gjeldende for et bestemt pengebeløp i debtors konkursbo, er for det første at debitor har vært uberettiget til å bruke beløpet i sin egen virksomhet og derfor opptrer rettsstridig ved ikke å holde det adskilt eller ikke å la det tilflyte fordringshaveren.»<sup>247</sup>*

Retten mente vilkåret var oppfylt fordi «Transportbyrået [debitor] opptrådte rettsstridig, ved å ikke sørge for at innbetalingene etter tiltredelsen av factoringpantet ble overført til banken».<sup>248</sup> Etter min mening gir heller ikke denne avgjørelsen inntrykk av et overordnet

---

<sup>245</sup> Rt. 1930 s. 463 på s. 465.

<sup>246</sup> Rt. 1930 s. 463 på s. 465.

<sup>247</sup> Rt. 1992 s. 1650 på s. 1656.

<sup>248</sup> Rt. 1992 s. 1650 på s. 1656.



kriterium om debitors plikt til å holde midlene atskilt for å kunne vindisere. Uttalelsene gjør at plikten heller fremstår som en *konsekvens* av at midlene debitor ikke var berettiget til å bruke pengene til personlige formål.<sup>249</sup>

De gjennomgatte dommene gir ikke tilstrekkelig grunnlag for å stille opp *plikt til å holde midlene atskilt* som et inngangsvilkår for vindikasjon av penger. Det foreligger ikke senere høyesterettspraksis som er egnet til å endre på dette. Hvis man ved hjelp av kriteriet i realiteten mener å avklare at besitteren ikke er berettiget til å bruke pengene i egen omsetning, og dersom det er slik vilkåret i realiteten brukes, står man ikke overfor et direkte problem, fordi det i så fall bare er et spørsmål om begrepsbruk. I teori og underrettspraksis har man imidlertid eksempler på at *plikt til å holde atskilt* tolkes mer bokstavelig, og slik at det argumenteres mot vindikasjon på tross av at rettighetsforholdene inter partes innebærer at betalingsmottakeren ikke har rett til å bruke pengene i egen omsetning. En bokstavelig forståelse av vilkåret kan også gi inntrykk av at betalingsmottakerens subjektive oppfatning har betydning, hvilket ikke er tilfellet dersom rettighetsforholdene uansett innebærer at betaleren fortsatt har rett til pengene. Vilket kan derfor være egnet til å skape forvirring, og slik at man argumenterer for begrensninger i vindikasjonsretten som rettighetsforholdene ikke tilsier.

Dette kan være tilfelle i diskusjonen om manglende vindikasjonsrett ved ugyldighetsgrunner som virker på tross av løftemottakers gode tro, som jeg trakk frem i kapittel 5.2.2. Argumentasjonen har her gått ut på at en godtroende løftemottaker er lite å bebreide for måten han kom i besittelsen av midlene på, og at han derfor ikke kan klandres for å ha plassert pengene sammen med egne midler. Resonnementet gir imidlertid dårlig sammenheng til at ugyldighetsgrunnen objektivt sett fører til at løftemottakeren ikke har rett til å bruke midlene. Argumentene kan derfor være farget av at vurderingen forholder seg til et vilkår om i plikt til å holde midlene atskilt, og at dette gjør at man går for langt i å vurdere hvordan situasjonen fremsto for betalingsmottakeren. Man overse dermed det rettslige grunnlaget for tilbakeføringsretten.

At et vilkår om *plikt til å holde atskilt* er egnet til å skape misforståelser av rettighetsforholdene i ugyldighetstilfeller, kan man også se eksempel på i Borgartings avgjørelse i LB-2013-29537 (også

---

<sup>249</sup> Se også Marthinussen, *Separatistrett*, s. 48 i petitavsnitt som kritiserer «plikt til å holde atskilt» som overordnet vilkår for separatistrett i kommisjonsforhold, og uttrykker at «en plikt til å holde andres midler i egen kasse er som regel en *konsekvens* av at de tilhører andre», men at plikten «ikke i seg selv fører[r] til at eiendomsretten til pengene tredjemann har betalt til kommisjonæren, går over til kommittenten.»

omtalt i kapittel 4.4 over). Dette var en oppfølgingssak til avgjørelsen i LB-2009-172049 (RG-2011-272), hvor en aksjeoverdragelse ble funnet ugyldig. Den faktiske bakgrunn for ugyldigheten var som følger: Ole Christian Schröder og Anne Aarheim (arvingene) hadde mottatt aksjer fra sin far Ole Schröder. Kort tid etter overføringen gjorde faren imidlertid gjeldende at han ønsket aksjene tilbake, og han overførte dem til Werg AS som var et holdingselskap eid av hans advokat, Wilfred Rohde Garder. Arvingene gikk senere til sak mot Garder og Werg AS med krav om tilbakeføring av aksjene. Retten kom til at Garder ved avtaleinngåelsen hadde utnyttet at Ole Schröder var svekket av sykdom, og at aksjeoverdragelsen til Werg AS derfor var ugyldig etter avtaleloven §§ 33 og 36. Ettersom Garder hadde rukket å ta utbytte fra selskapet, slo retten fast at arvingene hadde krav på tilbakeføring av både aksjene og utbyttet.

Problemet var imidlertid at Werg AS var slått konkurs, og at Garder hadde benyttet utbyttet til å dekke salær til advokatfirmaet Arntzen de Besche AS (Adeb). I *oppfølgingssaken* gjorde arvingene derfor gjeldende vindikasjonsrett til disse pengene overfor Adeb. Borgarting la til grunn at vilkårene om «plikt til å holde atskilt» og «faktisk atskillelse» gjaldt for vindikasjon, både i og utenfor konkurs. Vindikasjonsrett måtte riktignok forutsette at Adeb ikke hadde gjort godtroerverv av pengene, men dette spørsmålet ble ikke behandlet, fordi retten mente at vilkårene for vindikasjon *uansett* ikke var oppfylt. Hovedbegrunnelsen for dette var at pengene ikke var holdt atskilt, ettersom de var plassert på Adebs alminnelige driftskonto. I konklusjonen ble det imidlertid også uttalt at: *«lagmannsretten kan heller ikke se at det forelå noen plikt for advokatfirmaet til å holde honoraret adskilt fra firmaets øvrige driftsinntekter. Kravet om vindikasjon av det mottatte salæret kan da ikke tas til følge.»* (Min utheving).

Rettens forståelse illustrerer etter min mening problemet med å ta utgangspunkt i plikt til å holde atskilt som vilkår for vindikasjonsvurderingen. Når tilbakeføringskravet hadde grunnlag i ugyldighet, var det riktige utgangspunktet at Adeb ikke hadde rett til pengene, med mindre firmaet ervervet rett gjennom ekstinksjon (godtroerverv). Dette følger av det alminnelige tingsrettslige utgangspunktet om at en ikke kan overføre større rett enn man selv har, og at unntak fra dette krever bruk av ekstinksjonsregler. Når det ikke ble tatt stilling til godtro-spørsmålet, skulle utgangspunktet for selve vindikasjonsvurderingen dermed vært at Adeb ikke kunne bygge større rett på midlene enn forgjengeren, og at advokatfirmaet, som følge av ugyldigheten, derfor ikke hadde rett til å trekke pengene inn i egen omsetning.

Det gjennomgåtte tyder på at det ikke er godt grunnlag for å bruke *plikt til å holde atskilt* som et overordnet inngangsvilkår for vindikasjon av penger, verken i eller utenfor konkurs. En slik plikt kan være en konsekvens av et avtaleforhold, og et moment som ivaretar interessene til den berettigede, slik at man unngår sammenblandingproblematikken. I fremstillinger av gjeldende rett bør bruken av plikt til å holde atskilt imidlertid nyanseres, slik at momentet ikke blandes inn som et selvstendig vilkår i situasjoner hvor det er klart at betalingsmottakeren ikke har rett til å bruke midlene i egen omsetning.

Det kan være interessant å merke seg at den norske bruken av «plikt til å holde atskilt», også skaper en viss undring i svensk litteratur. I sin behandling av vindikasjon av penger, skriver Lindskog om den omstendighet at besitteren har lov å blande pengene med egne at dette «bör i linje med allmänna sakrättslige principer inte nödvändigvis hindra att As äganderätt till pengarna består så länge de är identifierbara».<sup>250</sup> Med henvisning til Andenæs og Haukaas (som stiller opp vilkår om «plikt til å holde atskilt», jf. note 233 over), diskuterer han om den norske rettsvitenskapelige oppfatningen skiller seg fra den svenske. Han synes å være skeptisk til et vilkår om «plikt til å holde atskilt» når han uttaler:

«Ett villkor för separationsrätt skulle [i henhold til norsk rettsvitenskap] vara avskiljandeskyldighet. Men för mig framstår det litet som att spänna vagnen framför hästen. Vad det handlar om är väl huruvida de mottagna pengarna ägs av någon annen *med verkan* att ett sammanblandningsförbud gäller för mottagaran. Åtmintstone bör man se det så enligt svensk rätt.»<sup>251</sup> (Min utheving).

For å være tydelig på hva som er det rettslige vurderingstemaet for vindikasjon av penger, fremstår det mest treffende å formulere det overordnede kriteriet for vindikasjon av penger som et spørsmål om besitteren er *berettiget til å bruke midlene til personlige formål*,<sup>252</sup> hvilket i realiteten også er et spørsmålet om betaleren har retten til pengene som befinner seg hos betalingsmottaker, jf. det som ble sagt om alminnelige forutsetninger for vindikasjon i del 4.2. Utgangspunktet burde dermed ikke være annerledes for vindikasjon av penger enn ved vindikasjon av andre ting. Selv om det i deler av rettsvitenskapen trolig er en festnet oppfatning om at plikt til å holde atskilt er et selvstendig vilkår, synes det ikke å være tilstrekkelig grunnlag for å bruke momentet på denne måten i henhold til det samlede rettskildebildet.

### 7.3 «Faktisk atskillelse»?

Det neste spørsmålet er om det kreves at pengene *faktisk er holdt atskilt* fra andre midler for å ha vindikasjonsretten i behold. Holder man vilkåret opp mot de grunnleggende forutsetningene for vindikasjonsrett, handler det om identitetskravet, og om vindikasjon av penger krever at man identifiserer de *eksakte* midlene som man først overførte.

Tar man kravet om *faktisk atskillelse* på ordet, kan vindikasjonsretten være tapt med en gang pengene er sammenblandet med andres penger, for eksempel hvis det betales i henhold til en

---

<sup>250</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 666.

<sup>251</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 667 i note 2508.

<sup>252</sup> Se lignende Lindskog, *Betalning*, s. 663 hvor han skriver: «Vad som avgör om överlämnandet av ett penningbelöp leder til en penningfordring eller til ett anspråk på pengar såsom ett identifierbart objekt (en sak) är vad mån (...) den som tog emot (...) saken (pengarna) i sin besittning får använda denna *i eget interesse*.»

ugyldig avtale, og midlene går inn på løftemottakerens brukskonto hvor det står andre midler. Som vilkår for separatistrett i konkurs er et krav om faktisk atskillelse forståelig, fordi det fremmer effektiv bobehandling, uten tidkrevende bevisvurderinger og beregninger av andeler i sammenblandede midler. På den annen side er et strengt krav om faktiske atskillelse egnet til å begrense separatistretten mer enn hva utgangspunktene for vindikasjonsrett tilsier. Dette fordi vilkåret innebærer at hjemmelspersoner taper retten til objektet på tross av rettighetsforholdene ikke tilsier at besitteren har rett til å overta objektet. I realiteten innebærer dette at konkursboet får større rett enn debitor. Dersom et vilkår om faktisk atskillelse *likevel* gjelder de lege lata for konkurssituasjonen, kan disse innvendingene gjøre at det ikke er naturlig å stille det opp *utenfor* konkurs, for eksempel ved vurderingen av vindikasjonsrett etter foreldelsesloven § 1.<sup>253</sup> I dette kapitlet skal jeg nøye meg med å vurdere om et vilkår om faktisk atskillelse er beskrivende for rettsstilstanden. Når temaet i neste kapittel er grensene for opprettholdt vindikasjonsrett når tilbakeføringsobjektet er et annet enn det opprinnelige, sier dette muligens noe om konklusjonen på foreliggende spørsmål.

I teori og underrettspraksis er det eksempler på en oppfatning om at det kreves faktisk atskillelse for vindikasjonsrett til penger.<sup>254</sup> Det er også eksempler på bruk av vilkåret ved vindikasjon utenfor konkurs.<sup>255</sup> Om separatistrett til penger ved ugyldig avtale, skriver Andenæs: «I disse tilfellene vil pengene normalt bli sammenblandet med skyldnerens slik at betaleren *av den grunn* ikke har separatistrett. Dersom pengene unntaksvis er holdt atskilt, må utgangspunktet være at (...) partenes ytelser skal restitueres».<sup>256</sup> (Min utheving). Andenæs har altså en oppfatning om et strengt krav om faktisk atskillelse.

Ser man nærmere på dommene hvor det formuleres et krav om faktisk atskillelse, er det ikke opplagt at vilkåret forstås som et spørsmål om atskillelse fra andre midler. I hvert fall ikke når man ser avgjørelser hvor vilkåret anses oppfylt selv om midler er sammenblandet. I tidligere nevnte voldgiftsdom i RG. 1985 s. 400 (Drammensranet), formulerte retten spørsmålet slik at: «Beløpet må faktisk ha vært holdt adskilt, slik at det kan påvises blant debtors øvrige aktiver».<sup>257</sup> Retten kom til at kravet var oppfylt gjennom sameie i sammenblandede midler. I vurderingen presiserte retten innholdet vilkåret på følgende måte:

---

<sup>253</sup> Se Sæbø i *Festskrift til Kjønsstad* s. 612 hvor det konkluderes med at vindikasjonsrett til penger etter fl. § 1 ikke er avhengig av «faktisk atskillelse», selv om et slikt vilkår skulle gjelde for separatistrett til penger i konkurs.

<sup>254</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 177 og s. 184.

<sup>255</sup> LB-2013-29537.

<sup>256</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 177.

<sup>257</sup> RG. 1985 s. 400 på s. 406.

«Det avgjørende er at tredjemanns penger beløpsmessig har vært holdt *adskilt fra* debtors egen økonomi. Hvis debitor har trukket tredjemanns penger inn i *sin personlige omsetning* slik at denne er blitt tilsvarende inflatert, må pengene hefte for alle debtors forpliktelser. (...)

Det er klart at tredjemanns [-rett] i et beløp som debitor har rådighet over, kan gå tapt hvis rådigheten utøves på en måte som innebærer en *tilegnelse av hele beløpet*, eller som gjør det umulig å fastslå hva som er tredjemanns andel og hva som er debtors andel.»<sup>258</sup> (Min utheving).

Slik atskillelseskravet forstås i voldgiftsdommen, innebærer det et krav om at pengene må være holdt atskilt fra besitterens omsetning, i betydning av beløpet ikke må være brukt opp. En slik løsning er i realiteten ikke noe annet enn det som følger av kravene til vindikasjonsrett for andre objekter, fordi vindikasjonsretten krever at objektet er i behold hos den man krever utlevering fra.

Man har her eksempler på to ulike forståelser av atskillelsesvilkåret. Det ene perspektivet går ut på at vindikasjonsretten er tapt når hjemmelsmannens penger blandes med penger tilhørende andre, mens det andre perspektivet går ut på at retten er tapt dersom det opprinnelige beløpet, eller en forholdsmessig andel av dette, ikke lenger er i behold hos besitteren. Forskjellen mellom disse perspektivene får betydning i neste kapittel, under spørsmålet om ikke-foreldbar rett gjennom sameieløsninger.

Etter gjeldende rett er det klart at også Høyesterett har akseptert vindikasjon av penger uten krav om at midlene må ha vært atskilt fra andre midler. I Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen) var beløpet holdt atskilt, slik at man ikke sto overfor sammenblandingsproblematikk. Ved formuleringen av vurderingstemaet, la Høyesterett til grunn at spørsmålet handlet om hvorvidt «beløpet lar seg påvise - identifisere - blant debtors øvrige midler».<sup>259</sup> Formuleringen er ikke klar, men kan trekke i retning at identiteten kan være i behold selv om beløpet er i blanding med andre midler. At sammenblanding ikke hindrer separatistrett ble enda tydeligere lagt til grunn i tidligere nevnte Rt. 1993 s. 697 (Høyfjellsutvikling I). Høyesterett aksepterte her vindikasjon av penger som var sammenblandet, og som hadde blitt brukt til å kjøpe en hotelleiendom. I rettens vurdering ble et vilkår om faktisk atskillelse ikke problematisert, og retten formulerte det hele som et spørsmål om *tilstrekkelig identifikasjon* av beløpet.<sup>260</sup> Etter dommen er det vanskelig å argumentere for at sammenblanding er til hinder for separatistrett i

---

<sup>258</sup> RG. 1985 s. 400 på s. 407 og s. 409.

<sup>259</sup> Rt. 1992 s. 1650 på s. 1656.

<sup>260</sup> Retten spør om beløpet kan «individualiseres», jf. Rt. 1993 s. 679 på s. 683, men i denne fremstillingen omtaler jeg det samme som «identifisering».

konkurs. Dette taler for at man ikke bør operere med den strenge forståelsen av faktisk atskillelse, jf. de to perspektivene som ble trukket frem i forrige avsnitt.

En dom som er vanskelig å plassere, men som likevel er interessant, er Rt. 2001 s. 1580 (Slåtto Husbygg). I saken hadde en person (A) underslått 150.000 kr fra et borettslag som han var regnskapsfører for. A benyttet pengene til å innfri gjeld hos byggefirmaet Slåtto Husbygg (Slåtto). Ettersom A tilfeldigvis også var regnskapsfører for Slåtto, fikk han hånd om betalingsmeldingen, og forfalsket denne slik at den ga uttrykk for at betalingen kom fra As konto. Overfor Slåtto var A derfor legitimert til å betale. Borettslaget krevde pengene tilbakeført fra Slåtto, og Høyesterett var enstemmig i konklusjonen om å gi borettslaget retten til pengene. Dommerne var imidlertid uenig om det rettslige grunnlaget for tilbakeføringen, og flertallet (4:1) mente at konflikten ga anvendelse til den obligasjonsrettslige læren om *condictio indebiti*. Mot denne løsningen, innvendte mindretallet at konflikten burde forstås som en tingsrettslig tredjemannskonflikt. Etter mindretallets syn var det derfor borettslagets *vindikasjonsrett* som begrunnet tilbakeføringen, fordi man mente at Slåtto ikke var i god tro om As rett til midlene. Byggefirmaet hadde derfor ikke større rett til pengene enn hva A hadde.

I juridisk litteratur er flere kritiske til flertallets løsning, og det argumenteres for at mindretallets løsning er i best overensstemmelse med etablerte formuerettslige prinsipper.<sup>261</sup> Jeg er enig i denne kritikken, fordi det reelt sett bare var As legitimasjon som kunne åpne for å gi Slåtto rett til pengene. Rettskildene ellers gir heller ikke holdepunkter for å anvende *condictio indebiti* når tilbakesøkeren verken har foretatt betalingen, og i tillegg er helt uvitende om at den finner sted.<sup>262</sup> Det var derfor kunstig å vurdere saken som en topartskonflikt mellom borettslaget og Slåtto.

Følger vi mindretallets løsning er det imidlertid litt overraskende at det ikke ble stilt spørsmål til *identifikasjonen* av det overførte beløpet. A hadde overført pengene til Slåtto's bankkonto, og tilbakeføringskravet ble gjort gjeldende nærmere ett år etter overføringen. På dette tidspunktet var det ikke sannsynlig at det opprinnelige beløpet var i behold hos Slåtto. Sammenblandingsproblematikken ble riktignok ikke problematisert i saken, og hadde uansett ikke betydning for flertallets løsning. Likevel er det interessant at mindretallet tilsynelatende gir borettslaget vindikasjonsrett på tross av at identifisering av de opprinnelige midlene var lite sannsynlig. Selv om flertallets løsning gjør at dommen har begrenset vekt for spørsmålet, er mindretallets løsning i hvert fall ikke et argument for et krav om faktisk atskillelse for vindikasjon av penger. Ettersom saken gjaldt vindikasjon utenfor konkurs, er det mulig at mindretallet hadde et mindre strengt syn på identifikasjonsproblematikken.

Når det er klart at Høyesterett har akseptert vindikasjon av penger uten faktisk atskillelse fra øvrige midler, virker det metodisk sett mest treffende å formulere vilkåret som et spørsmål om *tilstrekkelig identifisering av beløpet*, og deretter vurdere grensene for dette. Tar man

---

<sup>261</sup> Sæbø, *Høyesteretts jubileumsskrift*, s. 746-747 i petitavsnitt, Lilleholt i *Allmenn formuerett* s. 250-251 og i *Innleiing på nasjonalt doktorandseminar* og Tørum i *JV 2002*, s.334-335.

<sup>262</sup> Tørum i *JV 2002* med flere henvisninger i note 73.

utgangspunkt i et vilkår om faktisk atskillelse som det umiddelbart må gjøres unntak fra, er dette egnet til å skape uklarheter med hensyn hvor bokstavelig man skal tolke formuleringen.

## 7.4 Sammenfatning

Selv om det nok er enighet om at *plikt til å holde atskilt* og *faktisk atskillelse* ikke skal tolkes så strengt som formuleringene tilsier, er det uheldig å operere med vilkår som forutsetter at man egentlig vurderer noe annet. Ovennevnte gjennomgang tyder på at vilkårene ofte oppfattes som en omformulering av de alminnelige kriteriene for vindikasjonsrett. Dersom formålet med vilkårene er å avklare rettighetsforholdene mellom besitteren og hjemmelsmannen, slik dekl. § 2-2 viser til, er vilkårene uegnet til å nå dette målet. Vilrårene innebærer begrensninger i vindikasjonsretten som virker lite gjennomtenkte, og tolket bokstavelig fører de til at konkursboet får større rett til hjemmelsmannens midler enn hva debitor har. Når det ikke foreligger kilder som gir avgjørende holdepunkter for å anvende vilrårene på denne måten, bør de ikke brukes for vindikasjon av penger, verken i eller utenfor i konkurs. Dette gjør at det heller ikke blir aktuelt å overføre bruken av plikt til å holde atskilt og faktisk atskillelse til vurderingen av ikke-foreldbar rett etter foreldelsesloven § 1.

Samlet sett synes en mer presis formulering av vurderingstemaet for vindikasjon av penger å være at den som sitter på pengene må være *uberettiget til å bruke* midlene til personlige formål, og at *beløpet må kunne identifiseres* blant midler som tilhører andre. Dette er i bunn og grunn ikke noe annet enn det som følger av den alminnelige forståelsen av vindikasjonsrett, nemlig at tilbakesøkeren har eiendomsrett til et identifiserbart objekt som er i en annen persons besittelse. Det er i så fall ikke grunn til å behandle vindikasjon av penger annerledes enn vindikasjon av andre objekter. I lys av problemstillingen om restitusjonsobjektets betydning for foreldelseslovens anvendelsesområde, blir konklusjonen at restitusjonsobjektet ikke har betydning for vurderingstemaet for ikke-foreldbar rett etter fl. § 1.

# 8 Ikke-foreldbar rett ved sameie- og surrogasjonsløsninger

## 8.1 Innledende bemerkninger

I dette kapitlet skal kravet om identifisering av vindikasjonsobjektet undersøkes nærmere, og forutsetningen for drøftelsene er at hjemmelsmannen, herunder løftegiver, i utgangspunktet har rett til objektet som ble overført til løftemottaker. Sett i lys av den overordnede problemstillingen om *tilbakeføringsobjektets betydning* for foreldelseslovens anvendelsesområde, kan tematikken i kapitlet oppsummeres til et spørsmål om grensene for ikke-foreldbar rett når tilbakeføringsobjektet er et annet enn det opprinnelige.

Når løftegiver gjør gjeldende tilbakeføringsretten, kan det hende at objektet ikke lenger er i behold hos løftemottaker. Er det er tale om et fungibelt objekt, vil dette kunne være vanskelig å identifisere hvis det er blandet med like objekter tilhørende besitteren. Selv om slike omstendigheter kan skape hindringer for opprettholdt vindikasjonsrett, er det ikke utelukket at retten kan være i behold, fordi man etter gjeldende rett har akseptert vindikasjon selv om tilbakeføringsobjektet, rent fysisk, er et annet enn det opprinnelige. Dette kan være særlig aktuelt når det har gått en viss tid siden objektet ble overført. Følgelig blir foreldelsesloven § 1 relevant, fordi lovens avgrensning mot vindikasjonsrett kommer inn hvis det oppstår spørsmål om tap av tilbakeleveringskravet grunnet passivitet.

Når en rett i ting er i behold på tross av at den fysiske identiteten til objektet er endret, omtaler man den rettslige transformeringen som *surrogasjon*.<sup>263</sup> Den tidligere dansk-norske rettsvitenskapelige oppfatningen gikk ut på at slik transformering av retten bare ble akseptert i særlige tilfeller, men teori og rettspraksis har beveget seg i retning av en åpnere holdning til surrogasjon.<sup>264</sup> Surrogasjon av rett i ting har man eksempel på i Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling I), hvor vindikasjonsretten til underslåtte midler var i behold, selv om

---

<sup>263</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 260 og Johansen i *LoR 1994* s. 242-243. Surrogasjon må ikke forveksles med *subrogasjon* (*cessio legis*), som i obligasjonsretten er betegnelsen på at en fordring flyttes fra en kreditor til en annen med grunnlag i alminnelige prinsipper, og uten at det foreligger en direkte overdragelse av kravet mellom kreditorene. Eksempel på dette er når forsikringsselskapet trer inn i kravet mot skadevolder etter dekning av skadelidtes tap.

<sup>264</sup> Johansen i *LoR 1994* s. 245-246 med videre henvisninger.



midlene hadde blitt overført gjennom ulike bankkontoer og brukt til kjøp av en hotelleiendom. Eiendommen var da *surrogatet* for de underslåtte midlene.

Når penger er betalt i henhold til en ugyldig avtale, vil de typisk bli betalt inn til en alminnelig bankkonto hvor de blandes med andre innbetalte penger. Som vi skal se, kan det i slike tilfeller være aktuelt å inneha vindikasjonsrett med grunnlag i et sameieprinsipp. I vid forstand kan en slik sameieløsning også betegnes som surrogasjon,<sup>265</sup> fordi vindikasjonsretten ikke er knyttet til de eksakte midlene som ble overført, men til en beløpsmessig andel som retten har gått over på. I det følgende skilles det likevel mellom vindikasjon av sameieandel og vindikasjon av surrogat, hvor sistnevnte gjelder tilfeller der det er klart at retten til det opprinnelige objektet har gått over på tredjemann.

Innenfor sameie- og surrogasjonstematikken er det mange spørsmål hvor rettskildene ikke gir entydige svar. I det følgende skal drøftelsene konsentreres til noen utvalgte problemer. Både for spørsmål opprettholdt vindikasjonsrett gjennom sameie og ved surrogasjon, eksisterer det uenighet med hensyn til hvor alminnelig adgangen til å bruke slike løsninger er. Enkelte argumenterer i retning av at adgangen bør nyanseres med grunnlag i hvordan besittelsen til det aktuelle objektet ble oppnådd, og slik at det først og fremst er aktuelt å akseptere vindikasjon dersom mottakeren fikk atkomst til objektet gjennom klanderverdige handlinger. Dersom dette er tilfellet, kan det tenkes at vindikasjonsadgangen er mer begrenset etter ugyldig avtale enn for eksempel etter et tyveri. Kanskje er det i så fall også grunnlag for å differensiere blant ugyldighetstilfeller. I det følgende diskuteres slike synspunkter først i relasjon til ikke-foreldbar rett i sammenblanding, og deretter i relasjon til ikke-foreldbar rett ved surrogasjon til nytt objekt.

## **8.2 Rett til forholdsmessig andel**

### **8.2.1 Generelt**

Når det er betalt i henhold til ugyldig avtale, og pengene er blandet med andre midler hos mottakeren, kan dette tenkes å få ulike konsekvenser for løftegiverens posisjon. En løsning kunne vært at vindikasjonsretten er tapt fordi det opprinnelige objektet ikke kan pekes ut.

---

<sup>265</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 260.

Med henvisning til drøftelsene i forrige kapittel, gir rettstilstanden trolig uttrykk for denne løsningen. Spørsmålet blir derfor hvordan eierforholdene i sammenblandingen bør fastlegges.

For vindikasjon av penger formuleres identifikasjonskravet ofte slik at pengene må ha opprettholdt sin *økonomiske identitet*.<sup>266</sup> Formuleringen illustrerer at penger ikke kjennetegnes av individuelle egenskaper, og at eiendomsretten først og fremst knyttes til den beløpsmessige verdien av midlene. En slik vid forståelse av identiteten til objektet, tilsier at sammenblanding ikke er direkte til hinder for oppfyllelse av identifiseringskravet, fordi man er ute etter å avgjøre om et bestemt kvantum, eller deler av dette, er i behold. På lignende måte vil man ved rett i olje være interessert i en bestemt mengde av den aktuelle oljekvaliteten dersom oljen er i en blanding med olje som andre eier.<sup>267</sup> Disse forholdene kan tilsi at eiendomsretten knyttes til en ideell andel i blandingen, når man vet at blandingen består av objekter som tilhører ulike eiere.

I juridisk litteratur er det likevel ikke en enhetlig oppfatning av adgangen til å ha opprettholdt vindikasjonsrett i sammenblandinger. Det rettslige grunnlaget for slike løsninger må derfor vurderes nærmere. I det følgende vil det ikke tas stilling til mer tekniske problemer knyttet til slike løsninger, som for eksempel spørsmål som oppstår dersom et objekt er kortvarig sammenblandet før det skilles ut.<sup>268</sup> Slike spørsmål glir mer over i surrogasjonstematikken som behandles nedenfor i kapittel 8.3. Spørsmålet nå er om vindikasjonsrett er utgangspunktet ved sammenblanding, eller om opprettholdt rett bør forbeholdes tilfeller hvor det eksisterer særlige beskyttelseshensyn.

## 8.2.2 Rettslig grunnlag for sameieløsningen

Ved spørsmål om fastleggelsen av eierforhold i sammenblandinger av ting, må det tas stilling til betydningen av lov om hendelege egedomshøve (hendl.) § 2.<sup>269</sup> Bestemmelsen gjelder eierforhold i sammenblanding av løsøreting, og uttrykker følgende:

«Når lausøyreting frå to eller fleire eigarar vert såleis blanda eller samanbundne at kvar ikkje kan få sitt utskilt att utan for stor skade og kostnad, vert det sameige.

---

<sup>266</sup> Haukaas i *JV 2009* s. 41 og Andenæs, *Konkurs*, s. 184.

<sup>267</sup> Se LG-2010-186968 (Gulating) hvor et oljeselskap hadde ikke-foreldbar rett til olje, selv om oljen var blandet sammen med annen olje hos et annet oljeselskap. Lagmannsretten ga uttrykk for at selskapet hadde eiendomsrett til «nøye spesifiserte kvanta prosessert olje».

<sup>268</sup> Se Haukaas i *JV 2009* s. 42-58 som går nærmere inn på ulike sammenblandingsvarianter ved spørsmål om separatistrett til penger i konkurs.

<sup>269</sup> Lov 10. april 1969 nr. 17 om hendelege egedomshøve.

Kvar eigar får så stor part som svarar til det verdet som skriv seg frå han.»

Regelen gjelder som bakgrunnsrett «så langt anna ikkje fylgjer av avtale eller serlege rettshøve», jf. hendl. § 1. I tilfeller hvor like objekter er blandet slik at man ikke kan peke ut hvilket objekt som tilhører respektive eiere, er kravet om at utskillelse innebærer «for stor (...) kostnad» oppfylt, fordi dette omfatter situasjoner hvor det er umulig eller svært arbeidskrevende å individualisere objektene.<sup>270</sup> Vilkåret om «lausøyreting» treffer imidlertid ikke direkte sammenblandede *kontopenger*. I forarbeidene er anvendelsen av regelen eksemplifisert med sameie i fysiske penger som sammenblandes etter et tyveri.<sup>271</sup> Den samme identifikasjonsproblematikken gjør seg imidlertid også gjeldende ved sammenblandede kontopenger, og det virker derfor lite formålstjenlig å tolke løsevilkåret strengt.<sup>272</sup> Generelt taler formålet bak regelen for å ikke gjøre strenge avgrensninger basert på objektstypen, fordi problematikken gjelder generelt for objekter som det kan knyttes eiendomsrett til, og som kan inngå sammenblandinger med identiske objekter.

Selv om ordlyden tolkes slik at hendl. § 2 ikke har anvendelse på kontopenger, er dette ikke til hinder for en tilsvarende anvendelse av sameieløsningen, fordi regelen bygger på et tingsrettslig prinsipp som eksisterte før loven ble til. I forarbeidene uttrykkes det at: «Etter vanleg lære hjå oss vert samanblanda eller samansette lausøyreting i regelen sameige.»<sup>273</sup> Denne oppfatningen kan man også se eksempler på i litteraturen før lovens tilblivelse.<sup>274</sup> Den teknologiske utviklingen har også gjort at eierskap i kontopenger er langt mer praktisk i dag enn ved lovens tilblivelse, og det er dermed ikke grunnlag for en antitetisk tolkning av at loven ikke regulerer kontopenger.

I senere rettspraksis kan man også se eksempler på at sameie blir oppfattet som utgangspunktet ved sammenblandede kontopenger, og uten at det har blitt ansett nødvendig å vise til bestemmelsen i hendl. § 2. I Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling I) var partene enige i fordelingsnøkkelen i midlene for det tilfellet at Høyesterett skulle akseptere vindikasjonsindikasjonsretten. Det ble derfor ikke nødvendig for Høyesterett å ta direkte stilling til anvendelse av sameieprinsippet. Retten syntes imidlertid å forutsette at

---

<sup>270</sup> Jf. Ot.prp. nr. 30 (1967-1968) s. 13 som vidererfører det som fremgår av Rådsegn 7 fra Sivillovbokutvalet (1962) s. 19-20.

<sup>271</sup> Jf. Rådsegn 7 s. 20.

<sup>272</sup> Det kan nevnes at hendl. § 2 har blitt brukt som grunnlag for sameierett i settefisk (RG. 1990 s. 928), hvilket ikke er det mest typiske eksemplet på løseobjekt.

<sup>273</sup> Jf. Rådsegn 7 s. 9.

<sup>274</sup> Gjelsvik, *Norsk tingsret*, s. 100, Scheel i *TfR 1894* s. 441. Opsahl i *TfR 1953* s. 293-297 viser til at rettstilstanden er noe uklar for sameieløsningen i konkurs, men synes å lande ned på sameieløsningen.

sameieløsningen ville vært utgangspunktet, fordi det ble uttalt at alternativet sto mellom å bygge på sameieprinsippet eller å betale vederlag til debitorselskapet for den del av midlene som tilhørte selskapet. Det kan nevnes at lagmannsretten la til grunn sameieløsningen i samme sak,<sup>275</sup> da partene ikke var enige om fordelingsnøkkelen på dette stadiet. I nevnte RG. 1985 s. 400 (Drammensranet) ble det også lagt til grunn sameie i de sammenblandede midlene. Som jeg kommer nærmere inn på nedenfor, tyder uttalelser i dommen på at sameie ble ansett for å være det tingsrettslige utgangspunktet, selv om det gjaldt en konflikt med kreditorfellesskapet.

Det gjennomgåtte tilsier at sameieløsningen er det generelle utgangspunktet i norsk rett, både for fysiske objekter og kontopenger.

### 8.2.3 Skepsis til sameieløsningen

I juridisk litteratur er enkelte skeptiske til sameieløsningen, og særlig når vindikasjonsspørsmålet oppstår i konkurs. Både Andenæs og Haukaas argumenterer i retning av at adgangen til å anvende sameieløsningen bør nyanseres under hensyn til måten besitteren fikk atkomst til midlene på.<sup>276</sup> Regelen i hendl. § 2 kan som nevnt fravikes i «særlege rettshøve», jf. hendl. § 1. Det er imidlertid ikke sikkert at skepsisen mot sameieløsningen er tilstrekkelig godt begrunnet.

Andenæs argumenterer mot sameieløsningen på følgende måte:

«[-Sameieløsningen] innebærer etter mitt syn et litt vilkårlig og kompliserende unntak fra kravet om faktisk atskillelse fra skyldnerens øvrige midler, og begunstiger separatistretten på bekostning av skyldnerens øvrige fordringshavere. Etter mitt syn bør separatistretten anses tapt for den del som ikke er ikke påviselig er i behold av klientens innskudd.»<sup>277</sup>

Det er riktig at sameieløsningen kan gi kompliserte vurderinger, spesielt dersom det er flere enn to som eier midler i blandingen, og dersom det har skjedd innskudd og uttak i sammenblandingen. Det er imidlertid ikke helt treffende å si at løsningen er «litt vilkårlig», når den bygger på det som den alminnelig tingsrettslig regelen for eierforhold i sammenblanding av ting. Når den forholdsmessige beregningen er korrekt, innebærer dette bare at hjemmelsmannen får tilbake et beløp som er i behold, og som besitteren ikke har

---

<sup>275</sup> LE-1990-615.

<sup>276</sup> Haukaas *JV 2009* s. 42 og Andenæs, *Konkurs*, s. 183.

<sup>277</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 186.

retten til. Dette er i prinsippet ikke annerledes enn at hjemmelsmannen har rett til å vindisere en individuelt bestemt løsøreting som debitor har mottatt i henhold til ugyldig avtale og som fortsatt er i behold. Det virker også noe «bakvendt» å beskrive sameieløsningen som et unntak når regelen følger av bakgrunnsretten. Sammenhengen i Andenæs sin argumentasjon kan også kritiseres fordi han viser til at man kan ha separatistrett gjennom surrogasjon,<sup>278</sup> uten å problematisere at surrogasjon i realiteten strekker mer på identitetskravet enn hva sameieløsningen gjør.<sup>279</sup>

Haukaas argumenterer også i retning av at sameieløsningen bør anvendes med forbehold, og i sin tolkning av voldgiftsdommen i RG. 1985 s. 400 (Drammensranet), uttaler han:

«Sameiebrøken ble beregnet ut fra hvor stor del av pengene som tilhørte henholdsvis banken og raneren på tidspunktet for sammenblanding. Mankoen på kontoen, som var en følge av ranerens uttak av penger, ble fordelt forholdsmessig ut fra denne brøken. *Skyldnerens atkomst til midlene (ran) medførte nok at man strakk seg langt for å opprettholde separatistretten i dette tilfellet.*»<sup>280</sup> (Min utheving).

## 8.2.4 Vurdering og konklusjon

Ser man til regelen i hendl. § 2, er det ikke grunnlag for å differensiere sameieløsningen basert på hvordan man fikk besittelsen til tingene. I forarbeidene presiseres det også at partenes respektive oppførsel ikke har betydning for anvendelsen av regelen. Det uttales at: «Slike subjektive tilhøve er ikkje avgjerande for eigedomshøvet.»<sup>281</sup>

Selv om voldgiftsdommen i RG. 1985 s. 400 (Drammensranet) gjaldt et tilfelle hvor skyldneren hadde fått atkomst til midlene på en klanderverdig måte, er det ikke nødvendigvis grunnlag for å hevde at atkomstmoten var utslagsgivende for sameieløsningen, slik Haukaas argumenterer for. Et nærmere blikk på voldgiftsrettens argumentasjon tyder heller på at sameieløsningen ble ansett som det rettslige utgangspunktet. Ved vurderingen av sameieprinsippet uttalte voldgiftsretten:

«For en godkjennelse av [sameie]synspunktet taler ikke bare ønsket om å effektivisere klientkonto-systemet. *Selve grunntanken bak reglene om vindikasjon av pengebeløp peker i samme retning.* Som påpekt under 1 ovenfor er vindikasjonsretten ikke avhengig av at de individuelle pengesedler, sjekker, bankkonti m.m. som opprinnelig tilhørte tredjemann, gjenfinnes i debtors besiddelse ved konkursen.

<sup>278</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 176 og s. 184.

<sup>279</sup> Andenæs, *Konkurs*, s. 176 og s. 184.

<sup>280</sup> Haukaas i *JV 2009* s. 48.

<sup>281</sup> Jf. NUT 1969: 4, Rådsegn 7 s. 20.

*Det avgjørende er at tredjemanns penger beløpsmessig har vært holdt adskilt fra debtors egen økonomi. Hvis debitor har trukket tredjemanns penger inn i sin personlige omsetning slik at denne er blitt tilsvarende inflatert, må pengene hefte for alle debtors forpliktelser.»<sup>282</sup> (Min utheving.)*

Rettens bemerkninger tyder på at sameieløsningen anses som et naturlig utslag av vindikasjonsretten, fordi det avgjørende er at beløpet ikke er brukt i debtors omsetning. Det vises til vurderingen av dette ovenfor i kapittel 7.

Skepsisen mot sameieløsningen må nok ses i sammenheng med at forfatterne tar utgangspunkt i en streng forståelse av faktisk atskillelse som hovedregel for separatistrett til penger. Som påpekt i forrige kapittel kan kravet til faktisk atskillelse bli oppfattet som et sammenblandingsforbud. Problemet med «vilkåret» er at det samtidig synes å bli oppfattet som en presisering av kravene til opprettholdt eiendomsrett. Denne innfallsvinkelen gjør at en lett kan innbille seg at hjemmelsmannen får større rett enn han opprinnelig hadde hvis man åpner for sameieløsningen. Man tenker da sameieløsningen gjør inngrep i kreditorfellesskapets beslagsrett, og at regelen derfor er et unntak som krever særlig begrunnelse. Dette er en uheldig forståelse av sameieløsningen, fordi regelen i realiteten bare innebærer at man får en forholdsmessig andel av det opprinnelige beløpet. Selv om regelen kan gi kompliserte beregninger, fører den i prinsippet derfor ikke til en større rett for hjemmelsmannen enn hva han i utgangspunktet har overfor kreditorfellesskapet. Realiteten i å nekte sameieløsningen blir derfor at man gir kreditorfellesskapet større rett i midlene enn hva debitor har overfor hjemmelsmannen. En slik løsning bør ikke opprettholdes når dette resultatet ikke virker tilstrekkelig begrunnet.

Rettstilstanden vedrørende opprettholdt rett ved sammenblanding er trolig noe snevrere i svensk rett på grunn av positiv regulering i den svenske redovisningslagen.<sup>283</sup> Etter loven er separatistrett til sammenblandede penger begrenset til kortvarig sammenblanding hvor beløpet er skilt ut i etterkant, og forarbeidene legger til grunn at loven kan anvendes analogisk på annen fungibel eiendom. Grensen for opprettholdt rett i sammenblandinger er imidlertid ikke klar, ettersom Högsta domstolen i NJA 1994 s. 504 legger til grunn at redovisningslagen ikke skal forstås antitetisk, og at separatistrett i sammenblandinger derfor ikke er utelukket. I NJA 2009 s. 500 aksepterte også Högsta domstolen separatistrett i sammenblandede midler i et tilfelle hvor pengene var fravendt hjemmelsmannen gjennom underslag, men den opprettholdte retten ble særlig begrunnet i at pengene var fravendt gjennom kriminell handling. I dansk rett virker grensene også uklare, og muligens aksepterer man også

---

<sup>282</sup> RG. 1985 s. 400 på s. 409.

<sup>283</sup> Lagen (1944:181) om redovisningsmedel. Se Marthinussen om den svenske rettstilstanden i *Separatistrett*, s. 44-45.

først og fremst rett i sammenblandinger når særlige hensyn gjør seg gjeldende.<sup>284</sup> Separatistrett til penger i sammenblanding er akseptert i dansk rettspraksis i blant annet U 1944.214/2 og U 1991.467 V. Begge tilfeller gjaldt vindikasjon etter tyveri.

Samlet sett er konklusjonen at sameieløsningen bør være hovedregelen for sammenblandede løsøretting og kontopenger, både i og utenfor konkurs.<sup>285</sup> Det er ikke holdepunkter for at besitterens atkomstmåte er relevant, fordi forutsetningen for å anvende regelen er at det er flere eiere til objektene i sammenblandingen. Etter fl. § 1 vil utgangspunktet derfor også være ikke-foreldbar rett til midler som er blandet med andres midler.

## 8.3 Rett til surrogatet

### 8.3.1 Generelt

Som nevnt over i kapittel 8.1, er surrogasjon betegnelsen på at eiendomsretten går over på et objekt som trer i stedet for det opprinnelige objektet. I enkelte tilfeller gjelder det lovhjemlet rett til surrogatet. Et eksempel er straffeloven § 34 som hjemler inndragning av utbytte fra straffbare handlinger.<sup>286</sup> Av annet ledd følger det at utbytte også omfatter «formuesgode som trer i stedet for utbytte». Et annet eksempel er skjevdelingsregelen i ekteskapsloven § 59,<sup>287</sup> som gir hver av ektefellene rett til å holde utenfor delingen verdien av formue som «klart kan føres tilbake til» midler som ektefellen hadde da ekteskapet ble inngått, eller som man senere har ervervet ved arv eller gave. En annen særhjemmel for surrogasjon er forsikringsavtaleloven § 7-1 annet ledd, som gir panthaver rett til forsikringssummen ved skade på fast eiendom.<sup>288</sup>

Den følgende fremstillingen dreier seg imidlertid om rett til surrogatet basert på ulovfestede prinsipper. Selv om vi har eksempler på at dette aksepteres, er grunnlaget for slike surrogasjonsbetraktninger nokså sporadisk behandlet i rettskildene.<sup>289</sup> Det er derfor uklart

---

<sup>284</sup> Se Mortensen, *Indledning til tingsretten*, s. 53-54 og Illum, *Dansk tingsret*, s. 342.

<sup>285</sup> Bl.a. Gjelsvik, *Norsk tingsret*, s. 100, Scheel i *TfR 1894* s. 441 og Marthinussen, *Separatistrett*, s. 43. Sæbø i *Festskrift til Kjønstad* s. 613 legger til grunn sameie i penger i betroelsestilfeller i relasjon til fl. § 1, men tar ikke prinsipielt stilling til om sameieregelen bør brukes i konkurs.

<sup>286</sup> Lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov (straffeloven).

<sup>287</sup> Lov 4. juli 1991 nr. 44 om ekteskap (ekteskapsloven).

<sup>288</sup> Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven).

<sup>289</sup> Eksempler på nyere behandling av surrogasjon er Johansen i *JV 1994* og Johansen i *LoR 1994*. Avgjørelsene i Rt. 1992 s. 1450 og Rt. 1993 s. 679 er de nyeste Høyesteavgjørelsene som gir uttrykk for alminnelige surrogasjonsbetraktninger.

hvor grensen går.<sup>290</sup> I den utstrekningen vindikasjonsrettsretten er opprettholdt gjennom surrogasjon er det imidlertid klart at retten heller ikke er gjenstand for foreldelse.<sup>291</sup> I det følgende vil jeg se på hvilke retningslinjer som kan utledes av rettskildene, og vurdere om utgangspunktene gjør at løftegiver bør ha rett til surrogatet ved restitusjonen etter en ugyldig avtale.

### 8.3.2 Almennlige surrogasjonsbetraktninger

I avgjørelsene hvor Høyesterett har gjort bruk av almennlige surrogasjonsbetraktninger,<sup>292</sup> er uttalelsene om det prinsipielle spørsmålet lite veiledende. Generelt gir avgjørelsene inntrykk av at surrogasjonsadgangen er forutsatt når man har holdepunkter for at det opprinnelige objektet er byttet ut med et nytt.

I Rt. 1869 s. 721 oppsto spørsmål om vindikasjon av gjenstander som ble hevdet å være surrogatet for stjalne midler. Høyesterett viste til eksistensen av surrogasjonsprinsipper, eller «qvasi vindicatorisk klage»,<sup>293</sup> som retten betegnet dette som, men kom til at det ikke var grunnlag for dette i det aktuelle tilfellet når: «afgjørende er det, at der *ikke er nogen Idenditet mellem de stjaalne Penge og de hos Angj. Anholdte Koster (...)*»<sup>294</sup> (Min utheving). Uttalelsene tyder på at det ikke var tilstrekkelig bevist at de stjalne midlene faktisk var brukt til anskaffelse av gjenstandene, men at surrogasjon kunne blitt akseptert så fremt det var tydelig at pengene var brukt på tingene.

I Rt. 1927 s. 571 var det klart at stjalne penger var brukt til kjøp av aksjer, og Høyesterett vurderte situasjonen slik: «Teig hadde erhvervet aktierne for penge, som han hadde fratatt Larsen ved en forbrydelse, og derfor, da han ikke kunde restituere pengene, pligtet at gi Larsen adgang til at skaffe sig dækning gjennom aktierne.»<sup>295</sup> Det ble her ikke stilt spørsmål ved løsningen om vindikasjonsretten kunne strekke seg til et annet objekt enn del opprinnelige.

I tidligere nevnte Rt. 1992 s. 1650 (Tor Henriksen) ble factoringpanthaveren tilkjent separatistrett til midler på pantsetters almennlige driftskonto. Panthaver hadde tiltrådt panteretten og overtatt kreditorbeføyelsene, men pantsetter hadde likevel mottatt innbetalinger

---

<sup>290</sup> Johansen i *JV 1994* s. 372 og Marthinussen, *Separatistrett*, s. 35 i note 70.

<sup>291</sup> Lindskog, *Preskription*, s. 85 i note 93.

<sup>292</sup> Se Rt. 1842 s. 681, Rt. 1863 s. 659, Rt. 1869 s. 721, Rt. 1911 s. 968, Rt. 1927 s. 571, Rt. 1992 s. 1650 og Rt. 1993 s. 679.

<sup>293</sup> Rt. 1869 s. 721 på s. 727.

<sup>294</sup> Rt. 1869 s. 721 på s. 727.

<sup>295</sup> Rt. 1927 s. 571 på s. 572.



til egen konto i strid med panteretten. Høyesterett begrunnet separatistretten direkte i vilkårene for vindikasjon av penger, men i realiteten kan løsningen også ses som et eksempel på surrogasjon. Ettersom vindikasjon av midlene på pantsetters konto forutsatte at pantøver fikk rett til noe annet enn kundefordringene som panteretten egentlig omfattet, var midlene et surrogat for fordringene.<sup>296</sup> Høyesteretten problematiserte ikke dette, ettersom avgjørelsen ikke ble uttrykkelig begrunnet i surrogasjon. I tråd med ovennevnte praksis var det uansett klart at kontopengene utgjorde oppgjør for de pantsatte fordringene, og slik at det ikke var tvil om at den økonomiske identiteten var i behold.

I Rt. 1993 s. 679 (Høyfjellsutvikling I) var de underslåtte midlene omdannet gjennom flere disposisjoner. Beløpet ble først overført fra banken hvor gjerningsmannen jobbet, og inn til banken til en eiendomsmegler. Deretter ble pengene overført til eieren av hotelleiendommen som oppgjør for denne, som Høyesterett aksepterte som surrogat for de underslåtte midlene. Høyesterett problematiserte ikke om omdannelsene i seg selv kunne være til hinder for oppfyllelse av identitetskravet, men la uten videre til grunn at «hotelleiendommen fremtrer som et surrogat for det underslåtte beløpet».<sup>297</sup> I det videre ga retten uttrykk for at vindikasjon av surrogatet kunne bli problematisk med tiden dersom formuesgodet «rent bruksmessig har inngått som en del av [-besitterens] vanlige formue»,<sup>298</sup> og dersom den berettigede kunne bebreides for at vindikasjonsretten ikke hadde blitt gjort gjeldende tidligere. Etter en helhetsvurdering landet Høyesterett imidlertid på at vindikasjonsretten var i behold.

Når Høyesteretten uten videre la til grunn at hotelleiendommen var surrogatet for de underslåtte midlene, ble det lagt til grunn et nokså vidt identitetskrav, sammenlignet med hva de andre dommene gir uttrykk for. Høyesteretts uttalelser i saken gir imidlertid generelt uttrykk for et krav om opprettholdt økonomisk identitet, slik ovennevnte dommer også gir uttrykk for.

I juridisk litteratur blir rettstilstanden generelt oppsummert slik at ulovfestet vindikasjon av surrogatet aksepteres når den økonomiske sammenhengen til det opprinnelige objektet er klar, og oppfatningene synes ikke å variere mye på tvers av de skandinaviske landene.<sup>299</sup> Generelt er grensene for rett til surrogatet oppfattet som uklare. Av interesse er at det etter Draft

---

<sup>296</sup> Se Johansen i *JV 1994* s. 372 som tolker løsningen i dommen på samme måte.

<sup>297</sup> Rt. 1993 s. 679 på s. 683.

<sup>298</sup> Rt. 1993 s. 679 på s. 684.

<sup>299</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 314. Se Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 261. Fra svensk rett har man eksempel på vindikasjon ved surrogasjonsbetraktninger i NJA 2009 s. 500

Common Frame of Reference (DCFR) kreves at et objekt er «reasonably identifiable» når den berettigede krever utlevering.<sup>300</sup> Dette gir ikke uttrykk for et strengt identitetskrav, og det kan argumenteres for at formuleringen anerkjenner surrogasjon.<sup>301</sup>

Mens uttalelsene i norsk rettspraksis er mindre veiledende, var Högsta domstolen noe tydeligere ved angivelsen av vurderingstemaet for surrogasjon i NJA 2009 s. 500. Saken gjaldt spørsmål om vindikasjon av et beløp som var fravendt den berettigede gjennom underslag, og som hadde blitt videreført ved disposisjoner gjennom flere bankkontoer. Högsta domstolen uttalte følgende om adgangen til surrogasjon:

«Ägarens separationsrätt kan efter allmänna sakrättsliga principer om surrogation utsträckas till att gälla egendom som trätt i stället för egendom som omfattats av separationsrätt. Äganderätten övergår då i surrogatet (se t.ex. Knut Rodhe, Handbok i sakrätt, 1985 s. 199). Surrogation förutsätter dels att det finns ett *tydligt samband* mellan den ursprungliga egendomen och den egendom som trätt i dess ställe, dels att *surrogatet kan identifieras* (se t.ex. Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996 s. 166 ff. med hänvisningar). Ett exempel är att anförtrodd egendom säljs; ägaren har då separationsrätt till såväl utestående köpeskillingsfordran (jfr 7 kap. 23 § andra stycket konkurslagen, 1987:672) som de medel som flutit in på denna om de kan identifieras.» (Mine uthevninger).

Det er etter dette ikke problematisk at vindikasjonsretten kan strekkes til et surrogat. Ettersom Høyesteretts avgjørelser om surrogasjon hovedsakelig gjelder tilfeller hvor besitteren av surrogatet fikk atkomst til det opprinnelige objektet ved straffbare handlinger, kan det stilles spørsmål ved om surrogasjonsadgangen må nyanseres slik at den er mer begrenset overfor en besitter som har opptrådt mindre klanderverdig. I så fall kan det tenkes at ugyldighetsgrunnen har betydning for adgangen til å vindisere surrogatet etter ugyldig avtale. Disse spørsmålene er så og si ikke drøftet i rettskildene, og i det følgende vil jeg nøye meg med å trekke frem hensynene som gjør seg gjeldende, og forsøke å konkretisere hvordan jeg mener at surrogasjonsproblematikken bør angripes.

### 8.3.3 Rett til surrogat ved ugyldig avtale

I sin omtale av surrogasjonsløsningen i Høyfjellutvikling-saken (Rt. 1993 s. 679), skriver Lilleholt:

«Så romsleg er det neppe grunn til å vera i meir ordinære tilfelle, som til dømes ved tilbakesøking av vederlag som er overført på grunnlag av ein ugyldig avtale, eller ved omstøyting på grunnlag av

---

<sup>300</sup> DCFR III.- 5:122.

<sup>301</sup> Lindskog, *Betalning*, s. 654 note 2457.

objektive reglar. (...) Kor langt ein bør gå her, må avhenge av ei nokså konkret vurdering både av bakgrunnen for kravet og av sammenhengen i verdirekkja.»<sup>302</sup>

Som jeg var inne på over, går Høyesterett lenger i å godta surrogasjon i Høyfjellsutvikling-saken enn hva tidligere rettspraksis ga uttrykk for. Ettersom de underslåtte midlene hadde beveget seg gjennom sammenblandinger i kontoene på veien til hotelleiendommen, var det i realiteten ikke mulig å bevise at de opprinnelige midlene ble videreført fra hver sammenblanding. Høyesterett anvendte derfor et lempelig krav til opprettholdt økonomisk identitet, og det kan argumenteres for at avgjørelsen går for langt, sammenlignet med de tradisjonelle utgangspunktene for vindikasjonsrett.<sup>303</sup> På den annen side fremstår avgjørelsen som rimelig,<sup>304</sup> fordi disposisjonene på veien inn i hotelleiendommen var planlagte og såpass sammenhengende og at det var naturlig å se handlingene slik at de underslåtte midlene ble videreført. Det var heller ikke noe som tilsa at konkursboet burde ha større rett til de tilførte midlene enn hjemmelsmannen. Dommen kan derfor gi uttrykk for en tanke om at konkursboet ikke skal tjene på debtors ulovlige handlinger.<sup>305</sup>

Høyesteretts vurdering i dommen er nokså konkret. Ettersom det ikke foreligger nyere høyesterettspraksis om ulovfestet surrogasjon, er det ikke sikkert om dommen er et grensetilfelle forbeholdt særlige tilfeller, slik Lilleholt argumenterer for, eller om Høyesterett generelt har stilt seg åpen for å godta surrogasjon i mer ordinære tilfeller, som ved vindikasjonsrett etter ugyldig avtale.

Dommen i Rt. 1911 s. 968 gir en viss støtte for rett til surrogat ved ugyldig avtale uten at det kreves tydelig opprettholdt økonomisk identitet. Saken gjaldt vindikasjon av penger etter ugyldig aksjetegning. Ugyldigheten hadde grunnlag i at en representant for selskapet foretok aksjetegningen uten fullmakt. Betalingen ble foretatt med en sjekk, og midlene fra sjekken ble satt inn på selskapets konto. Kort tid etter sammenblandingen tok styret imidlertid sjekkbeløpet ut av kontoen, og plasserte det atskilt fordi man var usikker på hvem som hadde rett til pengene. Vindikasjon ble godtatt (dissens 6:1). Når Høyesterett mente at identiteten til de opprinnelige midlene var i behold, var løsningen avhengig av surrogasjonsbetraktninger, fordi det i realiteten ikke var mulig å bevise at det var de opprinnelige midlene som ble

---

<sup>302</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 314.

<sup>303</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 314 gir uttrykk for dommen går langt i å godta opprettholdt rett. Lindskog, *Betalning*, s. 676 note 2542 gir uttrykk at dommen går lenger enn hva man bør akseptere i svensk rett.

<sup>304</sup> Johansen i *LoR 1993* s. 248-249.

<sup>305</sup> I denne retning Marthinussen, *Separatistrett*, s. 37.

plassert atskilt. Det synes vektlagt at disposisjonene over beløpet var såpass sammenhengende at de atskilte midlene fremsto som surrogatet for den ugyldige sjekkbetalingen. Løsningen er derfor et eksempel på vindikasjon av surrogat uten klar økonomisk identitet, og selv om besitterens atkomst til midlene ikke hadde funnet sted ved en særlig klanderverdig handling. Rekkevidden av dommen er imidlertid noe usikker, fordi enkelte av flertallsdommerne ikke tok tydelig stilling til betydningen av sammenblandingen.<sup>306</sup>

Etter min mening er det ikke prinsipielt problematisk å akseptere surrogasjon ved ugyldig avtale, i hvert fall ikke når vil holder oss til tilfeller hvor den økonomiske årsaksforløpet er klart. I kapittel 5 ble det lagt til grunn at opprinnelig ugyldighet generelt bør medføre vindikasjonsrett overfor løftemottaker, både i og utenfor konkurs. Tilsvarende er det lagt til grunn i kapittel 7.2 at partenes oppførsel ikke er relevant for anvendelsen av sameieprinsippet i sammenblandede objekter. Dersom løftemottaker besitter et objekt som utvilsomt har trådt i stedet for objektet som ble mottatt i henhold til den ugyldige avtalen, tilsier de grunnleggende prinsippene for vindikasjonsrett etter mitt skjønn at man også har vindikasjonsrett til surrogatet. Løftemottakeren har ingen rett til det mottatte objektet, og bør ikke få større rett til verdien av objektet ved at det byttes ut med et annet objekt. Grunnleggende sett er det derfor fortsatt et spørsmål om hvem som har retten til objektet i løftemottakers besittelse, og så lenge vindikasjonsretten ikke griper inn i verdier som tilhører andre personer, fremstår ikke surrogasjon som problematisk. I realiteten er det fortsatt tale om tilbakeføring av verdier som fortsatt er i behold.

På tross av at den økonomiske sammenhengen er klar, kan atkomstmåten, og herunder forskjeller mellom ugyldighetsgrunnene, imidlertid få betydning for hvor lenge hjemmelsmannen kan vente med å gjøre vindikasjonsretten gjeldende (se over i kapittel 3.3.4). Høyesterett viste til dette poenget i Høyfjellsutvikling-saken, hvor det ble uttalt at:

«I de tilfelle hvor det ikke dreier seg om vindikasjon fra gjerningsmannen, men fra en uaktsom erverver, vil det også kunne være urimelig med et vindikasjonskrav som dukker opp etter lang tid. Her kan det være rimelig å foreta en avveining mot de forsømmelser vindikanten måtte ha gjort seg skyldig i ved ikke å fremme vindikasjonskravet tidligere.»<sup>307</sup>

Avgjørelsen kan imidlertid ikke tas direkte til inntekt for at surrogasjonsløsningen var begrunnet i at beløpet var frarøvet hjemmelsmannen gjennom straffbar handling, fordi

---

<sup>306</sup> Se Marthinussen, *Separatistrett*, s. 38 note 76 om dette.

<sup>307</sup> Rt. 1993 s. 679 på s. 683.

Høyesterett ikke gir uttrykk for at surrogasjonsløsningen i seg selv er problematisk. Det er derfor ikke utenkelig at Høyesterett også kan komme til lignende surrogasjonsløsninger ved ugyldig avtale. En annen sak er at det nok er lite sannsynlig med like sammenhengende disposisjoner over det opprinnelige objektet i tilfellene hvor atkomstmåten til objektet er mer ordinær.

I situasjoner hvor den økonomiske årsakssammenhengen mellom det opprinnelige objektet og objektet som kreves vindisert har blitt usikker, blir det imidlertid problematisk å akseptere surrogasjon. Opprettholdt vindikasjonsrett kan i slike tilfeller innebære omgåelser av det som egentlig burde vært formulert som et krav om erstatning for økonomisk tap. Hvis verdien fra det opprinnelige objektet ikke er i behold hos den man krever vindikasjon fra, kan anerkjennelse av vindikasjonsrett kunne gi urimelige løsninger, for eksempel fordi det kan gi hjemmelsmannen en for sterk rett i konkurs overfor usikrede kreditorer. Grensen mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner blir også lite forutberegnelig dersom surrogasjonsbetraktningene strekkes for langt. Dette kan tilsi at opprettholdt vindikasjonsrett i mer uklare forhold er avhengig av at særlige beskyttelseshensyn.<sup>308</sup> Ettersom det ikke foreligger prinsipielle avgjørelser om spørsmålene etter Høyfjellutvikling-saken, er det vanskelig å si noe sikkert om hvordan Høyesterett vil forholde seg til problematikken i fremtiden.

I lys av problemstillingen om restitusjonsobjektets betydning for grensen mellom foreldbare og ikke foreldbare posisjoner, tyder rettstilstanden vedrørende surrogasjon på at opprettholdt vindikasjonsrett ikke er avhengig av identifikasjon av det opprinnelige objektet. Det avgjørende er at det økonomiske identiteten til objektet fortsatt er i behold.

---

<sup>308</sup> Lignende syn hos Lindskog, *Betalning*, s. 681.

## 9 Tanker om rettstilstanden og veien videre

De foretatte vurderingene omhandler spørsmål hvor rettskildebildet er fragmentert, og betraktningene inneholder derfor både tanker om hvordan retten er, og tanker om hvordan retten bør være.

Ser man spørsmålene om ugyldighet og foreldelse i lys av grensen mellom fordringsopphør og ekstinktive erverv, og gjør man betraktninger om spørsmålene på tvers av ulike rettslige sammenhenger, er det lite som tilsier at tilbakeføringsobjektet har rettslig betydning for grensen mellom foreldbare og ikke-foreldbare posisjoner. Egenskapene ved objektet bør verken ha betydning for om rettighetsposisjonen som sådan foreldes (kapittel 6), eller for vurderingstemaet for opprettholdt vindikasjonsrett (kapittel 7). I forlengelsen av dette er vindikasjonsretten heller ikke knyttet til egenskapene ved det opprinnelige objektet, så lenge det påvises at den økonomiske identiteten til objektet har gått over på et surrogat (kapittel 8).

Undersøkelsene tyder på foreldelseslovens anvendelsesområde generelt beror på en tolkning av *hvilken rett* man har til et objekt i en annen persons besittelse. I relasjon til ugyldighet må det trolig trekkes en grense mellom opprinnelig og etterfølgende ugyldighet, hvor det først og fremst er opprinnelig ugyldighet som innebærer ikke-foreldbar rett. Egenskapene ved objektet har ikke selvstendig betydning for disse spørsmålene. Det gjennomgåtte viser likevel at det eksisterer rettsoppfatninger som går ut på at det ikke tas utgangspunkt i spørsmålet om hvilken rett man har til objektet. Det argumenteres for eksempel for løsninger som i realiteten forutsetter at avtalen får virkning mellom partene, selv om det allerede er lagt til grunn at avtalen var ugyldig fra starten av, og selv om det ikke er grunnlag for ekstinksjon. Oppfatningene gir uklare sammenhenger mellom reglene.

Underveis har jeg konsentrert meg om å vurdere hva det samlede rettskildebildet tilsier, og jeg har derfor ikke gjort betraktninger rundt den metodiske tilnærmingen som de noe inkonsekvente rettsoppfatningene gir uttrykk for. Som påpekt innledningsvis, har den skandinaviske rettsvitenskapen tradisjon for en relativistisk og pragmatisk tilnærming til rettslige spørsmål. Min oppfatning er at uklarhetene ved løsningen av ovennevnte spørsmål i stor grad er forårsaket av denne metodiske tilnærmingen. En pragmatisk holdning kan ha mye for seg – ingen konflikter er like, og det eksisterer ikke forutbestemte løsninger for ethvert

spørsmål. Faren ved en for konkret tilnærming er imidlertid at man ikke alltid tar hensyn til hva rettsregelen egentlig spør om. Rettsanvendelsen kan da bli påvirket av faktiske forhold som ikke har relevans for det rettslige utgangspunktet. Særlig synes dette være tilfellet i litteraturens behandling av vindikasjon av penger. Når man i så stor grad særbehandler penger som objekt for eiendomsrett, overser man at den praktiske problematikken gjelder for eiendomsrett til fungible objekter generelt.

Etter min mening kan det trygt argumenteres for en mer konsekvent og systemorientert rettsanvendelse på dette området av formueretten. Valget mellom en pragmatisk eller generalistisk holdning er ikke et enten/eller-spørsmål, men beror på en vektingen hvor tyngdepunktet varierer med tiden. I lys av at rettstilstanden bærer preg av inkonsekvente holdninger, bør man i tiden fremover se nytten av å plassere spørsmålene i en større sammenheng. Man bør ikke undervurdere fordelene av å dra linjer mellom ulike rettsregler, slik som fl. § 1 og dekl. § 2-2. I nyere litteratur er det flere som gir uttrykk for et behov for mer konsekvente løsninger.<sup>309</sup> I sin kommentar til Rt. 2012 s. 506 (Åslandseter), uttrykker Stavang at «kanskje er det til og med (...) på tide med litt nyklassisme?»<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> Slike synspunkter ser man bl.a. hos Tørum i *JV* 2002 s. 314-339, Ørjasæter i *MarIus* 2015 og i *JV* 2015.

<sup>310</sup> Stavang i *NiP* 2012 s. 15.

# Litteraturliste

<b>Forkortelse</b>	<b>Fullstendig henvisning</b>
<i>Andenæs, Konkurs</i>	Mads Henry Andenæs, Konkurs, 3. utg. Oslo 2009.
<i>Andenæs, Konkurs 1999</i>	Mads Henry Andenæs, Konkurs, 2. utg. Oslo 1999.
<i>Arnholm, Almindelig obligasjonsrett</i>	Carl Jacob Arnholm, Almindelig obligasjonsrett, 2. utg. Oslo 1978.
<i>Arnholm, Tre utsnitt</i>	Carl Jacob Arnholm, Tre utsnitt av den almindelige privatrett, Oslo 1975.
<i>Augdahl, Obligasjonsrett</i>	Per Augdahl, Den norske obligasjonsretts almindelige del, 5. utg. Oslo 1987.
<i>Berg, Hevd</i>	Borgar Høgetveit Berg, Hevd: lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentarer, Oslo 2005.
<i>Berg/Bråthen-Otterbech, Tinglysing</i>	Borgar Høgetveit Berg og Stein Bråthen-Otterbech, Tinglysing: lov om tinglysing 7. juni 1935 nr. 2 med kommentarer, Oslo 2009.
<i>Bergsåker i Festskrift til Andenæs</i>	Trygve Bergsåker, «Condictio indebiti og annen tilbakesøking: Vindikasjon eller obligatorisk krav?», Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs, s. 15-20, Oslo 2010.
<i>Bergsåker, Pengekravsrett</i>	Trygve Bergsåker, Pengekravsrett, 2. utg. Oslo 2011.
<i>Bernt/Krüger i Festskrift til Eckhoff</i>	Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten», Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Thorstein Eckhoffs 70-årsdag, s. 86-130, Oslo 1986.



- Eckhoff/Helgesen, Rettskildelære* Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, Rettskildelære, 4. utg. Oslo 1997.
- von Eyben, Forældelse* Bo von Eyben, Forældelse efter forældelsesloven av 2007, København 2012.
- Falkanger/Falkanger, Tingsrett* Aage Thor Falkanger og Thor Falkanger, Tingsrett, 7. utg. Oslo 2013.
- Getz, Juridiske afhandlinger* Bernhard Getz, Juridiske Afhandlinger, Kristiania 1903.
- Giertsen, Avtaler* Johan Giertsen, Avtaler, 2. utg. Oslo 2012.
- Gjelsvik, Norsk tingsret* Nikolaus Gjelsvik, Norsk tingsret: Forelæsninger av professor Gjelsvik, 2. utg. Oslo 1926.
- Hagstrøm, Kjøpsrett* Viggo Hagstrøm, Kjøpsrett, Oslo 2005.
- Hagstrøm, Obligasjonsrett* Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utg. Oslo 201
- Hauge, Ugyldighet* Hilde Hauge, Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: Analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære, Oslo 2009.
- Haukaas i JV 2009* Hans Erik Haukaas, «Separatistrett til penger i konkurs», Jussens venner, 2009, vol. 44 s. 25-59.
- Holmboe, Foreldelse* C. Stub Holmboe, Foreldelse av fordringer, Oslo 1946.
- Hov/Høgberg, Alminnelig avtalerett* Jo Hov og Alf Petter Høgberg, Alminnelig avtalerett, Oslo 2009.
- Illum, Dansk tingsret* Knud Illum, Dansk tingsret, 2. utg. København 1973.

- Jacobson, Preskriptionens funksjoner* Herbert Jacobson, Preskriptionens funksjoner, Stockholm 2005.
- Johansen i JV 1994* Johnny Johansen, «Pant i surrogater – om panterett kan gå over på surrogater for det opprinnelige panteobjekt», Jussens venner, 1994, s. 341-399.
- Johansen i LoR 1994* Johnny Johansen, «Om vindikasjon av surrogater. Høyesteretts dom i Høyfjellsutviklingsaken (Rt. 1993 s. 679)», Lov og Rett, 1994, s. 242-250.
- Kinander i TfR 2003* Morten Kinander, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2003, Vol. 119 s. 673-685.
- Kjørven mfl., Foreldelse* Marte Eidsand Kjørven, Herman Bruserud, Håvard H. Holdø, Jon Vegard Lervåg, Mona Nygård og Espen Nyland, Foreldelse av fordringer, Oslo 2011.
- Krokeide i LoR 2005* Kjetil Krokeide, «Foreldelse ved overføring av eiendomsrett til fast eiendom», Lov og Rett, 2005, vol. 44 s. 3-35.
- Krokeide i TfR 1982* Kjetil Krokeide, «Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1982, s. 353-533.
- Lehrberg, Avtalsrättens grundelement* Bert Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2. utg. Stockholm 2006.
- Lilleholt, Allmenn formuerett* Kåre Lilleholt, Allmenn formuerett: Fleire rettar til same formuesgode, Oslo 2012.
- Lilleholt, Godtruerverv og kreditorvern* Kåre Lilleholt, Godtruerverv og kreditorvern, 3. utg. Oslo 1999.

- Lilleholt i JV 1994* Kåre Lilleholt, «Ulovfesta ekstinksjon – Norske Fjellhus- og Sigdal- dommane», Jussens venner, 1994, s. 279-290.
- Lilleholt, Innleiing på nasjonalt doktorandseminar* Kåre Lilleholt, «Når rettskjeldende bryt med Systemet i privatretten», Innleiing på nasjonalt doktorandseminar 24. september 2003. Tilgjengelig via: <http://folk.uio.no/kaareli/Publisering/Systemet.htm> (mai 2015).
- Lindskog, Betalning* Stefan Lindskog, Betalning: Om kongruent infriande av penningsskuld og andra betalningsrättsliga frågor, Stockholm 2014.
- Lindskog, Preskription* Stefan Lindskog, Preskription: om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid, Stockholm 2011.
- Marthinussen, Panteretten og det sikrede kravet* Hans Fredrik Marthinussen, Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet, Oslo 2010.
- Marthinussen i JV 2006* Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon», Jussens venner, 2006, vol. 41 s. 1-29.
- Marthinussen, Separatistrett* Hans Fredrik Marthinussen, Separatistrett, direktekrav og motregning ved verdipapirhandel og annen kommisjonshandel, Oslo 2015
- Marthinussen i TfR 2008* Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeisering av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettighetsdomstols avgjørelser i Pye-saken», Tidsskrift for rettsvitenskap, 2008, vol. 121 s. 179-207.
- Monsen i JV 2005* Erik Monsen, «Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag», Jussens venner, 2005, vol. 40, s. 157-200.

- Monsen i JV 2010* Erik Monsen, «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser», *Jussens venner* 2010, vol. 47, s. 147-203.
- Monsen i JV 2012* Erik Monsen, «Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten», *Jussens venner*, 2012, vol. 47, s. 319-345.
- Mortensen, Indledning til tingsretten* Peter Mortensen, *Indledning til tingsretten: tredjemandskonflikter vedrørende løsøre*, 2. utg. København 2009.
- Opsahl i TfR 1953* Torkel Opsahl, «Vindikasjon av penger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1953 s. 267-310.
- Ross, Virkelighet og gyldighet* Alf Ross, *Virkelighet og gyldighet i retslæren: en kritikk af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreper*, København 1934.
- Røed, Foreldelse* Anne Cathrine Røed, *Foreldelse av fordringer*, 3. utg. Oslo 2010.
- Skag i TfR 2011* Miriam Skag, «Adgangen til å supplere foreldelsesloven med ulovfestede passivitetsregler», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2001, vol. 124, s. 523-564.
- Skag, Foreldelsesfrister* Miriam Skag, *Starttidspunkt for foreldelsesfrister*, Oslo 2012.
- Stavang i NiP 2012* Erlend Stavang, «Tingsrettens grense mot obligasjonsrett – eiendomsretten foreldes ikke- Rt-2012-506», *Nytt i Privatretten* 2012 nr. 2 s. 15.
- Sæbø i Festskrift til Kjøenstad* Rune Sæbø, «Foreldelse ved betroelse av penger», *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjøenstad 70 år*, s. 603-614, Oslo 2013.

- Sæbø i Høyesteretts jubileumsskrift* Rune Sæbø, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av formueretten», foreløpig utkast til artikkel som publiseres i Høyesteretts jubileumsskrift 22. juni 2015. Eksemplar av utkastet kan mottas ved å kontakte Rune Sæbø.
- Sæbø/Hagstrøm i Betenkning om separatistrett* Rune Sæbø og Viggo Hagstrøm, «Spørsmål om separatistrett for 8 kommuner i strukturerte produkter handlet av Terra Securities ASA», juridisk betenkning avgitt i april 2008. Tilgjengelig via: [http://www.selmer.no/assets/uploads/konkursbo/Terra\\_vedlegg\\_til\\_innberetning.pdf](http://www.selmer.no/assets/uploads/konkursbo/Terra_vedlegg_til_innberetning.pdf) (mai 2015)
- Sæbø i LoR 1996* Rune Sæbø, «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs», Lov og Rett, 1996 s. 123-141.
- Tørum i JV 2002* Amund Bjøranger Tørum, «Konsekvens i formueretten», Jussens venner 2002, vol. 37, s. 314-339.
- Ussing, Obligationsretten* Henry Ussing, Obligationsretten: almindelig del, 4. utg. København 1961.
- Vinding Kruse, Ejendomsretten* Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten, København 1929.
- Vinding Kruse i Tfr 1924* Frederik Vinding Kruse, «Ejendomsrettens overgang», Tidsskrift for Retsvitenskap 1924 s. 315 flg.
- Woxholt, Avtalerett* Geir Woxholt, Avtalerett, 7. utg. Oslo 2009.
- Ørjasæter i JV 2015* Jo Ørjasæter, «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon», Jussens venner vol. 51 s. 119-149.

*Ørjasæter i MarIus 2015*

Jo Ørjasæter, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter: Formuerettens grunnbegreper belyst gjennom valgte fragment», *MarIus*, Scandinavian Institute of Maritime Law, 2015 nr. 448.