



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

«Den utvidete motregningsadgangen ved konnekse krav»

Kim-Roger Trøite

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3901, juni 2021

Forord

Denne avhandlingen markerer avslutningen på mine jusstudier ved Universitetet i Tromsø – Norges arktiske universitet, og er blitt til som følge av en særskilt interesse for formuerettslige spørsmål. En stor takk rettes til veileder Bjørn Løtveit, som har bidratt med svært god hjelp i ferdigstillingen av denne avhandlingen. Jeg ønsker også å takke Maria Krutå, Marie Skonseng, Sander André Samuelsen og min mor for utmerket korrekturlesing og for deres bidrag som mentale støttespillere.

Innholdsfortegnelse

1	Problemstilling	1
1.1	<i>Innledning.....</i>	<i>1</i>
1.2	<i>Motregningsinstituttet og vilkårene for motregning</i>	<i>2</i>
1.2.1	<i>Innledning.....</i>	<i>2</i>
1.2.2	<i>Motregningsinstituttet.....</i>	<i>2</i>
1.2.3	<i>Vilkårene for motregning</i>	<i>3</i>
1.3	<i>Kort om konnekse krav.....</i>	<i>4</i>
2	Avhandlingens metode.....	7
2.1	<i>Innledning.....</i>	<i>7</i>
2.2	<i>Avhandlingens metode er rettsdogmatisk.....</i>	<i>7</i>
2.2.1	<i>Særtrekk ved rettsdogmatisk argumentasjon.....</i>	<i>7</i>
2.3	<i>Noen særlige metodiske utfordringer tilknyttet den utvidete motregningsadgang med konnekse krav</i>	<i>9</i>
2.4	<i>Videre fremstilling.....</i>	<i>11</i>
3	Reelle hensyn ved spørsmål om motregning med konnekse krav	12
3.1	<i>Innledning.....</i>	<i>12</i>
3.2	<i>Rimelighetshensyn.....</i>	<i>12</i>
3.3	<i>Rettstekniske hensyn.....</i>	<i>13</i>
3.3.1	<i>Sondringen mellom konnekse motkrav og innsigelser mot hovedkravet.....</i>	<i>14</i>
3.4	<i>Systembetraktninger og hensynet til koherens</i>	<i>16</i>
3.5	<i>Hensynene til forutberegnelighet og rettsøkonomi</i>	<i>16</i>
4	Rettsvirkninger av motregning med konnekse krav	18
4.1	<i>Innledning.....</i>	<i>18</i>
4.2	<i>Ved motregning med konnekse krav kreves det ikke gjensidighet.....</i>	<i>18</i>
4.3	<i>Eksempler hvor motregningsadgangen utvides av lov.....</i>	<i>20</i>
4.3.1	<i>Oversikt</i>	<i>20</i>
4.3.2	<i>Gjeldsbrevlovens regler.....</i>	<i>21</i>
4.3.3	<i>Motfordringen er foreldet</i>	<i>24</i>
4.3.4	<i>Debitor for motfordringen er konkurs</i>	<i>24</i>
4.3.5	<i>Bankers motregningsadgang</i>	<i>28</i>
4.3.6	<i>Forbud mot motregning i arbeidstakers lønnskrav</i>	<i>29</i>
4.3.7	<i>Motregning i forsikringsforhold</i>	<i>30</i>
4.3.8	<i>Debitor for motkravet er under offentlig gjeldsordning</i>	<i>31</i>
4.3.9	<i>Nektelse av motregning etter analogi fra dekningslovens regler om beslagsfrihet.....</i>	<i>32</i>
4.4	<i>Sammenfatning av rettsvirkningene av at det motregnes med konnekse krav</i>	<i>34</i>
5	Gjelder den samme konneksitetsvurderingen på tvers av rettsområder?	37
5.1	<i>Utgangspunktet i rettspraksis og lovtekst.....</i>	<i>37</i>
5.2	<i>Skilles det mellom rettsområdene i praksis?.....</i>	<i>38</i>
5.3	<i>Er det problematisk å ha den samme vurderingen på tvers av de ulike rettsområdene?</i>	<i>41</i>
6	Når er to krav konnekse?	45
6.1	<i>Innledning.....</i>	<i>45</i>
6.2	<i>Ordlyden som utgangspunkt for en konneksitetsvurdering</i>	<i>45</i>

6.3	<i>Høyesteretts forståelse av begrepet «springer ut av samme rettsforhold»</i>	46
6.4	<i>Nærmere om «det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep</i>	48
7	Nærmere om unntak fra hovedregelen om konneksitet	51
7.1	<i>Kan krav etter forskjellige kontrakter være konnekse?</i>	51
7.2	<i>En formell oppdeling av kontraktene er ikke avgjørende</i>	52
7.3	<i>Er krav etter samme kontrakt alltid konnekse?</i>	54
8	Den konkrete vurderingen av om kravene springer ut av samme rettsforhold	57
8.1	<i>Innledning</i>	57
8.2	<i>Det overordnede vurderingskriteriet «springer ut av samme rettsforhold»</i>	57
8.3	<i>Relevante momenter i vurderingen av kravenes tilknytning</i>	59
8.3.1	<i>Kravenes stiftelsesgrunnlag</i>	60
8.3.2	<i>Formål</i>	62
8.3.3	<i>De rettigheter og plikter som følger av avtalene</i>	63
8.3.4	<i>Er partenes subjektive oppfatning relevant for vurderingen?</i>	66
8.4	<i>Det avgjørende er en konkret helhetsvurdering av kravenes tilknytning</i>	67
8.5	<i>Særlig om det kreves en sterkere tilknytning mellom kravene når debitor for motfordringen er konkurs</i> 69	
9	Sammenfatning	73
10	En rettspolitisk vurdering av reglene om motregning med konnekse krav	75
11	Referanseliste	80
11.1	<i>Norske lover</i>	80
11.2	<i>Forarbeid</i>	81
11.3	<i>Rettspraksis</i>	81
11.4	<i>Litteratur</i>	83

«Den utvidete motregningsadgangen ved konnekse krav»

1 Problemstilling

1.1 Innledning

Oppgavens hovedproblemstilling knytter seg til den utvidede motregningsadgang ved konnekse krav. Med en utvidet motregningsadgang for konnekse krav, menes tilfellene hvor motregning i utgangspunktet er utelukket, men aksepteres med den begrunnelse at to krav er konnekse. Med slike krav menes krav som er så nært knyttet hverandre at de må sies å springe ut av det samme rettsforholdet.

Problemstillingen omhandler motregningsretten, som har eksistert i lang tid. Regler om motregning har røtter helt tilbake til romerretten.¹ Motregningsinstituttet og vilkårene for motregning behandles nærmere i neste underkapittel. Spørsmål om utvidelse av motregningsadgangen med den begrunnelse at to krav er konnekse, er sannsynligvis av nyere årgang. Det finnes imidlertid norsk høyesterettspraksis fra tidlig 1900-tall, som enda har relevans for dagens rettsanvendelse.² Problemstillingen er derfor ikke ny, men det har kommet nye rettskilder på området. Høyesterett har avsagt dommene HR-2019-1662-A og HR-2021-1106-A, som har fornyet problemstillingens aktualitet.

Temaet kan ha stor praktisk betydning. Om motregning aksepteres eller ikke, kan få store konsekvenser for en parts rettsstilling. Dersom det for eksempel er tale om motregning overfor et konkursbo, får motregneren dekning for hele sitt krav, mens de øvrige kreditorene må ta til takke med dividende. Et annet eksempel kan være hvor en arbeidsgiver begjærer motregning i arbeidstakerens lønn, med den begrunnelse at hans motkrav er konnekst. Å ikke få utbetalt lønn kan få store konsekvenser for arbeidstakerens økonomi. Enda et eksempel er motregning i forsikringsforhold. Hvis en privatperson har totalskadet sin forsikrede bil, påvirkes hans rettsstilling betydelig om forsikringsselskapet erklærer motregning i den fremtidige utbetalingen med den begrunnelse at han skylder selskapet penger for avdrag på et huslån. For mange, særlig de som er bosatt i distriktene, kan det å måtte leve uten bil få både praktiske og økonomiske følger.

¹ Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge 2002 s. 23

² Se f.eks. Rt. 1907 s. 834, Rt. 1915 s. 840, og Rt. 1928 s. 1121

En problemstilling det er aktuelt å undersøke nærmere, er om de nåværende rettsreglene ivaretar hensynet til forutberegnelighet på en tilfredsstillende måte. Reglene om motregning med konnekse krav er utformet på en måte som medfører at partene kan ha store utfordringer med å forutberegne sin rettsstilling. Konneksitetsvurderingene er svært skjønnsmessige, og det avgjørende vil ofte bli hvorvidt rettsanvenderen anser det som rimelig å si at kravene springer ut av samme rettsforhold. Oppgaven vil derfor søke å utpensle klarere retningslinjer for når to krav er konnekse, og på denne måten bidra til økt forutberegnelighet. Å avklare innholdet i rettsreglene på denne måten, kan virke prosessbesparende, og kan bidra til å avlaste domstolene. Samtidig spares da partene for unødvendige (og ofte svært store) utgifter til advokatsalær og rettsgebyrer.

Samlet sett er det derfor behov for ytterligere teoretiske bidrag på området. Avhandlingens siktemål er å bidra til en bedre systematisering av, og forståelse for, områdets sentrale hensyn og hvordan disse må veies opp mot hverandre. Dette kan igjen bidra til å gjøre grensedragningen mellom konnekse og ikke-konnekse krav enklere. Målsetningen er at denne systematiseringen skal gjøre det lettere å identifisere innholdet i reglene knyttet til motregning ved konnekse krav, noe som forhåpentligvis vil øke forutberegnelighet på området.

1.2 Motregningsinstituttet og vilkårene for motregning

1.2.1 Innledning

For å best kunne illustrere den utvidete motregningsadgang med konnekse krav, må det først redegjøres for de alminnelige vilkårene for motregning. Dette er av interesse ettersom motregning må være utelukket etter alminnelige regler, for at det skal være tale om en utvidelse. Først redegjøres det kort for hva som menes med motregning, før vilkårene for når motregning kan kreves blir behandlet.

1.2.2 Motregningsinstituttet

Motregning kan beskrives som en oppgjørsmåte hvor to fordringer opphører så langt de dekker hverandre, og trer dermed i stedet for ordinær betaling. Partene beholder pengene som skulle betales til motparten, og benytter disse til oppgjør av den andres gjeld. Siden motregning har klare likhetstrekk med betaling, er mange av reglene om motregning basert på

slutninger fra reglene om ordinær betaling.³ Motregningsinstituttets rettskildemessige forankring beror derfor «delvis på logisk tenking, og delvis på slutninger fra de alminnelige reglene om oppgjør gjennom ordinær betaling».⁴ Læren er først og fremst ulovfestet, med visse lovfestede utslag rundt omkring i lovgivningen. Dette kan reise enkelte metodiske spørsmål, som behandles under kapittel 2.

Ved motregning har begge partene krav på hverandre. Når en part erklærer motregning kalles hans fordring for motfordring, og den andre fordringen kalles for hovedfordring. Den som erklærer motregning er da motregneren, eller part B, og den som motregning erklæres overfor, kalles part A. Ved overdragelse av fordringer opereres det med en særskilt begrepsbruk. Selve overdragelsen kalles for en cesjon. Ved cesjon kalles opprinnelig kreditor (selgeren) for cedent, den som kjøper fordringen (nye kreditor) for cesjonar, og debitor endrer navn til debitor cessus.

1.2.3 Vilkårene for motregning

Motregning kan alltid avtales mellom to parter, men dersom tvungen motregning skal finne sted må tre vilkår være oppfylt. Det kreves at fordringene er komputable, de må bestå mellom de samme partene og være oppgjørsmodne.⁵ Kravet til komputabilitet innebærer at fordringene må gå ut på det samme. Dersom A har krav på et parti sei, kan ikke B motregne med et parti torsk. Fordringer på penger er alltid komputable.⁶ Begrunnelsen for kravet er at partenes rettsstilling skal være den samme som om kontraktsmessig oppfyllelse hadde funnet sted. Det lempes ikke på kravet selv om fordringene er konnekse, med den begrunnelse at konneksitet kan utvide motregningsadgangen, men aldri så mye at kreditor ikke får kontraktsmessig oppfyllelse. Kravet til komputabilitet vies derfor ikke mye plass i den videre fremstillingen.

Kravet om gjensidighet går ut på at fordringene må bestå mellom de samme partene. Et praktisk eksempel hvor gjensidighet er til hinder for motregning, er hvis A har krav på oppgjør fra B, mens C har krav på oppgjør fra A. B kan da, naturligvis, ikke erklære

³ Trygve Bergsåker, *Pengekravsrett*, 3. utgave, Oslo 2015 s. 236

⁴ Bergsåker, s. 249

⁵ Bergsåker, s. 250, Rune Sæbø, *Motregning*, Bergen 2003 s. 68 flg.

⁶ Spørsmålet kan komme på spissen for krav på ulik valuta, men løses langt på vei av lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev § 7

motregning med C's fordring for å gjøre opp sin gjeld overfor A. Dette er selvsagt, verken B eller A kan bestemme hvordan C skal disponere sine midler. I dette tilfellet er kravet til gjensidighet til hinder for motregning, og vilkåret kan enkelt begrunnes i at ingen skal kunne bestemme hvordan C skal disponere sin fordring.

Begrunnelsen bortfaller imidlertid dersom vi tenker oss at C har samtykket i at B benytter hans fordring til oppgjør overfor A, men kravet til gjensidighet er fortsatt til hinder for motregning. Å finne en god begrunnelse for gjensidighetskravet i relasjon til det siste eksemplet er ikke enkelt. Arnholm mener at «det krever ingen nærmere begrunnelse at man i almindelighet må kreve gjensidighet».⁷ Bergsåker er kritisk, og argumenterer med at intervensjonsbetaling er tillatt etter reglene om ordinær betaling, og mener det samme burde være tilfellet for motregning.⁸ Dette er jeg enig i, ettersom kreditor blir stilt likt, uavhengig av hvem han får oppgjør fra. Nåværende løsning åpner for at B kan «slippe unna» med å være en dårlig betaler overfor C, samtidig som han selv kan kreve betaling fra A.⁹ Ved motregning med konnekse krav lempes det på kravet til gjensidighet, og dette kan tenkes å være på grunn av at vilkåret allerede i utgangspunktet ser ut til å mangle en god begrunnelse.

Kravet om oppgjørsmodne fordringer betyr at motkravet må være forfalt, og at frigjørings tiden for hovedfordringen må være kommet. B må ha krav på betaling fra A, og han må ha rett til å oppfylle As krav. Også dette vilkåret begrunnes i at partenes rettsstilling skal bli den samme som om ordinær betaling har funnet sted. B kan ikke kreve betaling før hans krav er forfalt, og kan følgelig heller ikke motregne før den tid. Et overordnet vilkår er at motregneren må erklære motregning. Det stilles imidlertid ingen formkrav til motregningserklæringen.¹⁰ Dersom motregning er erklært, fordringene er komputable, oppgjørsmodne og består mellom samme parter, skjer motregning ved ensidig erklæring.

1.3 Kort om konnekse krav

Dette punktet skal redegjøre kort for av hva som menes med «konnekse krav».

⁷ Carl Jacob Arnholm, *Almindelig obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 1978 s. 195

⁸ Bergsåker, s. 252

⁹ Se også Bergsåker, s. 252

¹⁰ Bergsåker, s. 248

Med konnekse krav menes «krav som springer ut av samme rettsforhold».¹¹ Slike krav har en så nær sammenheng at det vil være urimelig om A kan kreve sitt uten å samtidig yte det B har krav på.¹² Et praktisk eksempel på krav etter «samme rettsforhold» er krav som stammer fra samme kontrakt. Men konnekse krav kan også springe ut av andre typer rettsforhold. For eksempel hvis A uaktsomt volder en erstatningsbetingende skade ved utførelsen av et arbeid i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Avtalen om utførelsen av jobben har grunnlag i kontrakt, mens erstatningskravet har sitt grunnlag utenfor kontrakt. Begge kravene stammer fra rettsforholdet mellom partene, og kravene har en så nær tilknytning at de er konnekse. A kan ikke kreve betaling for jobben uten å samtidig betale erstatningskravet. Også sameieforhold er et «rettsforhold» kan danne grunnlag for konnekse krav, også sameiet ikke har grunnlag i kontrakt.¹³

Som begrunnelse for en utvidelse av motregningsadgangen ved konnekse krav, har Bergsåker uttalt:

«[B]errettigelsen av tvungen motregning fremstå[r] som sterkere enn ellers. I slike tilfeller vil hensynene for tvungen motregning styrkes, og mothensynene vil svekkes. Til syvende og sist skyldes nok dette en oppfatning av rimelighet og rettferdighet».¹⁴

Utvidelsen begrunnes altså i rimelighetshensyn, men hensynet har også en viktig rolle som selvstendig moment i vurderingen av når to krav er konnekse. Det avgjørende for om to krav er konnekse, er hvorvidt sammenhengen mellom kravene så nær at å nekte motregning fremstår som urimelig.¹⁵

Et praktisk eksempel hvor motregningsadgangen utvides for konnekse krav, er dersom kravet til gjensidighet i utgangspunktet er til hinder for motregning. Dette kan illustreres med følgende eksempel:

Jonas kjøper en sykkel hos Coop. Han kjøper sykkelen på kreditt, og utsetter betalingen i 30 dager. Før forfall viser det seg at sykkelen har en mangel som gir Jonas krav på prisavslag,

¹¹ Bergsåker, s. 246

¹² Sjur Brækhus, «Avtalt motregning, bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige framtidige forpliktelser overfor depositaren» i *Festskrift til Kristen Andersen*, Oslo 1977, s. 53-76, på s. 58

¹³ Bergsåker s. 246

¹⁴ Bergsåker, s. 245

¹⁵ Brækhus, s. 58 og Jens Edvin Andreassen [Skoghøy], *Factoringpant*, Oslo 1990 s. 364

men Coop har i mellomtiden avhendet kravet på kjøpesummen til den lokale sparebanken. Banken krever oppgjør, og Jonas ønsker å motregne med kravet på prisavslag. Banken motsetter seg dette siden banken ikke har noe med kravet på prisavslag å gjøre. Banken har et krav på Jonas, og Jonas har et krav på Coop. Kravet til gjensidighet er ikke oppfylt, og motregning er i utgangspunktet utelukket. Men siden Jonas sitt krav på prisavslag knytter seg til den samme sykkel som danner grunnlaget for bankens krav på betaling, kan det fremstå som urimelig overfor Jonas om han ikke kan gjøre opp for deler av kjøpesummen ved motregning. Når begge kravene springer ut av det samme rettsforholdet (i dette tilfellet kjøpsavtalen mellom Jonas og Coop), vil de hensynene som taler mot motregning svekkes, og hensynene som taler for styrkes. Jonas kan derfor motregne med kravet på prisavslag.

Spørsmål som knytter seg til motregning med konnekse krav vil være et gjennomgående tema for avhandlingen. Formålet med kapitlet var å gi en kort innføring i konneksitet. Som innføringen har illustrert, kan reelle hensyn spille en viktig rolle i vurderingen av når to krav er konnekse. Dette vil påvirke avhandlingens metode, som behandles i neste kapittel. Kapittel 3 behandler særskilt enkelte av de reelle hensyn som oftest gjør seg gjeldende ved motregning med konnekse krav.

2 Avhandlingens metode

2.1 Innledning

For spørsmål om motregning med konnekse krav reiser det seg enkelte metodiske problemstillinger. Fokuset for kapitlet er hvilke metode som er valgt, og hvordan dette gjennomgående påvirker avhandlingen. Temaet for andre del av kapitlet er hvordan avhandlingens metode forholder seg til det faktum at reglene om motregning med konnekse krav i stor grad er ulovfestede.

2.2 Avhandlingens metode er rettsdogmatisk

Avhandlingens metode er rettsdogmatisk. Med «rettsdogmatikk» menes en sjanger innen rettsvitenskapen med fokus på systematiske fremstillinger av gjeldende rett.¹⁶ For å fastslå hva som er gjeldende rett, tas det utgangspunkt i vanlig juridisk metode.¹⁷ Avhandlingens hovedproblemstilling omhandler motregning med konnekse krav. Hvilke momenter som er relevante for spørsmålet om to krav er konnekse, og for rettsvirkningen av dette, fremgår stort sett av ulovfestet rett. Det vil derfor primært sees hen til rettspraksis, teori og reelle hensyn for å identifisere og tolke gjeldende rett. Til tross for at internasjonal rettspraksis ikke har noen selvstendig rettskildemessig vekt, kan dette bli anvendt som inspirasjonskilde, eller argument til støtte for et resultat.¹⁸ Vekten av slik praksis avhenger av kvaliteten til argumentasjonen som resultatet bygger på. Etersom flere av lovene på formuerettens område er kommet til som resultat av nordisk lovsamarbeid, vil særlig rettspraksis fra skandinaviske land ha relevans for spørsmål om motregning med konnekse krav.¹⁹

2.2.1 Særtrekk ved rettsdogmatisk argumentasjon

Rettsdogmatikk som sjanger inneholder et krav om at argumentasjonen må holde seg innenfor de yttergrensene som følger av alminnelige metoderegler. Som et resultat av dette må den

¹⁶ Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. opplag, Bergen 2008 s. 13.

¹⁷ For en nærmere redegjørelse av «vanlig juridisk metode», se Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 og Jens Edvin Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018.

¹⁸ Mer om dette i Skoghøy på s. 44

¹⁹ For gjeldsbrevloven, se Ot.prp.nr.38 (1938), s. 1.

forståelsen av gjeldende rett som legges til grunn, ha en saklig og juridisk-faglig begrunnelse innenfor disse rammene som oppstilles av juridisk metode.²⁰

Ettersom både rettsdogmatisk argumentasjon og domstolenes konkrete rettsanvendelse baserer seg på samme juridiske metoden, er det klare likhetstrekk mellom de to. Et sentralt skille går imidlertid ved kravene som stilles til begrunnelsen for resultatet. Skillet er et resultat av at domstolenes rolle er å avgjøre konkrete rettsvister, hvor de er underlagt en ulovfestet avgjørelsesplikt og strenge tidsfrister, se for eksempel tvisteloven²¹ § 19-4 femte ledd og straffeprosessloven²² §42. Rettsdogmatikken som sådan er imidlertid ikke underlagt samme begrensninger. En rettsdogmatisk tilnærming vil derfor gi rettsanvenderen bedre forutsetninger for å sette seg inn i, og forstå, flere av de hensynene som gjør seg gjeldende ved løsningen av et rettsspørsmål. Ved rettsdogmatisk argumentasjon forventes det derfor en mer nyansert drøftelse, som belyser både de hensyn som taler for et konkret resultat, men også hvilke hensyn som taler mot.

Rettsdogmatisk argumentasjon kan bare vinne gehør gjennom sin overbevisningskraft, noe som medfører egne forventninger om resultatets begrunnelse. Ved slik argumentasjon vil argumentene løsningen bygger på, og debatten omkring holdbarheten av gjeldende rett, stå i fokus.²³ Argumentasjonen kan derfor bygges på en kritisk tilnærming til gjeldende rett, og ved slik argumentasjon forventes det i mye større grad kritiske vurderinger de lege ferenda. Konklusjonen vil enten være uttrykk for gjeldende rett, eller, dersom rettsdogmatikeren mener hensynene som gjør seg gjeldende taler for en annen løsning, et rettspolitisk argument for hva han mener burde være gjeldende rett. På denne måten er rettspolitiske vurderinger en sentral del av rettsdogmatikken.

En domstol skal bare komme frem til, og anvende, gjeldende rett. Domstolen har verken tid eller ressurser til å stille spørsmålstegn ved den legislative begrunnelsen for rettsreglene som anvendes.²⁴ Dommeren skal ikke gjennomføre nøye evalueringer av holdbarheten til

²⁰ Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner*, 2004 s. 329-342, s. 333.

²¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

²² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

²³ Mæhle i JV 2004, s. 334

²⁴ Grunnloven § 83 åpner riktignok for at Stortinget kan forespørre Høyesterett om en «betenkning om juridiske emner», slik som i HR-2021-655-P

verdipremissene som begrunner gjeldende rett.²⁵ For domstolenes vedkommende normeres avveiningen av juridisk metode i konvensjonell forstand, og det forventes ikke i like stor grad at de skal beskrive avveiningene som er foretatt.²⁶

2.3 Noen særlige metodiske utfordringer tilknyttet den utvidete motregningsadgang med konnekse krav

Den følgende drøftelsen skal redegjøre for hvordan konneksitetsvurderingens ulovfestede karakter er med på å påvirke avhandlingen. Temaet er altså metodiske utfordringer tilknyttet motregning med konnekse krav.

Reglene om en utvidet motregningsadgangen for konnekse krav, er delvis lovfestet, og delvis ulovfestet.²⁷ Generelt kan det sies at hjemmelen for å utvide motregningsadgangen for konnekse krav ofte er lovfestet, mens selve spørsmålet om *når* to krav er konnekse fremgår av ulovfestet rett. Som eksempel kan nevnes foreldelsesloven²⁸ § 26 bokstav b som utvider motregningsadgangen for konnekse krav, men verken bestemmelsen eller forarbeidene sier noe mer om hva som kreves for at to krav er konnekse. I saken HR-2019-1662-A uttalte Høyesterett om foreldelsesloven § 26 bokstav b at «lovteksten reflekterer et teoretisk utviklet konneksitetsbegrep».²⁹ At begrepet er teoretisk utviklet betyr i praksis at dets nærmere innhold fremgår av rettspraksis og juridisk teori. Et problem er imidlertid at både Høyesterett og teorien har vært tilbakeholdne med å fremheve noen momenter foran andre i vurderingen av når to krav er konnekse.

Høyesterett gikk i HR-2019-1662-A lengre enn tidligere i forsøket på å utpensle klarere retningslinjer for vurderingen, når de kom med en liste over momenter som kunne tale for eller mot at to krav er konnekse.³⁰ Denne listen kan imidlertid ikke ha vært ment som uttømmende, og bar i tillegg preg av å være knyttet til det konkrete saksforholdet. I tillegg uttalte Høyesterett ingenting hvordan disse momentene skulle avveies mot hverandre. Også i teorien har det vært forsøkt utformet klarere retningslinjer for vurderingen, men det vises

²⁵ Mæhle i JV 2004, s. 340

²⁶ Mæhle i JV 2004, s. 336

²⁷ Bergsåker, s. 239

²⁸ Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer

²⁹ HR-2019-1662-A, avsnitt 48

³⁰ HR-2019-1662-A, avsnitt 53

generelt tilbakeholdenhet ved å fremheve enkelte momenter foran andre.³¹ For spørsmålet om hvilke momenter som er relevante i en vurdering av om to krav springer ut av samme rettsforhold, og for spørsmålet om den innbyrdes vektingen av disse momentene, har både Høyesterett og juridisk teori vært tilbakeholdne med å fremheve noen momenter foran andre. Det råder derfor usikkerhet angående hvilke momenter som er avgjørende for en konneksitetsvurdering, og spesielt ved spørsmål om den innbyrdes vektingen av disse momentene.

Hvis ikke lovtekst, forarbeider, rettspraksis eller juridisk teori fremhever enkelte momenter foran andre, blir det usikkert hvor vurderingens nærmere innhold kan utledes fra. Uten noe klart utgangspunkt for avveiningen, kan reelle hensyn få en avgjørende rolle. Dette påvirker den juridiske metoden på området. Konklusjonen på et spørsmål om når to krav er konnekse, kan derfor i stor grad måtte bero på en avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet.

Store deler av rettspraksisen på området er uttrykk for slike konkrete avveininger. Det kan begrense prejudikatsverdien til den høyesterettspraksisen som omhandler motregning med konnekse krav. I den sammenheng kan nevnes Rt. 1928 s. 1121, hvor førstvoterende begrunnet en utvidet motregningsadgang for konnekse krav i at

«al rimelighet maa tilsi at det omhandlede motkrav faar sin avgjørelse i [hovedkravet]». ³²

Dette kan bli en «ond sirkel», hvor også fremtidige saker må løses uten noe klart rettskildemessig fundament. Da vil også rettsanvendelsen i fremtidig rettspraksis bære preg av å være slike konkrete avveininger.

Det kan være utfordrende å definere konneksitetsvurderingens nærmere innhold, særlig for rettsanvendere uten inngående forståelse om slike rettsspørsmål. Dette resulterer i at

³¹ I denne sammenheng kan det vises til Sjur Brækhus i *Festskrift Andersen*, Oslo 1977 s. 53-76, Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990, Ørnulf Øyen, «Kravet til konneksitet ved utøvelse av detensjonsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998 s. 711-762 og Rune Sæbø, *Motregning*, Bergen 2003

³² Rt. 1928 s. 1121, s. 1122

løsningen på en tvist om motregning med konnekse krav ikke alltid fremstå som åpenbar. Denne avhandlingen tar sikte på å navigere gjennom de ulike rettskildene som omhandler motregning med konnekse krav, og undersøke om det kan utledes enkelte generelle retningslinjer for hvilke momenter som generelt tillegges stor vekt på spørsmål om motregning med konnekse krav.

2.4 Videre fremstilling

Ettersom løsningen på en tvist om motregning med konnekse krav kan bero på en konkret avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende, er temaet for neste kapittel en nærmere redegjørelse for reelle hensyn som kan være relevante i den sammenheng. I kapittel 4 vil det redegjøres for rettsvirkningene av at det motregnes med konnekse krav. Denne redegjørelsen søker å illustrere hvilken vekt de hensyn som begrunner utvidelsen av motregningsadgangen for konnekse krav har opp mot andre mer generelle hensyn. Dette kan også illustrere enkelte momenter som er relevante i vurderingen av når to krav er konnekse, som er tema fra kapittel 5 og utover. Mesteparten av fokuset rettes mot konneksitet for krav med grunnlag i kontrakt. Avslutningsvis foretas en vurdering hvor spørsmålet er om den nåværende løsningen av spørsmålet om når to krav er konnekse er hensiktsmessig.

3 Reelle hensyn ved spørsmål om motregning med konnekse krav

3.1 Innledning

Siden en konneksitetsvurdering til syvende og sist kan bli en avveining av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, vil en redegjørelse for de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang bidra til økt forståelse for vurderingstemaets innhold. I det følgende vil noen av de mest sentrale hensynene på området bli gjennomgått. Disse er rimelighetshensyn, retts tekniske hensyn og hensynet til forutberegnelighet. I tillegg vil og systembetraktninger og rettsøkonomiske betraktninger ha en viss relevans. Redegjørelsen er ikke ment å være uttømmende, også andre hensyn enn de som nevne særskilt kan være relevante for spørsmål om motregning med konnekse krav.

3.2 Rimelighetshensyn

Rimelighetshensyn er en sentral del av begrunnelsen for en utvidet motregningsadgang. Av HR-2021-1106-A følger det at

«særbehandlingen av konnekse krav er særlig begrunnet med rimelighetshensyn ... For en part som oppfyller sin del av en avtale, vil det oppfattes som svært urimelig om hun ikke får oppfylt sine egne krav etter avtalen».³³

Samme begrunnelse fremheves i HR-2019-1662-A: «[Å]rsaken til at det er gitt en utvidet adgang til motregning av konnekse krav, er rimelighetshensyn».³⁴ Høyesterett er altså klar på at særbehandlingen for konnekse krav begrunnes i konkret rimelighet. Samme tankegang er fulgt i gjeldsordningsloven³⁵ § 3-4 første ledd bokstav b. Bestemmelsen avskjærer i utgangspunktet for motregning, men ikke for konnekse krav. Det ble i forarbeidene uttalt

«at motregningsretten er i behold ved konnekse krav begrunnes med at det her er så stor nærhet mellom hovedkrav og motkrav at det ville være urimelig at det ene skal betales fullt ut mens det andre kun får dividendedekning i en gjeldsordning».³⁶

³³ HR-2021-1106-A, avsnitt 32

³⁴ HR-2019-1662-A, avsnitt 52

³⁵ Lov 17. juli 1992 nr. 99 om tvungen gjeldsordning for privatpersoner

³⁶ Ot.prp.nr.81 (1991-1992) s. 57

Hvorfor en nektelse av motregning er urimelig begrunnes ikke nærmere, men det kan se ut til å bygge på en tanke om rettferdighet. En liknende tankegang ser ut til å være fulgt i Rt. 1907 s. 834, hvor det var spørsmål om innskrenkning i motregningsadgangen for et konnekst motkrav. Dette ville ifølge førstvoterende være «en væsentlig Indskrænkning i den sagsøgtes naturlige Ret til at forsvare sig».³⁷ Retten til å motregne med et konnekst motkrav, er altså en «naturlig rett» for saksøkte, noe som ser ut til å være forenlig med Bergsåkers tankegang om at utvidelsen er begrunnet i en oppfatning av rettferdighet.³⁸ Både Skoghøy og Brækhus fremhever også rimelighetshensyn som begrunnelse.³⁹

Rimelighetshensyn er en sentral del av begrunnelsen for en utvidet motregningsadgangen ved konnekse krav. Det er urimelig om den ene parten oppfyller sin del av avtalen uten å få noe igjen, og det kan se ut til at en utvidet motregningsadgang for konnekse krav nærmest er en selvfølge.⁴⁰ Rimelighetshensyn har imidlertid en todelt rolle for slike spørsmål, både som begrunnelse, men også som overordnet moment i vurderingen.⁴¹ Det avgjørende i en konneksitetsvurdering vil ofte være hvorvidt det er rimelig å anerkjenne en utvidet motregningsadgang i det konkrete tilfellet.⁴² Dette knytter seg imidlertid til spørsmålet om *når* to krav er konnekse, og behandles fra kapittel seks og utover.

3.3 Rettstekniske hensyn

Sæbø fremhever to forhold som begrunnelse for en utvidet motregningsadgang ved konnekse krav: Rimelighetshensyn og rettstekniske hensyn.⁴³ Rettstekniske hensyn fremheves ikke like ofte som rimelighetshensyn som begrunnelse for en utvidet motregningsadgang, men må fortsatt være en sentral del av begrunnelsen.

Skoghøy legger følgende forståelse av «rettstekniske hensyn» til grunn: «Med «rettstekniske hensyn» sikter jeg til at regelen bør utformes slik at den ikke blir altfor vanskelig å praktisere,

³⁷ Rt. 1907 s. 834, s. 836

³⁸ Bergsåker, s. 245

³⁹ Andreassen, s. 364 og Brækhus, s. 58

⁴⁰ Særlig uttalelsen fra Rt. 1907 s. 834 sitert ovenfor kan forstås slik.

⁴¹ Fremgår klart av bl.a. Brækhus på s. 58

⁴² Rt. 1992 s. 504 på s. 507

⁴³ Sæbø, s. 190

og at den ikke virker unødig prosesskapende.»⁴⁴ Jeg legger samme forståelse til grunn. Hovedfokuset for dette punktet er hvordan en utvidet motregningsadgang resulterer i at domstolene ikke behøver å skille mellom to likeartede typetilfeller, og dermed er prosessbesparende.

3.3.1 Sondringen mellom konnekse motkrav og innsigelser mot hovedkravet

Grensedragningen mellom konnekse motkrav og innsigelser mot hovedkravet kan være uklar. Ved motregning med konnekse krav, vil resultatet i en tvist bli det samme uavhengig av grensedragningen. En innsigelse mot hovedkravet kan gå ut på at hovedkravet enten ikke er gyldig stiftet, eller at det er helt eller delvis betalt, eller oppgjort på annen måte.⁴⁵ En innsigelse mot hovedkravet springer ut av samme rettsforhold som hovedkravet, og har således klare likhetstrekk med et konnekst motkrav. Skillet går imidlertid ved at en innsigelse mot hovedkravet ikke er et selvstendig krav, men noe som knytter seg til eksistensen av, eller størrelsen av, hovedkravet. Et konnekst motkrav kan på sin side alltid behandles på selvstendig grunnlag. Til tross for forskjellene mellom disse to, vil rettsvirkningene av at domstolene anerkjenner deres eksistens være like; hovedkravets størrelse reduseres tilsvarende.

Sondringen kan være utfordrende å foreta i praksis, og Skoghøy beskriver forskjellen som flytende.⁴⁶ Som eksempel viser han til mislighold i et kontraktsforhold, hvor det kan oppstå både krav på prisavslag og krav på erstatning. Prisavslag er naturlig å vurdere som en innsigelse mot hovedkravet, mens et erstatningskrav mest naturlig ansees som et konnekst motkrav. Han uttaler videre at «mellom prisavslag og erstatning er det imidlertid en flytende overgang, og om man vil karakterisere kravet som det ene eller annet, bør ikke være avgjørende for om kravet kunne gjøres gjeldende overfor en cesjonar dersom hovedkravet er cedert».⁴⁷ Ettersom begrunnelsen for å ikke foreta sondringen er at debitor cessus' rettsstilling skal forbli den samme, kan løsningen også sies å være delvis begrunnet i rimelighetshensyn, noe som påpekes av Sæbø.⁴⁸

⁴⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, «Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1994 s. 837-881 på s. 849, se også Skoghøy i rett og rettsanvendelse på s. 43

⁴⁵ Sæbø, s. 198

⁴⁶ Andreassen, s. 364

⁴⁷ Andreassen s. 364-365

⁴⁸ Sæbø, s. 191

Som eksempel på grensedragningen kan nevnes Rt. 1966 s. 1493. I dommen ga Høyesterett en leietaker rett på fradrag i utleierens erstatningskrav, til tross for at leietakeren ikke kunne krevd separat oppgjør for kravet som dannet grunnlag for reduksjonen. Saksforholdet knyttet seg til utmåling av erstatning som følge av at leietaker ikke flyttet ut før to år etter at leietiden var opphørt. Leietaker drev en restaurant på utleiers hotell, og hadde oppgradert denne. Kostnadene ble i stor grad betalt av leietaker, men han hadde ikke et selvstendig krav på tilbakebetaling for utgiftene. Til tross for dette fant Høyesterett at

«et vist hensyn til at [utleieren] faktisk er blitt sittende igjen med en forbedring av hotellet på grunn av [leietakers] investering, finner jeg likevel at det kan være rimelig å ta ved avgjørelsen av [utleierens] erstatningskrav mot [leietaker]». ⁴⁹

I saken var leietakers krav på reduksjon i erstatningssummen en innsigelse mot hovedkravet. Det er interessant at Høyesterett selv uttalte at leietaker ikke hadde et selvstendig krav på oppgjør, men benyttet det som moment for å lempe på erstatningskravets størrelse.

En utvidet motregningsadgang med konnekse krav medfører at domstolene i mindre grad behøver å sondre mellom disse to, siden resultat uansett blir det samme. Av rettspraksis hvor dette vektlegges, kan nevnes Rt. 1907 s. 834. I saken det ble uttalt at det kan «være en, Smagsag, enten man vil sige, at der her er et Spøragsmaal om en Formindselske i den skyldige Kjøbesum, eller om en Modfordring til Likvidation i Kjøbesummen». ⁵⁰ Ifølge Høyesterett var det altså en smakssak hvorvidt man definerte kravet som et konnekst motkrav eller en innsigelse mot hovedkravet. Høyesterett foretok ikke sontringen, siden utfallet i saken ville blitt det samme uansett. På denne måten er en utvidet motregningsadgang være retts teknisk gunstig, ettersom den vil spare rettsanvenderen for unødvendig kompliserte vurderinger. Det er også lite ønskelig om partenes rettsstilling skal påvirkes av resultatet på denne «flytende» sontringen. Løsningen kan således også begrunnes i rimelighetsbetraktninger.

⁴⁹ Rt. 1966 s. 1493, s. 1498-1499

⁵⁰ Rt. 1907 s. 834, s. 836

3.4 Systembetragtninger og hensynet til koherens

I avhandlingen brukes systembetragtninger som et overordnet ønske om sammenheng enten internt i en lov, eller i formueretten generelt. Skoghøy beskriver det som et spørsmål om «hvilket tolkningsalternativ vil gi regelen et innhold som er best tilpasset det regelsett den er en del av, og rettssystemet for øvrig?».⁵¹ Med «koherens» menes primært at like typetilfeller helst skal få samme resultat, og er således uttrykk for en av rettsvitenskapens grunntanker: Like tilfeller skal behandles likt.

Formueretten som rettsinstitutt har betydelige innslag av skjønnsmessige og brede vurderingstemaer.⁵² Den må derfor betraktes som et helhetlig system, hvor det er ønskelig at tvister med like saksforhold får like resultater. Når vurderinger skjer på kryss av de formuerettens ulike rettsområder, medfører det egne koherens- og konsistensforventninger tilknyttet sammenhengen mellom rettsområdene. Spørsmålet om (og viktigheten av) koherens i formueretten, beskrives av Tørum som «ikke et spørsmål om juss for jussens skyld, men et spørsmål om grunnleggende verdier om forutberegnelighet og likebehandling».⁵³

Systembetragtninger har en viktig rolle for spørsmål om motregning med konnekse krav, siden konneksitetsvurderingene foretas på tvers av de ulike rettsområdene. I tillegg er læren ulovfestet, slik at Høyesterett står friere til å vektlegge et ønske om koherens i utviklingen av en rettsregel, men det forventes i så fall at regelens innhold er tilpasset det regelsett den er del av.⁵⁴ Når Høyesterett står fritt til å legge vekt på slike hensyn fremstår ikke alltid resultatet i en tvist som åpenbart, som kan reise enkelte problemstillinger tilknyttet forutberegneligheten.

3.5 Hensynene til forutberegnelighet og rettsøkonomi

Med forutberegnelighet menes partenes adgang til å forutse utfallet i en sak. Hvis partene kan forutse utfallet, bortfaller behovet for å la en dommer avgjøre hvem som har rett. En høy grad av forutberegnelighet kan altså resultere i at flere saker løses utenfor domstolene, og/eller at de sakene som kommer for domstolene ikke er like ressurskrevende. Dette sparer både

⁵¹ Skoghøy i Rett og rettsanvendelse på s. 44

⁵² Anne Marie Frøseth, «Materiell koherens i formueretten generelt, og erstatningsretten spesielt», *undring og erkjennelse: festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, 2013 s. 141-151, på s. 141

⁵³ Amund Bjøranger Tørum, «Konsekvens i formueretten», *Jussens venner* 2002 s. 314-339, på s. 339.

⁵⁴ Skoghøy i Rett og rettsanvendelse på s. 44

rettssystemet og sakens parter for ressurser og tid. En høy grad av forutberegnelighet er dermed også rettsøkonomisk gunstig.

Det er ønskelig med en høy grad av forutberegnelighet, men retten må samtidig være dynamisk der det kan foretas skjønnsmessige vektinger. Dette for å sikre mest mulig rimelige resultater. Spørsmålet kan sies å være en avveining mellom ønsket om at partene i størst mulig grad skal kunne forutse utfallet i en sak, opp mot ønsket om et mest mulig rimelig resultat. I formuerettens gjøres dette ofte ved at lovgiver åpner for at domstolene kan utøve skjønn. Som eksempel hva som regnes som «innenfor rimelig tid» etter reglene om reklamasjon i kjøpsloven⁵⁵ § 32. Bestemmelsen åpner for at domstolen skal foreta en konkret vurdering, og komme til det resultatet dommeren mener er rimelig. Saken får da det «beste» resultatet, men vanskeliggjør samtidig partenes adgang til å forutse utfallet.

Sett opp mot hensynet til forutberegnelighet, er det problematisk med ulovfestet rett, siden Høyesterett bare kan utvikle reglene gjennom konkrete avgjørelser. Da er det nærmest umulig for partene i den konkrete saken å forutse resultatet. Dette veies imidlertid opp mot fordelene av at reglene kan være under konstant utvikling, og at retten kan tilpasse seg samfunnsutviklingen. I tillegg kan dommeren legge vekt på hva som fremstår som et rimelig resultat i det konkrete tilfellet, og slipper å måtte dømme i strid med den «beste» løsningen.⁵⁶

Hvorvidt hensynet til forutberegnelighet er ivaretatt i tilstrekkelig grad for spørsmål om motregning med konnekse krav er usikkert, særlig ettersom både lovgiver og Høyesterett har unngått å konkretisere innholdet i vurderingen. Dette vanskeliggjør aktørenes adgang til å forutse utfallet i en tvist, og bidrar til flere tvister både mellom ulike aktører, men også for domstolene.

De reelle hensyn som er gjennomgått ovenfor er gjennomgående relevant for drøftelsene og vurderingene som foretas i denne avhandlingen, både de lege lata og de lege ferenda.

Avhandlingen vil nå rette fokus mot rettsvirkningene av at det motregnes med konnekse krav.

⁵⁵ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp

⁵⁶ I denne sammenheng kan nevnes Rt. 2014 s. 238 hvor Høyesterett i avsnitt 24 ga uttrykk for at forholdet burde vært straffverdig, men frikjente siktede grunnet mangelfull lovhjemmel og måtte dømme i strid med «hva som eventuelt måtte ha vært lovgivers intensjon».

4 Rettsvirkninger av motregning med konnekse krav

4.1 Innledning

Temaet for dette kapitlet er hvilke konkrete rettsvirkninger konneksitet kan føre til. Fokuset er først generelt, der spørsmålet er om konneksitet begrunner et unntak fra de alminnelige vilkårene for motregning. Deretter redegjør jeg for hvordan motregningsadgangen med konnekse krav er utvidet i lov. Utvidelsen søkes illustrert gjennom å først redegjøre for hvordan bestemmelsene regulerer motregning med ikke-konnekse krav, før det undersøkes hvordan konneksitet kan utvide denne motregningsadgangen. Gjennomgangen belyser således både rettsvirkningene av at to krav er konnekse, men også den praktiske betydningen av konneksitetsspørsmålet. Grunnen til at rettsvirkningene av konneksitet behandles før spørsmålet om når to krav er konnekse, er for å få klart frem *hvorfor* en utvidet motregningsadgang kan fremstå som rimelig. Dette gir et bedre fundament for å forstå hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete konneksitetsvurderingen.

Innledningsvis bemerkes det at konneksitet ikke ser ut til å påvirke selve motregningsoppgjøret. Partene kan fritt kreve at motregningen primært omfatter konnekse krav, men denne valgretten ser ut til å gjelde også ved ordinær motregning.⁵⁷ Det lempes heller ikke på kravet til motregningserklæring, selv om kravene er konnekse.⁵⁸

4.2 Ved motregning med konnekse krav kreves det ikke gjensidighet

Som nevnt innledningsvis er det tre vilkår for å kunne motregne. Kravene må være oppgjørsmodne, komputable og bestå mellom de samme parter. Dersom hovedkrav og motkrav springer ut av samme rettsforhold, kreves det ikke lengre gjensidighet. Dette følger av blant annet Rt. 1915 s. 840, hvor den ene part gjorde gjeldende at motregning var avskåret siden kravene ikke bestod mellom de samme parter. Førstvoterende bemerket at dette ikke var til hinder for motregning når

⁵⁷ Sæbø, s. 219 og Øyen i TFR 1998, s. 720. For en omfattende redegjørelse av spørsmålet om valgtrett ved ikke-konnekse krav, se Sæbø s. 408 flg.

⁵⁸ Alternativet er bortfall ipso jure, slik som etter dansk og fransk rett. Sæbø behandler spørsmålet inngående fra s. 215 flg.

«den motfordring som gjøres gjældende ... har sin oprindelse fra det samme forhold, som begrunder hovedfordringen».⁵⁹

Den samme oppfatningen følger av Rt. 1928 s. 1121, hvor Høyesterett uttalte at

«[B], berettiget til med mottagerens [kreditor for motkravets] samtykke at anvende kravet til kompensasjon overfor [A], uten hensyn til at kravet ikke er [B] tiltransportert».⁶⁰

For tilfellene der B ønsker å benytte tredjepersons krav til oppgjør for hans gjeld til A, kreves det både konneksitet og at motregningen er rettmessig overfor tredjemann. I praksis må derfor ha tredjemann har samtykket i Bs motregning.⁶¹ At det ikke kreves gjensidighet ved motregning med konnekse krav følger også av teorien. Skoghøy uttaler at

«når krav og motkrav er konnekse, er det ikke noe vilkår for motregning at krav og motkrav må bestå mellom de samme rettssubjekter».⁶²

Oppfatningen deles av Sæbø.⁶³

At det lempes på kravet til gjensidighet kan sees i sammenheng med Bergsåkers uttalelse. Når krav og motkrav er konnekse, vil «hensynene for tvungen motregning styrkes, og mothensynene vil svekkes tidligere».⁶⁴ Som tidligere nevnt, mangler gjensidighetskravet en god begrunnelse. Det var få hensyn som talte mot motregning allerede i utgangspunktet. Dette kan tenkes å være noe av grunnen til at det lempes på kravet dersom fordringene er konnekse. De hensyn som taler for motregning må da utvilsomt stå sterkere enn de hensyn (eventuelt mangelen av hensyn) som begrunner kravet til gjensidighet.

Saksforholdet i Rt. 1928 s. 1121 har klare likhetstrekk med intervensjonsbetaling, og etter min mening burde «intervensjonsmotregning» vært tillatt uavhengig av om kravene er

⁵⁹ Rt. 1915 s. 840, s. 841

⁶⁰ Rt. 1928 s. 1121, s. 1122

⁶¹ Sæbø, s. 213

⁶² Andreassen, s. 364

⁶³ Sæbø, s. 213

⁶⁴ Bergsåker, s. 245

konnekse.⁶⁵ Dette på grunn av at kreditors rettsstilling blir den samme uavhengig av hvem han får oppgjør fra, og at han uansett plikter å gjøre opp for sin egen gjeld. Dommen er således lite egnet til å illustrere motregningsadgangens sterke vern for konnekse motkrav. Vernet illustreres bedre av at det gjøres unntak fra kravet om gjensidighet ved motregning med et konnekst motkrav overfor factoringpanthaver.⁶⁶

At det ikke gjøres unntak fra kravene om oppgjørsmodne fordringer og komputabilitet må sees i sammenheng med begrunnelsen for kravene. Begge knytter seg til at kreditor for motkravet skal få det han har krav på til riktig tid. Å lempe på disse kravene vil innebære en tilsidesettelse av grunnleggende formuerettslige hensyn, som hensynet til ytelse mot ytelse, og at kontrakter skal holdes slik de er inngått. Konneksitet kan derfor ikke begrunne oppgjør før frigjøringstiden er kommet, eller oppgjør med en annen ytelse enn det som var avtalt. Dette gjelder nesten reservasjonsløst, men det lempes på kravet til oppgjørsmodne fordringer i spesifikke konkurstilfeller.⁶⁷

Ved motregning med konnekse krav lempes det på kravet om gjensidighet. Gjennomgangen ovenfor egner seg imidlertid ikke til å illustrere hvor sterkt motregningsadgangen ved konnekse krav er vernet. Dette kommer bedre frem ved å se hvordan motregningsadgangen med konnekse krav utvides ved i lov.

4.3 Eksempler hvor motregningsadgangen utvides av lov

4.3.1 Oversikt

For de tilfellene hvor det gjøres unntak fra hovedregelen med den begrunnelse at to krav er konnekse, veier de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang tyngre enn hensynene som begrunner hovedregelen. For å få klart frem hvilke hensyn de ulike bestemmelsene tar sikte på å ivareta, vil det være interessant å få frem hvilke avveininger som ble foretatt av lovgiver ved utarbeidelse av de ulike bestemmelsene. Hensikten er å plassere hensynene som begrunner en utvidet motregningsadgang i forhold til de hensynene som

⁶⁵ Samme oppfatning følger av Bergsåker på s. 252

⁶⁶ Se gjeldsbrevloven § 26 i sammenheng med Rt. 1992 s. 504

⁶⁷ Se punkt 4.3.4.3.1

begrunner de ulike hovedreglene. Slike sammenlikninger kan illustrere hvordan lovgiver vektlegger de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang.

Spørsmål og problemstillinger tilknyttet motregning hvor konneksitet ikke har noen betydning for løsningen, vil ikke bli behandlet i dette kapitlet. Avhandlingen gir ikke en uttømmende behandling av de ulike rettsområdenes regulering av motregning, men redegjør heller kort for hovedreglene, og undersøker hvorvidt konneksitet kan begrunne unntak fra disse. Bestemmelsene og unntakene i gjeldsbrevloven og dekningsloven er gjenstand for en litt mer omfattende behandling, ettersom lovene regulerer flere ulike tilfeller hvor motregningsadgangen utvides av konneksitet.

For ordens skyld bemerkes det også at det i de ulike bestemmelsene ikke vil stå «konnekse krav», men gjerne formuleringer som «krav som springer ut av samme rettsforhold» eller liknende. Det sentrale er at utvidelsen skjer på grunn av at motkravet har en så nær tilknytning til hovedkravet at motregningsadgangen utvides.

4.3.2 Gjeldsbrevlovens regler

4.3.2.1 Oversikt

Gjeldsbrevloven inneholder de mest sentrale reglene om enkle gjeldsbrev, omsetningsgjeldsbrev og innskuddsbøker.⁶⁸ Lovens kapittel 3 omhandler enkle gjeldsbrev, men får analogisk anvendelse også for fordringer som ikke er knyttet til gjeldsbrev.⁶⁹ For motregning med konnekse krav har loven størst betydning for spørsmål om debitor cessus' motregningsadgang ved cesjon. Denne utvides stort sett alltid dersom kravene er konnekse. Ved spørsmål om debitor cessus' motregningsadgang, kan det generelt sies å gå et skille mellom enkle gjeldsbrev og omsetningsgjeldsbrev. Disse behandles derfor hver for seg.

4.3.2.2 Hovedkravet er en enkel fordring

Hovedregelen om motregning ved overdragelse av enkle fordringer fremgår av § 25. Cesjonaren kan ikke erverve en større rett enn det cedenten hadde, og utgangspunktet er at debitor cessus beholder sin opprinnelige motregningsadgang. Gjeldsbrevloven § 26 gjør

⁶⁸ Loven definerer ikke hva som menes med «gjeldsbrev», men ifølge NUT 1935:1 s. 12 er det «skriftlige og i det ytre selvstendige løfter om å betale penger».

⁶⁹ Fremgår av Ot.Prp.nr. 38 (1938) s. 3, NUT 1935:1 s. 16-17, og til dels av Rt. 1957 s. 778 og Rt. 1992 s. 504

imidlertid visse unntak fra dette utgangspunktet. Etter bestemmelsen kan debitor cessus bare motregne hvis han ervervet motkravet før han fikk kunnskap om overdragelsen.

Høyesterett har i Rt. 1992 s. 506 uttalt at interesseavveiningen i § 26 «bygger på en avveining mellom debtors, cedentens og cesjonarens interesser, og bestemmelsen leder til at debtors motregningsadgang i en del tilfelle vil gå tapt».⁷⁰ Til tross for at regelen er godt begrunnet, fulgte det av samme sak at «det ut fra etablert rettsoppfatning legges til grunn at det gjelder særregler for motregning ved såkalte konnekse krav».⁷¹ Fristreglene i § 26 får dermed ikke anvendelse på konnekse krav, og debitor cessus' står fritt til å motregne med konnekse motfordringer ervervet etter cesjonen. I et slikt tilfelle må både cesjonarens interesser, og grunntanken om at debitor cessus ikke skal stilles bedre enn han var når cesjonen fant sted, vike for de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang.

4.3.2.3 Hovedkravet er et omsetningsgjeldsbrev

Hovedregelen for motregning der hovedkravet er et omsetningsgjeldsbrev, er at «skyldnaren ikkje [kan] krevja motrekning med krav på avhendaren», jf. gjeldsbrevloven § 18 første ledd. Som begrunnelse for hovedregelen peker lovutvalget på hensynet til effektiv omsetning av omsetningsgjeldsbrev, og at cedenten dermed «bør [kunne] ... betrakte sin gjeldsfordring som et selvstendig aktivum som bare er avhengig av papiret og dets betingelser».⁷² Lovutvalgets beskrivelse av omsetningsgjeldsbrev bærer store likhetstrekk med en beskrivelse av penger, og dette begrunner utgangspunktet om at motregning er avskåret. Hovedregelen gjelder imidlertid ikke ubetinget, og særlig konneksitet kan begrunne et unntak.

Debitor cessus' motregningsadgang er ikke avskåret hvis cesjonaren «visste at skyldnaren hadde eit krav som kunde nyttas til motrekning» og samtidig «måtte skjøna skyldnaren kom til å lida tap, om ei avhending skulde stengja for dette [motregning]», jf. første ledd. I praksis kreves det at cesjonaren «visste» om skyldnerens motkrav, og han «måtte skjøna» at skyldneren kom til å lide tap som følge av den begrensede motregningsadgangen. Siden cesjonaren både må vite om skyldnerens motkrav, og forstå at debitor cessus kom til å lide tap, har regelen et snevert anvendelsesområde.

⁷⁰ Rt. 1992 s. 504, s. 508

⁷¹ Rt. 1992 s. 504, s. 507

⁷² NUT 1935:1, s. 41

4.3.2.4 Særregler for konnekse krav

Hvis kravene er konnekse («reiser seg frå same rettshøvet») gjelder de ordinære reglene om debitorinnsigelser i gjeldsbrevloven § 15, jf. § 18 andre ledd. Begrunnelsen for den utvidete motregningsadgangen er ifølge lovutvalget at «hvis begge fordringene imidlertid skriver sig fra samme rettsforhold, skaper den felles opprinnelse en viss sammenheng mellom kravene, som gjør det naturlig å tillate motregning i større utstrekning».⁷³ Debtors motregningsadgang nyter altså et sterkere vern dersom kravene er konnekse, men også her vektlegges det moment at omsetningsgjeldsbrev skal være lettomsettelige. De reelle forskjellene mellom §§ 15 og 18 er dermed ikke særlig store, og konnekse krav står ikke i en like klar særstilling som ved enkle gjeldsbrev. Både §§ 15 og 18 regulerer tap av motregningsinnsigelser såfremt cesjonaren er i god tro, og den viktigste forskjellen er at tap av rett til motregning etter § 15 kun skjer der motregning ble erklært før cesjonen, jf. vilkåret «før gjeldsbrevet var avhendt» i fjerde ledd. En motregningsrett som enda ikke har blitt erklært, kan ikke gå tapt etter § 15. Dette kan imidlertid skje etter § 18, men ikke dersom kravene er konnekse.

4.3.2.5 Sammenfatning

Gjennomgangen ovenfor viser at det ved motregning med konnekse krav går et klart skille mellom enkle gjeldsbrev og omsetningsgjeldsbrev for motregning med konnekse krav. Der motregningsinnsigelser med konnekse motkrav ikke kan ekstingveres ved overdragelse av enkle gjeldsbrev, er utgangspunktet noe helt annet for omsetningsgjeldsbrev. Lovutvalget gikk langt i å likestille omsetningsgjeldsbrev med penger, noe som går på bekostning av motregningsinnsigelser med konnekse motkrav. Dette må imidlertid ikke forstås slik at de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang ikke står sterkt, men heller som et eksempel på hvor langt utvalget gikk i å styrke cesjonarens vern mot innsigelser ved omsetningsgjeldsbrev. I denne sammenheng må det også bemerkes at finansavtaleloven⁷⁴ § 55 andre ledd forbyr bruk av omsetningsgjeldsbrev i forbrukerforhold. Problemstillingen er derfor ikke like aktuell i slike forhold, som gjerne er de tilfellene hvor debitor cessus´ har sterkeste behov for vern av sin rettsstilling. Det medfører imidlertid ikke ugyldighet at forbudet brytes, og reglene om debitorinnsigelser i gjeldsbrevloven kapittel 2 kan i teorien få anvendelse også i forbrukerforhold.⁷⁵

⁷³ NUT 1935:1, s. 42

⁷⁴ Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag

⁷⁵ Bergsåker, s. 261

4.3.3 Motfordringen er foreldet

For spørsmålet om motregning med konnekse krav kan konneksitet få betydning for om foreldelse av motfordringen medfører tap av motregningsrett. For at en part skal kunne kreve motregning må han ha en motfordring. Hvis en fordring er foreldet taper fordringshaveren sin rett til oppfyllelse, og har ikke lenger en motfordring, jf. foreldelsesloven § 24 første ledd. Det følger imidlertid av § 26 andre ledd at dersom fordringene springer ut av samme rettsforhold, og hovedfordringen er oppstått før motfordringen ble foreldet, taper ikke fordringshaveren sin motregningsrett.

At motregning aksepteres med en konneks motfordring, selv om den er foreldet, viser at de innrettelseshensyn som begrunner foreldelse av fordringer må vike for de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang. Dette er interessant, særlig i et rettssystem som det norske, hvor de samme innrettelseshensynene er en sentral del av begrunnelsen for rettsinstituttene hevd og alders tids bruk.⁷⁶ Viktigheten av hensynene som begrunner en utvidet motregningsadgang må dermed ikke undervurderes, til tross for at de blir delvis tilsidesatt ved motregning overfor omsetningsgjeldsbrev.

Som eksempel kan nevnes et tilfelle hvor A etter 2 år og 11 måneder går til domstolene for å få fastsettelsesdom for hovedfordringens eksistens. Foreldelsesfristen avbrytes da, jf. § 15 første ledd. Dersom B av ukjente årsaker ikke selv søker å få fastsettelsesdom for motfordringen, kan den være foreldet når domstolen aviser dom for hovedfordringens eksistens. Dersom begge fordringene springer ut av for eksempel en gjensidig bebyrdende kontrakt, vil det fremstå som urimelig dersom A kan kreve sitt, og B må yte i henhold til avtalen uten å få noe tilbake.

4.3.4 Debitor for motfordringen er konkurs

4.3.4.1 Oversikt

Spørsmål om motregning i konkurs kan være av stor praktisk betydning, ettersom fordringshaveren får full innfrielse for sitt krav. Boets beslagsrett begrenses til hovedfordringens nettoverdi (hovedfordringen minus motfordringen), og motregning i konkurs representerer dermed et unntak fra konkursrettens utgangspunkt om likebehandling av kreditorene. Hvis hovedkravet og motkravet er konnekse utvides motregningsadgangen

⁷⁶ Mer om dette i Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 s. 348 flg.

ytterligere, og kreditor kan få enda bedre dekning for sitt krav enn om kravene ikke var konnekse.

Utgangspunktet for motregning i konkurs er at de alminnelige reglene om motregning mellom solvente parter får anvendelse.⁷⁷ Som følge av dette får også de særreglene som utvider motregningsadgangen for konnekse krav, i stor grad anvendelse. Generelt er det store likhetstrekk mellom motregning i og utenfor konkurs, men det går et skille ved at det kan være andre hensyn som gjør seg gjeldende. Hensynet til kreditorfellesskapet står i en særstilling i konkurs. Hvis en enkeltfølgende kreditor anerkjennes motregningsadgang for sin fordring, går dette på bekostning av kreditorfellesskapet mindre.

Dekningsloven⁷⁸ inneholder de mest sentrale bestemmelsene om de materielle rettsspørsmål ved insolvensbehandling. I det følgende vil den som er under insolvensbehandling omtalt som skyldneren, og kreditor for motfordringen blir kalt fordringshaver. Lovens kapittel 8 regulerer motregning, og hovedregelen fremgår av § 8-1 første ledd. Etter bestemmelsen kan den som ved boåpningen har en fordring på skyldneren, benytte denne til motregning «med dens fulle beløp».

4.3.4.2 *Kravet om gjensidighet og unntaket for konnekse krav*

Det følger av § 8-1 første ledd at «den som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren ... kan benytte den til motregning». Ordlyden gir uttrykk for gjensidighetskravet, noe som støttes av forarbeidene.⁷⁹ Kravet om gjensidighet medfører at opprinnelig fordringshaver ikke benytte sin fordring til motregning ovenfor boet hvis han har overdratt sitt krav til tredjemann før boåpningen. Fordringer ervervet ved transport kan derimot i utgangspunktet benyttes til motregning.⁸⁰

Dekningsloven § 8-2 begrenser motregningsadgangen ved ervervede fordringer. Fordringer ervervet senere enn tre måneder før fristdagen, kan ikke benyttes til motregning, jf. første ledd første punktum. Dette for å unngå at de som står i gjeld til konkursboet plasserer seg selv i en motregningsposisjon ved erverv av fordringer mot skyldneren rett før boåpning. Motregning

⁷⁷ NOU 1972:20, s. 328

⁷⁸ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

⁷⁹ NOU 1972:20 s. 329

⁸⁰ NOU 1972:20 s. 329

er også utelukket selv om det er gått mer enn tre måneder, hvis kreditor på ervervstidspunktet «visste eller burde vite at skyldneren var insolvent», jf. første ledd annet punktum.⁸¹ Regelen rammer tilfellene hvor kreditor manipulerer motregningsadgangen, uaktsomt eller forsettlig. Begrunnelsen for kravet om gjensidighet og fristreglene i § 8-2, er hensynet til kreditorfellesskapet. Motregning i konkurs er et unntak fra hovedregelen om at alle kreditorene skal stilles likt, og burde derfor ha gode grunner for seg. Med andre ord, vil en kreditor som ikke oppfyller kravene i §§ 8-1 og 8-2, ikke ha en beskyttelsesverdig forventning om å kunne motregne.

Til tross for at begrunnelsen er legitim, gjøres det unntak fra fristreglene og kravet om gjensidighet dersom fordringene er konnekse. Unntaket kan til en viss grad utledes av § 8-1 andre ledd første punktum, hvor det fremgår at motregning ikke kan skje dersom det på grunn av fordringens beskaffenhet ville vært utelukket også utenfor konkurs. En antitetisk tolkning kan tilsi at når de begrensninger som gjelder mellom solvente parter får anvendelse i konkurs, må også de motregningsprivilegiene konnekse krav har utenfor konkurs gjelde. En slik oppfatning støttes av både Øyen og Andenæs.⁸² Sistnevnte forankrer utvidelsen av motregningsadgangen for konnekse krav i «alminnelige motregningsregler».⁸³

Siden de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang ikke står svakere selv om debitor for motfordringen har gått konkurs, fremstår løsningen som hensiktsmessig. Til tross for kreditorfellesskapets sterke stilling i konkursretten, går ønsket om å beskytte de motregningsprivilegier som tilfaller konnekse krav foran. Kravenes sammenheng er så nær at å nekte motregning er urimelig.

Et eksempel hvor konneksitet utvider motregningsadgangen er om fordringshaver har solgt en mangelfull bil til skyldneren, og senere overdratt kravet på kjøpesummen til tredjemann. Det vil fremstå som lite rimelig dersom skyldnerens bo skal kunne kreve prisavslag for mangelen, samtidig som selgeren ikke kan motregne med sitt krav på kjøpesummen. I dette tilfellet kan

⁸¹ NOU 1972:20, s. 332

⁸² Øyen i TfR 1998 på s. 721, og Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, Oslo, 3. utgave 2012 s. 228

⁸³ Andenæs, s. 228

selgeren, med samtykke fra tredjemann, benytte kravet på kjøpesummen til motregning overfor konkursboet.⁸⁴

4.3.4.3 De individuelle kravene til fordringene

4.3.4.3.1 Motfordringen

Motfordringen er være en dividendefordring. Det utledes av at motregning kan kreves av «den som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren som kan meldes i boet», jf. § 8-1 første ledd. Formuleringen har klare likhetstrekk med § 6-1 om dividendefordringer, og det tas utgangspunkt i at motfordringen må være en dividendefordring.⁸⁵ Dette videreføres i § 8-4, hvor motregningsadgangen er avskåret for etterprioriterte fordringer,⁸⁶ med mindre «hovedfordring og motfordring springer ut av samme rettsforhold».

Av § 8-1 annet ledd tredje punktum følger det visse krav til motfordringens forfallstid. Kravet til oppgjørsmodne fordringer er til hinder for motregning dersom hovedfordringen forfaller før, og motfordringen forfaller etter boåpning. Det gjøres imidlertid unntak fra dette dersom to krav er konnekse. Konnekse motfordringer kan benyttes til motregning selv om de er oppstått etter boåpningen.⁸⁷ Det samme er tilfelle dersom en konneks fordring er foreldet, jf. foreldelsesloven § 26 bokstav b. For tilfellene hvor motkravet forfaller etter hovedkravet, utvides motregningsadgangen for konnekse krav enda mer i konkurs, enn utenfor. Etter ordinære motregningsregler lempes det kun på kravet om gjensidighet ved konnekse krav, men etter § 8-1 kan det også lempes på kravet til oppgjørsmodne fordringer. Dette må imidlertid være for at de hensyn som begrunner forfallstid mellom solvente parter, ikke gjør seg gjeldende i like stor grad ved konkurs.

Ingen av disse unntakene kan sies å være av særlig praktisk karakter. Det er ikke mange tilfeller hvor et konnekst motkrav skal oppstå først etter boåpningen, eller hvor debitor for hovedfordringen ønsker å motregne med et foreldet motkrav. Det finnes imidlertid enkelte eksempler. Et av disse er om konkursboet leverte et vareparti før boåpningen, og en mangel som gir krav på prisavslag viser seg etter boåpning. Da får debitor for hovedfordringen et

⁸⁴ Rt. 1915 s. 840: Motregning akseptert med den begrunnelse at «den motfordring som gjøres gjeldende med samtykke av fordringshaveren, har sin opprindelse fra det samme forhold, som begrunder hovedfordringen», s. 841, se også Andenæs s. 228

⁸⁵ Andenæs, s. 230

⁸⁶ Defineres i dekningsloven § 9-7

⁸⁷ Andenæs, s. 231

konnekst motkrav mot konkursboet, som er oppstått etter boåpning. Som eksempel på motregning med en foreldet motfordring i konkurs, viser Andenæs til at en leietaker kan benytte et foreldet erstatningskrav mot utleieren til motregning ovenfor konkursboets krav på husleie.⁸⁸

4.3.4.3.2 Hovedfordringen

Skyldneren må være kreditor for hovedfordringen, og denne fordringen må inngå i boet, jf. § 8-1 første ledd. Det avgrenses mot fordringer som oppstår på boets hånd, eller fordringer som oppstår hos eventuelle datter- eller morselskaper. Det lempes på dette ved konneksitet, siden det ikke kreves gjensidighet ved motregning med konnekse krav.

4.3.4.4 Sammenfatning

Generelt videreføres de tilfellene hvor motregningsadgangen utvides utenfor konkurs, også i konkurs. Både i og utenfor konkurs medfører konneksitet at det lempes på kravet om gjensidighet, men det er bare innenfor konkurs det kan lempes på kravet til oppgjørsmodne fordringer. Ved å se på de hensyn som begrunner dekningslovens begrensninger for motregning, viser det faktum at motregningsadgangen fortsatt utvides for konnekse krav at de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang står sterkt uavhengig av hvilket rettsområde det er tale om.

4.3.5 Bankers motregningsadgang

Spørsmålet om bankenes motregningsadgang kan få betydning for bankenes adgang til å motregne i kontohavers innestående på konto. Dette kan ha stor praktisk betydning for den det motregnes overfor, ettersom det er vanlig å ha både lån og innskudd i samme bank. Banken kan da etter alminnelige motregningsregler motregne med innskuddet som hovedkrav, og lånet som motkrav.

Finansavtaleloven § 29 første ledd regulerer bankenes motregningsadgang. Etter bestemmelsen kan banken «ikke ... foreta motregning i innestående på konto», og hovedregelen er at banken er avskåret fra å motregne. Løsningen er et unntak fra det som følger etter alminnelige motregningsregler, og begrunnelsen for begrensningen i

⁸⁸ Andenæs, s. 231

motregningsadgangen må være kontanthensynet. Kontohaveren skal kunne ha disponible midler stående i banken uten å måtte frykte at disse blir benyttet til å nedbetale gjeld.

Begrensningen gjelder ikke hvis det motregnes med «forfalte krav som springer ut av kontoavtalen», jf. § 29 første ledd første punktum. At motkravet må være forfalt, følger av de alminnelige vilkårene for motregning. Som eksempler på krav som kan springe ut av kontoavtalen, kan nevnes tilbakebetaling ved overtrekk⁸⁹ og renter. Dersom kravene springer ut av samme kontoavtale, må kontanthensynet vike for de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang. Dette er i realiteten en snever motregningsadgang, ettersom krav som springer ut av kontoavtalen sjeldent vil omfatte mer enn overtrekk og renter. Et annet (u)praktisk eksempel er motregning med kostnader påløpt ved oppsporing av kontohavers arvinger etter § 22.

Hvis finansavtaleloven brukte samme beskrivelse av konneksitet som etter gjeldsbrevloven eller foreldelsesloven, ville bankene hatt en videre motregningsadgang. Dersom banken kunne motregne med motkrav som springer ut av samme rettsforhold som hovedkravet, ville de kunne motregnet i innstående på lønnskonto med forfalte krav på renter av et boliglån, såfremt avtalen om å gi boliglån og etableringen av lønnskonto bar preg av å utgjøre ett felles rettsforhold. Lovgiver må ha vurdert en så vid motregningsadgang som lite ønskelig på grunn av kontanthensynet. I tillegg kan tenkes at de ønsket å unngå tvilstilfeller. Hvis reglene om bankers motregningsadgang var svært skjønnsmessig utformet, slik reglene om motregning med konnekse krav kan bære preg av, kunne det blitt en rekke tvister mellom kunder og banker.

I forbrukerforhold er loven preseptorisk, jf. § 2 første ledd, men den er deklarasjonisk dersom kunden ikke er forbruker, jf. § 2 andre ledd. Dette medfører at en motregningsadgang kan følge av avtale, etablert praksis mellom partene eller annen sedvane. Dette kan by på enkelte problemstillinger, men disse blir ikke behandlet nærmere i denne oppgaven.

4.3.6 Forbud mot motregning i arbeidstakers lønnskrav

Spørsmålet om arbeidsgivers motregning kan få betydning for arbeidsgivers adgang til å motregne i arbeidstakers opptjente lønn, og kan få stor praktisk betydning for begge partene.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 41 (1998-99) s. 40

For arbeidsgiver kan det føles urimelig om vedkommende ender opp med å ikke få oppgjør for sitt krav fra arbeidstakeren, samtidig som han er pliktig til å utbetale lønn. Arbeidstaker på sin side kan risikere å ikke få utbetalt lønn.

Arbeidsmiljøloven⁹⁰ § 14-15 andre ledd forbyr trekk i arbeidstakerens opptjente lønn med mindre særskilte vilkår er oppfylt. Etter bokstav a kan arbeidsgiver motregne når det er hjemlet i lov, men dette skal ikke forstås som en henvisning til at motregning aksepteres når de alminnelige vilkår for motregning er oppfylt. Begrunnelsen for regelen er særlig kontanthensynet, arbeidstakeren har behov for en løpende lønnsutbetaling til underhold av seg selv og sine nærmeste. Det gjøres ingen unntak fra dette selv om to krav er konnekse, og bestemmelsen er således et godt eksempel på når kontanthensynet står sterkere enn de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang.

4.3.7 Motregning i forsikringsforhold

Spørsmålet vil påvirke forsikringselskapets adgang til å motregne i forsikringstakers krav på forsikringsutbetalinger, og kan ha stor betydning for forsikringstakerens rettsstilling.

Forsikringsavtaleloven⁹¹ har to bestemmelser om motregning, henholdsvis §§ 8-3 og 18-3.

Bestemmelsene har samme beskrivelse av konneksitet. For motregning ovenfor forsikringstakeren selv, begrenser første ledd i både §§ 8-3 og 18-3 selskapets motregningsadgang til kun å omhandle «forfalt premie fra samme eller andre forsikringsforhold med selskapet». Bestemmelsene gir selskapet en mer snever motregningsadgang enn etter ordinære motregningsregler, noe departementet begrunner «i at det såkalte ‘kontanthensynet’ og hensynet til ‘isolert oppgjør’ tilsier at selskapets motregningsadgang bør begrenses til forfalte premiekrav».⁹² Forsikringstakeren har ofte et særlig behov for erstatningsutbetaling, og dette bør gå foran selskapets adgang til å få oppgjør for krav som ikke knytter seg til skadelidtes forsikringsforhold med selskapet.

Til tross for den restriktive holdningen er reglene en utvidelse av det som følger av arbeidsmiljøloven og finansavtaleloven. Utvidelsen er et resultat av at forsikringsavtaleloven opererer med en videre definisjon av hvilke motkrav som kan brukes til motregning. Loven tillater motregning med forfalt premie også fra andre forsikringsforhold, hvor

⁹⁰ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

⁹¹ Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler

⁹² Ot.prp.nr. 49 (1988-1989) s. 96-97

finansavtaleloven kun tillater motregning med motkrav som springer ut av samme kontoavtale. Utvidelsen begrunnes i at forsikringstagerens ulike forsikringsavtaler hos selskapet, ofte bærer preg av bare ett kundeforhold, slik at en motregningsadgang fremstår som rimelig.⁹³ I et slikt tilfelle vil kundeforholdet mellom partene utgjøre ett enkelt rettsforhold, bestående av flere ulike avtaler, slik at kravene som springer ut av dette rettsforholdet er konnekse.

Motregningsadgangen begrenses ytterligere hvis premien tilfaller tredjeperson. Da kan selskapet kun motregne med premie fra samme forsikringsforhold, jf. andre ledd i både §§ 8-3 og 18-3. Denne motregningsadgangen er lik den som følger av finansavtaleloven. Overfor tredjeperson vil kontanthensynet og hensynet til isolert oppgjør veie enda tyngre, og tredjeperson kan, i motsetning til forsikringstaker selv, sjelden klandres for forsikringstakerens gjeld til selskapet.

Forsikringsavtalelovens regler om motregning har likhetstrekk med andre regler om motregning med konnekse krav, til tross for at de har valgt en egen formulering for å beskrive hvilke motkrav som kan danne grunnlag for motregning. Kontanthensynet og hensynet til isolert oppgjør begrunner utgangspunktet om at selskapet ikke kan motregne, men disse må vike for de rettfærdighetsbetraktninger som begrunner motregning med «forfalt premie fra samme eller andre forsikringsforhold». For selskapet kan det føles urimelig om de må levere en tjeneste de ikke får betalt for.

4.3.8 Debitor for motkravet er under offentlig gjeldsordning

Dette påvirker motregningsadgangen hvor debitor er under offentlig gjeldsordning. Åpning av gjeldsforhandling medfører at skyldnerens kreditorer for en firemånedersperiode er avskåret fra å motregne, jf. gjeldsordningsloven § 3-4 første ledd bokstav b. Det gjøres unntak fra dette dersom «hovedkrav og motkrav springer ut av samme rettsforhold». Ifølge forarbeidene er begrunnelsen at det ved konneksitet er «så stor nærhet mellom hovedkrav og motkrav at det ville være urimelig å kreve at det ene skal betales fullt ut mens det andre kun får dividendedekning i en gjeldsordning».⁹⁴

⁹³ NOU 1987:24, s. 174.

⁹⁴ Ot.Prp.nr. 81 (1991-92) s. 57

Formålet med loven er å legge til rette for at skyldnere med alvorlige gjeldsproblemer skal få kontroll over sin økonomi, jf. § 1-1. Loven søker å ivareta tungtveiende samfunnsøkonomiske hensyn, ved å «gi privatpersoner som har kommet i varige betalingsproblemer en mulighet til å starte på nytt før de knekkes økonomisk og psykisk under en u håndterlig gjeldsbyrde».⁹⁵ Utvidelsen illustrerer imidlertid at selv slike ikke hensyn veier tyngre enn hensynene som begrunner en utvidet motregningsadgang for konnekse krav.

4.3.9 Nektelse av motregning etter analogi fra dekningslovens regler om beslagsfrihet

Spørsmålet kan få betydning for motregning hvor hovedkravet i utgangspunktet er beslagsfritt. Dekningslovens regler om beslagsfrihet finnes stort sett i lovens kapittel 2, og de viktigste bestemmelsene i denne sammenheng er §§ 2-5 og 2-7. Begge bestemmelsene begrenser kreditorenes beslagsrett på grunn av skyldnerens kontantbehov. Argumentet for å anvende reglene analogisk. For spørsmål om motregning, er at den økonomiske stillingen til debitor vil svekkes like mye uavhengig av om han utsettes for motregning eller kreditorbeslag. Bergsåker mener at «selv om det ikke finnes noen avgjørende rettspraksis om spørsmålet, må det antas at reglene om beslagsfrihet for fordringer normalt kan brukes analogisk på tvungen motregning».⁹⁶ Samme oppfatning fremgår av Sæbø.⁹⁷ I det følgende legges det til grunn at motregning kan være avskåret etter analogi fra reglene om beslagsfrihet, og spørsmålet blir om motregningsforbudet også omfatter motregning med konnekse krav.

Bergsåker mener at

«i tråd med vanlige synspunkter på motregning med konnekse krav bør dette motregningsforbudet ikke gjelde dersom det dreier seg om konnekse krav».⁹⁸

Ettersom hovedargumentet for å anvende dekningslovens regler analogisk er å sikre skyldneres og hans nærstående, mener jeg Bergsåkers synspunkt i alle fall burde nyanseres. Selv om det ofte er tungtveiende hensyn som taler for en utvidet motregningsadgang med konnekse krav, kan ikke dette resultere i at den det motregnes overfor, ender opp uten midler

⁹⁵ Ot.Prp.nr. 81 (1991-92) s. 7

⁹⁶ Bergsåker, s. 265

⁹⁷ Sæbø har drøftet spørsmålet omfattende på s. 257-271.

⁹⁸ Bergsåker, s. 265

til å brødfø seg selv og sine nærmeste. Kontanthensynet må i noen tilfeller veie tyngre enn en utvidet motregningsadgang med konnekse krav. En liknende tankegang følger av Øyen, som mener at

«[n]år kravene er konnekse, kan motregningsbegrensningene neppe gjelde fullt ut. Motregning med konnekse krav kan imidlertid ikke godtas ubetinget. Det må nok oppstilles et tilleggskrav om at den annen part til tross for motregningen har tilstrekkelige midler til livets opphold».⁹⁹

Dette fremstår ved første øyekast som en god hovedregel, men reglene om beslagsfrihet i §§ 2-5 og 2-7 skal kun sikre «nødvendig underhold» og «det som med rimelig trengs til underhold». Den reelle forskjellen mellom motregningsadgangen for konnekse og ikke-konnekse krav, blir derfor neppe stor. Det kan se ut til at spørsmålet ikke må løses utelukkende basert på hvorvidt hovedkravet er beslagsfritt etter dekningslovens regler, men at vurderingen i tillegg må utfylles av hvor sterk tilknytning det er mellom de to kravene. Sæbø fremhever at dersom kravene har en nær tilknytning, vil ikke reglene om beslagsfrihet være til hinder for motregning. Som eksempel nevnes tilfeller hvor B har tilbakeholdsrett til sikkerhet for motkravet, eller hvor hovedkravet er betinget av oppfyllelse av motkravet.¹⁰⁰ Dette begrunnes i at for begge disse tilfellene kan ikke A inndrive hovedkravet uten oppfyllelse av motkravet, og at

«[d]et kan da ikke sees noen grunn til at A skal kunne motsette seg motregning pga. regler om beslagsfrihet».¹⁰¹

Synspunktet er jeg enig i, ettersom de to kravene er så nært knyttet til hverandre at det ene ikke kan kreves uten å samtidig oppfylle det andre. Hvis skyldneren i et slikt tilfelle kan påberope seg beslagsfrihet som grunn til å nekte motregning vil det skape stor ubalanse i kontraktsforholdet.

⁹⁹ Øyen i TFR 1998, s. 718

¹⁰⁰ Sæbø, s. 275

¹⁰¹ Sæbø, s. 275

Å besvare spørsmålet generelt er vanskelig for tilfellene utover de som nevnes ovenfor. Det må sannsynligvis vurderes slik som Øyen tar til orde for, og graden av sammenheng blir sentral. Sæbø mener at

«spørsmålet om utvidet motregningsrett ved konneksitet [må] vurderes fra typetilfelle til typetilfelle, bl.a. i lys av begrunnelsen for den aktuelle regel om beslagsfrihet».¹⁰²

Hvorvidt motregning aksepteres med konnekse krav vil bero på en skjønnsmessig vurdering, der de ulike hensynene som gjør seg gjeldende, må veies opp mot hverandre. Avslutningsvis kan det også nevnes et generelt problem med å anvende reglene om beslagsfrihet analogisk, nemlig at den som begjærer motregning vanskelig kan forventes å ha inngående kunnskap om debitors økonomiske stilling.¹⁰³

4.4 Sammenfatning av rettsvirkningene av at det motregnes med konnekse krav

Gjennomgangen har fokusert på hva som er hovedregelen for motregning med ordinære fordringer, og hvordan det påvirkes av at to krav er konnekse. I tillegg har det vært fokusert på hvilke hensyn som begrunner hovedregelen, og veid disse opp mot de hensyn som begrunner en utvidelse for konnekse krav. Dette har vist hvordan det ved motregning med konnekse krav tidvis lempes på andre hensyn som tradisjonelt har vært tillagt stor vekt.

Som eksempel kan nevnes hvordan det lempes på de innrettelseshensyn som begrunner foreldelse av fordringer i møte med de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang for konnekse krav. Hensynet til kreditorfellesskapet i konkurs må vike dersom en kreditor ønsker å bruke et konnekst motkrav til motregning overfor boet. Det lempes til dels på gjeldsbrevlovens ønske om å verne cesjonarens interesser når debitor cessus får beholde sin motregningsadgang hvis kravene er konnekse. Til og med kontanthensynet i bank- og forsikringsforhold må i flere tilfeller vike for konnekse motkrav. Også de tungtveiende sosiale hensyn som begrunner reglene om gjeldsordning må vike for motregning med konnekse krav. Det samme sosiale hensyn settes til side ved at det tidvis gjøres unntak fra reglene om beslagsfrihet hvis kravene er konnekse.

¹⁰² Sæbø, s. 275

¹⁰³ Mer om dette hos Sæbø fra s. 257 flg.

Av gjennomgangen kan det utledes at de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang står sterkt, men det finnes også eksempler hvor de må vike for andre og mer tungtveiende hensyn. Som eksempel kan nevnes hvordan arbeidstakers behov for lønnsutbetaling må gå foran, eller skyldnerens kontantbehov ved motregning med overfor beslagsfrie hovedkrav. Generelt går imidlertid lovgiver og Høyesterett langt i å utvide motregningsadgangen for konnekse krav, som kommer klart frem av forrige avsnitt.

For spørsmål om ekstinksjon av motregningsinnsigelser, ser det ut til å være et overordnet spørsmål om motregneren hadde en beskyttelsesverdig forventning om å kunne motregne. Ønsket om å beskytte en slik forventning vektlegges eksplisitt i gjeldsbrevloven §§ 18 og 26. Begrunnelsen må være at det fremstår som urimelig overfor debitor om hans motregningsadgang skal ekstingveres på grunn av ting som er utenfor hans kontroll, som ved en cesjon. Dette ønsket må ha særlig styrke dersom kravene er konnekse, siden det kan fremstå særlig urimelig om debitor for hovedfordringen skal nektes å gjøre opp med motkrav som springer ut av det samme rettsforholdet som hovedkravet. Hvis begge kravene springer ut av en gjensidig bebyrdende kontrakt, vil det være uheldig om kun den ene parten i kontraktsforholdet skal få det han har krav på etter kontrakten. Når kravene har oppstått sammen, er det rimelig at de også bortfaller samtidig. Særlig foreldelsesloven § 26 bokstav b ser ut til å være begrunnet i at det er rimelig at det foreldete motkravet kan brukes til motregning om ikke dets konnekse motpart også er foreldet. Den samme tankegangen kan også spores i hvordan dekningsloven § 8-2 ikke er til hinder for motregning med konnekse krav, noe som gjelder til og med når motregneren er klar over at han unndrar midler fra konkursboet. En vurdering av hvorvidt motregneren hadde en berettiget forventning om å kunne motregne kan således være et relevant moment for om en utvidet motregningsadgang er på sin plass.

I tillegg er det to øvrige observasjoner som kan trekkes ut av gjennomgangen. Den første er at bestemmelsene som utvider motregningsadgangen for konnekse krav har svært like ordlydsformuleringer for å beskrive konneksitet. I denne sammenheng reiser det seg derfor spørsmål om den samme konneksitetsvurderingen skal anvendes på tvers av rettsområder. Dette er tema for avhandlingens neste kapittel. Den andre observasjonen er at ingen av bestemmelsene behandler hva som nærmere kreves for at krav er konnekse. Vilkårene for vurderingen nevnes ikke, verken i lovtekst eller forarbeider. Forsikringsavtaleloven er

nærmest til å besvare spørsmålet, men velger å oppstille sin egen vurdering for når to krav er så nært knyttet til hverandre at selskapet får en utvidet motregningsadgang. Spørsmålet om hva som kreves for at to krav er konnekse, vil være et gjennomgående tema for mesteparten av avhandlingens resterende deler og starter i kapittel 6.

5 Gjelder den samme konneksitetsvurderingen på tvers av rettsområder?

5.1 Utgangspunktet i rettspraksis og lovtekst

Kapitlet tar utgangspunkt i at forsikringsavtaleloven og finansavtaleloven har en egen beskrivelse av konneksitet, og stiller spørsmål ved om den samme konneksitetsvurderingen skal gjelde på tvers av de øvrige rettsområdene som omhandler motregning med konnekse krav. Hvis dette er tilfelle, får den rettspraksis som omhandler konneksitet prejudikatsvirkning utover rettsområdet saken knytter seg til. Dette vil forenkle rettsutviklingen betydelig. Blant annet på grunn av at Høyesterett raskere får behandlet flere ulike typetilfeller for spørsmål om konneksitet, siden dommens prejudikatsvirkning ikke er begrenset til rettsområdet spørsmålet i saken knytter seg til.

Løsningen er særlig fordelaktig når lovgiver ikke har gitt nærmere retningslinjer for hvilke momenter som er relevante i en konneksitetsvurdering. Disse momentene må utledes av rettspraksis. I så fall kan en rettsanvender anvende HR-2019-1662-A i enhver sak om motregning med konnekse krav, og ikke bare for motregningsspørsmål i relasjon til foreldelsesloven § 26. En slik løsning åpner også for at en betydelig større andel juridisk teori kan være inspirasjonskilde for vurderingen. Selve rettsanvendelsen kan altså bli vesentlig forenklet av kun én generell konneksitetsvurdering.

Noe som kan trekke i retning av at det bare gjelder én vurdering, er at lovgiver har benyttet seg av likartede formuleringer på tvers av de øvrige rettsområdene. Hvis dette var et bevisst valg, taler det for at lovgiver ønsker den samme vurderingen for disse rettsområdene. Også systembetragtninger trekker i denne retning.¹⁰⁴ Hvordan Høyesterett forholder seg til rettskildene i forsøket på å definere vurderingens nærmere innhold, er av stor interesse. Hvis Høyesterett anvender rettskilder som knytter seg til et annet rettsområde enn spørsmålet i saken, trekker det i retning av at det ikke sondres mellom rettsområder for spørsmålet om når to krav er konnekse. Dersom verken Høyesterett eller lovgiver opererer med noe skarpt skille mellom rettsområdene, må det konkluderes med at den samme vurderingen skal legges til grunn på tvers av de ulike rettsområdene. Jeg redegjør først for ordlyden i de bestemmelsene som beskriver konneksitet, før det sees til praksis fra Høyesterett.

¹⁰⁴ Nærmere om systembetragtninger som sådan under punkt 3.4

5.2 Skilles det mellom rettsområdene i praksis?

Lovgiver har i gjeldsbrevloven, foreldelsesloven og dekningsloven benyttet likeartede formuleringer for å beskrive når to krav er så nært knyttet hverandre at de utvider motregningsadgangen. Foreldelsesloven § 26 bokstav b og dekningsloven § 8-4 utvider motregningsadgangen for krav «som springer ut av samme rettsforhold» mens gjeldsbrevloven § 18 andre ledd gjør det samme for krav som «reiser seg fra same rettshøvet». Ordlydsforskjellene kan ikke være et resultat av annet enn ulike skriftmål.

At lovgiver har valgt samme ordlyd for å beskrive konneksitet må være et tungtveiende argument for at det gjelder en felles vurdering. Også systembetragtninger må trekke i samme retning. Ordlyden alene er imidlertid ikke nødvendigvis tilstrekkelig for å konkludere entydig på spørsmålet. Det finnes eksempler ellers i lovgivningen hvor samme kriterium skal forstås ulikt etter hvilken kontekst det er brukt i, som eksempel hvordan «næringsdrivende» skal forstås, se de ulike betydningene i henholdsvis forbrukerkjøpsloven¹⁰⁵ og panteloven¹⁰⁶. Det må bemerkes at hvis det er lovgivers intensjon at liknende kriterier skal forstås ulikt ut fra konteksten, bør det fremgå klart. Utgangspunktet vil alltid være en normal språklig forståelse av ordlyden, og lovgiver har ikke uttrykt noe om forståelsen av begrepet i forarbeidene til dekningsloven, foreldelsesloven eller gjeldsbrevloven.

Et interessant spørsmål i denne sammenheng er om lovgiver særskilt begrunnet valget om en annen løsning i forsikringsavtaleloven. Det vil i så fall tyde på at lovgiver mener en felles konneksitetsvurdering er utgangspunktet, og at unntak må særskilt begrunnes. For spørsmål om en utvidet motregningsadgang i forsikringsforhold benyttet lovgiver vurderingskriteriet «samme eller andre forsikringsforhold med selskapet» for å beskrive konneksitet, se forsikringsavtaleloven §§ 8-3 og 18-3. Dette skiller seg klart fra beskrivelsen av konneksitet ellers i loven.¹⁰⁷ Begrunnelsen for løsningen fremgår av NOU 1987:24. Først ble det fastslått at bestemmelsen var ment å være et generelt motregningsforbud.¹⁰⁸ Deretter ble det reist spørsmål om forbudet også skulle gjelde for konnekse krav, hvor utvalget konkluderte med at

¹⁰⁵ Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp § 1

¹⁰⁶ Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant § 4-10

¹⁰⁷ For en nærmere beskrivelse av hvilke konneksitetsvurderinger som gjelder ellers i loven se kapittel 4.

¹⁰⁸ NOU 1987, s. 174

«det alminnelige prinsipp om utvidet motregningsrett ved konneksitet ikke gjør seg gjeldende».¹⁰⁹

Det alminnelig konneksitetsbegrep får altså ikke anvendelse. Til tross for motregningsforbudet, beholdt utvalget en viss motregningsadgang, men kun for forfalte premiekraav fra samme eller andre forsikringsforhold. Interessant er at begrensningen ikke ble fremstilt som en innskrenking av motregningsadgangen, men som en utvidelse, siden det åpnet for motregning med «krav og motkrav [som] i prinsippet har sine grunnlag i forskjellige rettsforhold».¹¹⁰ Hvorvidt dette er en reell utvidelse eller ikke, er ikke av interesse i denne sammenheng. Mer interessant er hvorfor utvalget valgte å gå bort fra «det alminnelige prinsipp om utvidet motregningsrett».¹¹¹ Dette fordi at det kunne være

«vanskelig å trekke en klar grense for motregningsretten dersom annet enn premierestånser skal omfattes. Uttrykket «springer ut av samme rettsforhold», som vanligvis brukes som beskrivelse av konneksitet, har ikke et entydig innhold».¹¹²

Det ble konkludert med at

«[f]or å unngå grensespørsmål mht. motregningsforbudets rekkevidde, er utvalget altså kommet til at bare premierestånser bør unntas».¹¹³

Det ble i forsikringsavtaleloven foretatt et bevist valg om å regulere spørsmålet om en utvidet motregningsadgang annerledes enn ellers i loven. Mye av begrunnelsen må være at det i forsikringsforhold ofte er tale om nødvendige midler for den begunstigede. Da bør vedkommende ha så gode muligheter som mulig til å forutberegne sin rettsstilling. Som gjennomgangen i kapittel 4 illustrerte, veier kontanthensynet tungt. Det er lite ønskelig om en forsikringstaker ikke får en utbetaling fordi selskapet motregner med noe de påstår er et konnekst motkrav. Da tvinges han i så fall til å gå til sak mot selskapet, og risikerer både sakskostnader og, i beste fall, en svært forsinket forsikringsutbetaling. Dette illustrerer også et generelt problem ved konneksitetsvurderingen: At den er svært skjønnsmessig.

¹⁰⁹ NOU 1987, s. 174

¹¹⁰ NOU 1987, s. 174

¹¹¹ NOU 1987, s. 174

¹¹² NOU 1987, s. 175

¹¹³ NOU 1987, s. 175

En øvrig observasjon er at forarbeidene til forsikringsavtaleloven er fra 1987, det vil si før både Rt. 1992 s. 504, HR-2019-1662-A og HR-2021-1106-A ble avsagt. Dommene må sies å ha forent konneksitetsvurderingen i større grad enn tidligere, men vurderingen vil fortsatt være betydelig mer skjønnsmessig enn den som fremgår av forsikringsavtaleloven. Når lovgiver gikk langt i å begrunne valget av en andre vurderingskriterier i forsikringsavtaleloven, må det trekke klart i retning av at konneksitetsvurderingen skal være den samme for lovbestemmelsene hvor problemstillingen ikke er nevnt.

I det følgende skal det undersøkes hvordan Høyesterett forholder seg til spørsmålet. Det tas utgangspunkt i HR-2019-1662-A, som omhandlet spørsmål om det nærmere innholdet av ordlyden «springer ut av samme rettsforhold» i foreldelsesloven § 26 bokstav b.

Høyesterett mente at ordlyden i foreldelsesloven § 26 var en henvisning til «det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep». ¹¹⁴ At begrepet er teoretisk utviklet, kan trekke i retning av at det får anvendelse på generelt grunnlag. Hvis ikke burde det i så fall vært omtalt som «foreldelseslovens konneksitetsbegrep», eller liknende. I forsøket på å definere begrepets nærmere innhold ble det påpekt at

«det foreligger ikke rettspraksis knyttet til den nåværende foreldelsesloven § 26 ... som kan kaste lys over tolkingen, men rettspraksis om det alminnelige konneksitetsbegrepet kan gi noe veiledning». ¹¹⁵

Høyesterett viste i den sammenheng til Rt. 1992 s. 504, som gjaldt motregning overfor factoringpanthaver og tolkningen av «same rettshøvet» i gjeldsbrevloven §§ 26 og 18 andre ledd. ¹¹⁶ Selv om dommen knyttet seg til et helt annet rettsområde fikk den direkte anvendelse i tolkningen av «springer ut av samme rettsforhold» i foreldelsesloven. ¹¹⁷

¹¹⁴ HR-2019-1662-A, avsnittene 48 og 49

¹¹⁵ HR-2019-1662-A, avsnitt 50

¹¹⁶ HR-2019-1662-A, avsnitt 50

¹¹⁷ Se HR-2019-1662-A avsnitt 50 hvor førstvoterende utleder utgangspunktet for en konneksitetsvurdering fra dommen.

Som støtte for resultatet ble det sett til juridisk teori «om konnekse krav generelt».¹¹⁸ I den sammenheng viste Høyesterett til Skoghøys uttalelser fra hans avhandling om factoringpant, og til Brækhus uttalelser om innholdet i gjeldsbrevlovens konneksitetsbegrepet.¹¹⁹ I en dom som omhandlet spørsmål om motregning med et foreldet motkrav viste altså Høyesterett til en sak som omhandlet motregning etter gjeldsbrevloven, samt til uttalelser fra juridisk teori tilknyttet factoringpant og innholdet i gjeldsbrevlovens regler.

Høyesterett uttalte seg imidlertid ikke direkte om den samme vurderingen skulle gjelde på tvers av rettsområdene, men den konkrete rettsanvendelsen må trekke klart i den retning. Rettskildene nevnt ovenfor ble omtalt som tilknyttet «det alminnelige konneksitetsbegrep», og «om konnekse krav generelt». Til tross for dette fikk rettskildene direkte anvendelse for Høyesteretts tolkning av «springer ut av samme rettsforhold» i foreldelsesloven § 26 bokstav b. Dette må trekke klart i retning av at Høyesterett heller ikke opererer med noe skarpt skille mellom rettsområdene.

Drøftelsene ovenfor må være tilstrekkelig for å konkludere med at verken Høyesterett eller lovgiver operer med noe skarpt skille mellom de ulike rettsområdene for spørsmålet om når to krav er konnekse. Som et resultat av lovgivers likeartede formuleringer og Høyesteretts rettsanvendelse, må utgangspunktet være at konneksitetsvurderingen skal være den samme på tvers av de ulike rettsområdene. Unntaket fra dette er dersom noe annet er uttrykkelig fastsatt, slik som i forsikringsavtaleloven.

5.3 Er det problematisk å ha den samme vurderingen på tvers av de ulike rettsområdene?

Når en regel er ment å være et generelt utgangspunkt på tvers av ulike rettsområder, kan det gå på bekostning av rettsregelens evne til å tilpasse seg de ulike typetilfellene som kan oppstå. Dersom konneksitetsvurderingen blir for generell, kan miste sin dynamiske karakter. Forskjellige rettsområder har ulike hensyn som må søkes ivaretatt, og en *for* generell hovedregel kan gjøre det utfordrende å vektlegge disse ulike hensynene i tilstrekkelig stor

¹¹⁸ HR-2019-1662-A, avsnitt 51

¹¹⁹ Se HR-2019-1662-A avsnitt 49 hvor Høyesterett henviser til «Brækhus fremstilling ... ved drøftelsen av gjeldsbrevlovens bestemmelser om motregning med konnekse krav» og avsnitt 51 hvor de viser til Skoghøy for den nærmere forståelse av «uttrykket «springer ut av samme rettsforhold»».

grad. Dette avhjelpest imidlertid ved at hovedregelen om konneksitet kun beskriver utgangspunktet for vurderingen, nemlig at krav etter samme kontrakt er konnekse, mens krav etter forskjellige kontrakter ikke er det.¹²⁰ Hovedregelen gir ikke nærmere retningslinjer for hvilke momenter som kan være avgjørende.

Når det kommer til avveiningen av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, fremstilles det av Brækhus på følgende vis:

«Når grensene for den relevante konneksitet skal trekkes opp, må man ... se hen til formålet med de regler begrepene inngår i».¹²¹

Det avgjørende vil altså være formålet til de reglene konneksitetsvurderingen tar utgangspunkt i. Hovedregelen legger således ikke føringer for hvilke momenter som er relevante i en konneksitetsvurdering. Avgjørende for resultatet kan derfor bli hvilket rettsområde tvisten befinner seg på. Et eksempel på skillet er hvordan ønsket om å beskytte den antatt svakere part, står sterkt på forsikringsavtalelovens område, mens partene i næringsentrepriser oftere selv er ansvarlige for å ivareta egne interesser. To saksforhold som i utgangspunktet hadde klare likhetstrekk, kan få svært ulike resultater avhengig av hvilket rettsområde konneksitetsvurderingen befinner seg på.

Også systembetraktninger trekker i retning av en slik løsning. Når vurderingen er den samme på tvers av de ulike rettsområdene, forenkles rettsanvendelsen ved at det bare er én generell vurdering å forholde seg til, men også rettsutviklingen blir forenklet, ved at Høyesterett raskere kan utvikle vurderingen. Siden det som oftest er tale om formuerettslige problemstillinger, vil flere av problemstillingene dele de samme overordnede prinsippene. I tillegg er det ofte slik at de ulike rettsområdene tar sikte på å ivareta de samme hensynene. Momenter som er relevante på pantelovens område, vil kunne ha betydning også ved spørsmål om pengekrav etter gjeldsbrevloven. For eksempel ønsket om å legge til rette for kredittskapende virksomhet og trygg og effektiv omsetning. Dette er et overordnet hensyn på pantelovens område, men kommer også indirekte til uttrykk gjennom kreditors vide adgang for ekstinksjon av debitorinnsigelser etter gjeldsbrevloven. Disse hensynene vil få betydelig

¹²⁰ HR-2019-1662-A, avsnitt 49

¹²¹ Brækhus, s. 58

vekt i en konneksitetsvurdering på begge rettsområdene. Skillet mellom rettsområdene kan illustreres med følgende eksempel:

I praksis kan det tenkes en situasjon hvor en lakseoppdretter og en produsent har et forretningsforhold ved kjøp og salg av laks. De har inngått til sammen tre kontrakter, og produsenten har utstedt ett omsetningsgjeldsbrev for hver av kontraktene. Oppdretteren har senere avhendet alle gjeldsbrevene til en bank. Det viser seg at laksen i det andre partiet veide mindre enn avtalt, noe som medfører at produsenten får krav på prisavslag mot oppdretteren. Banken krever betaling for det første gjeldsbrevet, men produsenten erklærer delvis oppgjør ved motregning med hans krav mot oppdretteren. Kravet på prisavslag er mellom produsenten og oppdretteren, og de alminnelige vilkår for motregning er ikke oppfylt. Hvis kravet på prisavslag springer ut av samme rettsforhold som det første gjeldsbrevet, er motregningsretten i behold. Det kreves ikke gjensidighet for motregning med konnekse krav.

Spørsmålet om ekstinksjon av debitorinnsigelser for omsetningsgjeldsbrev er regulert i gjeldsbrevloven § 18 andre ledd. I tilfellet over er motregningsretten i behold hvis kravene er konnekse. I den konkrete vurderingen må det legges vekt på «formålet med de regler begrepene inngår i». ¹²² I dette tilfellet betyr det at formålet og hensynene bak gjeldsbrevlovens regler om omsetningsgjeldsbrev får stor betydning. ¹²³ Da vil hensynet til forutberegnelighet i omsetnings- og kredittlivet veie tungt, som kan medføre at det blir en høyere terskel for når to krav er så nært knyttet hverandre at motregningsadgangen utvides,

Hvis vi tenker oss at det ble utstedt enkle pengekrav som betaling, ville spørsmålet vært regulert av gjeldsbrevloven § 26. Der veier ikke hensynet til forutberegnelighet i omsetnings- og kredittlivet like tungt, og utgangspunktet er banken kan ikke erverve en bedre rett enn det oppdretteren hadde, jf. gjeldsbrevloven § 25. Skyldnerens posisjon skal vernes i mye større grad, og hensynet til debitor ende opp med å veie tyngre enn hensynet til banken. Terskelen for når krav har en så nær sammenheng at det fremstår som urimelig å avskjære motregningsadgangen kan derfor bli lavere. Dette har søkt å illustrere hvordan selve vurderingen er av en dynamisk karakter. Den vil slå ulikt ut basert på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende på det konkrete rettsområdet.

¹²² Brækhus, s. 58

¹²³ Se punkt 4.4.2 for nærmere begrunnelse av gjeldsbrevlovens regler om ekstinksjon av debitorinnsigelser ved omsetningsgjeldsbrev

Til nå har det vært fokusert på rettsvirkningene av motregning med konnekse krav, og at konneksitetsvurderingen skal være den samme på tvers av rettsområder. Temaet for de neste kapitlene vil være hva som egentlig skal til for at to krav er konnekse.

6 Når er to krav konnekse?

6.1 Innledning

Rettsvirkningene av motregning med konnekse krav følger av kapittel 4. Det er imidlertid bare forsikringsavtaleloven som oppstiller klare retningslinjer for når to krav er så nært tilknyttet hverandre at motregningsadgangen utvides, og denne vurderingen gjelder ikke generelt. Felles for de øvrige bestemmelsene er at de ikke redegjør nærmere for når to krav er konnekse. Dette kapitlet tar sikte på å redegjøre for utgangspunktet om konneksitet.

6.2 Ordlyden som utgangspunkt for en konneksitetsvurdering

Ved motregning med hjemmel i lov, vil utgangspunktet for vurderingen alltid være ordlyden til bestemmelsen som utvider motregningsadgangen. Som nevnt benytter bestemmelsene som utvider motregningsadgangen likeartede ordlydsformuleringer for å beskrive konneksitet. I denne drøftelsen tas det utgangspunkt i ordlyden «springer ut av samme rettsforhold», sml. foreldelsesloven § 26 bokstav b, dekningsloven § 8-4 og på nynorsk i gjeldsbrevloven § 18 andre ledd.

Det kan være utfordrende å utlede et nærmere meningsinnhold av ordlyden alene. En normal språklig forståelse av «springer ut av» kan tyde på at kravene må stamme fra, eller kunne tilbakeføres til, det samme «rettsforholdet». Ordlyden «rettsforhold» favner vidt, og vil omfatte de aller fleste rettsstiftende handlinger mellom to juridiske subjekter. Det mest praktiske eksempelet på et rettsforhold er en gjensidig bebyrdende avtale. Dersom begrepene sees i sammenheng, er det avgjørende om fordringene kan tilbakeføres til samme rettsstiftende omstendighet. Dette sammenfaller med begrunnelsen for en utvidet motregningsadgang for konnekse krav, ettersom det er i disse tilfellene kravene vil ha en så nær tilknytning at det kan fremstå som urimelig å nekte motregning. Når kravene har oppstått sammen, er det også rimelig at de bortfaller sammen.

Noen nærmere veiledning for hva som kreves for at to krav er konnekse, fremgår ikke verken av lovteksten eller forarbeidene til bestemmelsene. Et annet spørsmål som ikke kan besvares entydig basert på en tolkning ordlyden, er om krav etter ulike kontrakter kan være konnekse. På den ene side kan «rettsforhold» tolkes som en henvisning til helheten av flere ulike

avtaleforhold mellom to parter. De samme partene kan for eksempel inngå to avtaler samtidig, den ene om kjøp av et dusjkabinett og den andre om montering. I et slikt tilfelle kan det tenkes at kontraktene utgjør ett enkelt rettsforhold mellom partene. På den andre siden brukes begrepet i en sammenheng hvor det kan være naturlig å vurdere hver kontrakt isolert. Når konnekse krav beskrives som «krav som springer ut av samme rettsforhold», er det nærliggende å tolke «rettsforhold» slik at hver kontrakt er uttrykk for et enkelt rettsforhold. Ordlyden besvarer ikke spørsmålet, og begge tolkningene kan etter min mening forsvares.

For en nærmere forståelse av hva som kreves for at to krav er konnekse, må det sees til Høyesterett og deres forståelse av ordlyden «springer ut av samme rettsforhold».

6.3 Høyesteretts forståelse av begrepet «springer ut av samme rettsforhold»

Læren om når to krav er konnekse, er ulovfestet, og vil i stor grad fremgå av høyesterettspraksis og til dels juridisk teori. Høyesterett sammenfattet i HR-2019-1662-A store deler av rettstilstanden på området. Saksforholdet var at Statens pensjonskasse (A) ønsket å motregne med et foreldet krav overfor B. B hadde mottatt både uførepensjon og alderspensjon, og hadde fått utbetalt for mye uførepensjon. Staten hadde da krav på tilbakebetaling av det som var betalt for mye, men tilbakebetalingskravet var foreldet. Spørsmålet var om staten, til tross for at motkravet var foreldet, kunne motregne i Bs senere alderspensjonsutbetalinger. I denne sammenheng var Bs senere alderspensjonsutbetalinger hovedkrav, og statens krav på for mye utbetalt uførepensjon motkrav. Foreldelsesloven § 26 bokstav b hjemlet en slik motregningsadgang, men bare hvis kravene «springer ut av samme rettsforhold».

Om ordlyden bemerket Høyesterett at

«isolert sett gir ikke lovens ordlyd særlig veiledning, utover at ordene «springer ut av» tilsier at kravene må kunne føres tilbake til et felles grunnlag». ¹²⁴

¹²⁴ HR-2019-1662-A, avsnitt 47

For å definere ordlydens nærmere innhold valgte Høyesterett å se til motivene til den tidligere foreldelsesloven av 1896.¹²⁵ Der nevntes problemstillingen, og ordlyden var ment til å reflektere et «teoretisk utviklet konneksitetsbegrep».¹²⁶ Førstvoterende mente da at den samme løsningen må legges til grunn for den nåværende foreldelseslov. Etter min mening finnes det enkelte betenkeligheter tilknyttet dette, av flere årsaker.

Det første er at Høyesterett la en uttalelse fra 1894 ukritisk til grunn, uten at løsningen er omtalt i forarbeidene til nåværende foreldelseslov. At problemstillingen ikke nevnes kan tale for at lovgiver ønsket å videreføre den tidligere rettstilstanden, men etter min oppfatning bør dette uttrykkelig begrunnes. Særlig når rettstilstanden fremgikk av et forarbeid skrevet så langt tilbake som 1894.

Det andre poenget knytter seg til Høyesteretts rolle som rettsutviklende. At Høyesterett ikke drøftet problemstillingen nærmere, må være fordi det ikke var tvilsomt at ordlyden «springer ut av samme rettsforhold» reflekterte et teoretisk utviklet konneksitetsbegrep; det var bare spørsmål om den rettskildemessige forankringen. Hvis denne oppfatningen er riktig, så hadde det vært bedre om Høyesterett sa dette uttrykkelig, i stedet for å gå veien om et forarbeid fra 1894. Kritikken kan selvfølgelig også rettes mot lovgiver, som ikke hadde behøvd å gjøre mye mer enn å legge til en setning i forarbeidene til nåværende foreldelseslov som uttrykker dette klart.

Poenget er uansett egnet til å belyse et problem tilknyttet dommens prejudikatsverdi. Når Høyesterett begrunnet løsningen i forarbeidene til den tidligere foreldelsesloven, og ikke ut fra mer generelle betraktninger om konneksitet, blir dommen prejudikat for at ordlyden «springer ut av samme rettsforhold» i foreldelsesloven § 26 bokstav b henviser til det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep. Dommen blir ikke direkte prejudikat for at det samme gjelder for de øvrige rettsområdene som omhandler motregning med konnekse krav. En slik løsning vil forenkle fremtidig rettsanvendelse, mens nåværende løsning bare forenkler rettsanvendelsen for foreldelseslovens område spesifikt. Jeg mener derfor at Høyesterett burde vært mer eksplisitt i sin rettsskapende virksomhet. Slik som i Rt. 1992 s. 504 hvor det ble det uttalt at

¹²⁵ Udkast om Lov til Forældelse af Fordringer med Motiver og Bilag, 1894, side 35

¹²⁶ HR-2019-1662-A, avsnitt 48

«[s]elv om det ikke fremgår direkte av gjeldsbrevloven § 26, må det ut fra etablert rettsoppfatning legges til grunn at det gjelder særregler for motregning ved såkalte konnekse krav».¹²⁷

Denne løsningen er rettsavklarende, og Rt. 1992 s. 504 er nå prejudikat for at det gjelder særregler for motregning med konnekse krav. Etter min mening burde spørsmålet vært løst på liknende vis i HR-2019-1662-A. Det ville vært bedre å forankre anvendelsen av det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep ut fra etablert rettsoppfatning, enn i et forarbeid fra 1894.

Uavhengig av kritikken la Høyesterett til grunn at ordlyden «springer ut av samme rettsforhold» må forstås som en henvisning til det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep. Dette må også gjelde på tvers av rettsområdene, men denne slutningen må trekkes basert på at Høyesterett ikke sondrer mellom ulike rettsområder for spørsmål om konneksitet, og ikke basert på uttalelsene om begrepets forankring.

6.4 Nærmere om «det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep

Når det ifølge Høyesterett gjelder et såkalt teoretisk utviklet konneksitetsbegrep i norsk rett, oppstår spørsmålet om begrepets nærmere innhold.

Innholdet har Høyesterett beskrevet slik:

«Det teoretisk utviklede konneksitetsbegrepet synes i korthet å gå ut på at fordringer etter samme kontrakt som hovedregel er konnekse, mens fordringer etter forskjellige kontrakter ikke er konnekse.»¹²⁸

Hvis ordlyden «springer ut av samme rettsforhold» er en henvisning til begrepet, blir dette hovedregelen for når to krav er konnekse.

I Høyesteretts nærmere redegjørelse for begrepet oppstår det en viss forvirring.

Førstvoterende fant ikke rettspraksis om konneksitetsbegrepet i nåværende foreldelseslov §

¹²⁷ Rt. 1992 s. 504, s. 507

¹²⁸ HR-2019-1662-A, avsnitt 49

26, men hentet veiledning fra rettspraksis «om det alminnelige konneksitetsbegrepet». ¹²⁹ Om dette begrepet er det samme som «det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep», fremgår ikke klart. Etter min mening burde Høyesterett også her vært klarere på hvordan de ulike rettskildene bidro til løsningen av spørsmålet. Først viste de til «det teoretisk utviklede konneksitetsbegrepet», mens de i neste avsnitt viste til «rettspraksis om det alminnelige konneksitetsbegrepet». ¹³⁰ Dette kan skape forvirring både om hvilket begrep som anvendes, men også om begrepene har ulikt meningsinnhold.

Løsningen kan imidlertid til en viss grad sies å fremgå av sammenhengen i dommen. Rettsanvendelsen må tilsi at Høyesterett mener at «det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep» er hovedregelen for når to krav er konnekse, og at rettspraksis om «det alminnelige konneksitetsbegrepet» kan brukes som tolkningsmoment for å definere det nærmere meningsinnholdet i førstnevnte begrep. Dette medfører på sin side et interessant poeng, nemlig at «det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep» og «det alminnelige konneksitetsbegrep» langt på vei er det samme. Høyesterett opererer ikke med noe skarpt skille mellom begrepene, og det gjøres heller ikke i teorien. ¹³¹ Forvirringen ser altså ikke ut til å være resultat av annet enn uheldige ordvalg fra Høyesteretts side.

Det faktum at begrepet er teoretisk utviklet, resulterer i at juridisk teori står i en særstilling ved tolkningen av begrepet. ¹³² Høyesteretts utgangspunkt om at krav etter samme kontrakt er konnekse, mens krav etter forskjellige kontrakter ikke er det, ser ut til å være i tråd med oppfatningen i teorien. Brækhus legger følgende hovedregel om konneksitet til grunn:

«Derimot bør det som hovedregel ikke statueres konneksitet mellom fordringer og motfordringer etter forskjellige kontrakter mellom de samme parter.» ¹³³

Dette er i tråd med det Høyesterett legger til grunn som hovedregelen om konneksitet. Sæbø mener at utgangspunktet må

¹²⁹ HR-2019-1662-A, avsnitt 50

¹³⁰ HR-2019-1662-A, avsnittene 49 og 50

¹³¹ Her kan nevnes Sæbøs omtale av motregning med konnekse krav i *Motregning* kapittel 9 flg., Brækhus omtale av konneksitet i *fra kredittrenten og andre rettsområder* fra side 58 samt Andreassens (Skoghøys) i *Factoringpant* fra side 367.

¹³² Underbygges av hvordan Høyesterett i HR-2019-1662-A så til både Skoghøy (avsnitt 51) og Brækhus (avsnitt 49) når begrepets nærmere innhold skulle defineres.

¹³³ Brækhus, s. 58

«være at krav som grunnes på en og samme kontrakt, er konnekse, mens krav som grunnes på forskjellige kontrakter, ikke er konnekse».¹³⁴

Utgangspunktet for spørsmål om konneksitet må altså være at krav etter samme kontrakt konnekse, mens krav etter forskjellige kontrakter ikke er det. Dette legges til grunn som «hovedregelen om konneksitet». Kapitlet har redegjort for hvordan ordlyden «springer ut av samme rettsforhold» må forstås som en henvisning til det teoretisk utviklede konneksitetsbegrep, og redegjort kort for begrepets innhold.

Det er imidlertid viktig å understreke at dette bare gjelder som *utgangspunkt*. Høyesterett omtalte i HR-2019-1662-A begrepet «i korthet», og «som hovedregel».¹³⁵ Også Sæbø legger til grunn at det ikke gjelder ubetinget.¹³⁶ Temaet for neste kapittel vil være når det gjøres unntak fra denne hovedregelen.

¹³⁴ Sæbø, s. 204

¹³⁵ HR-2019-1662-A, avsnitt 49

¹³⁶ Sæbø, s. 204

7 Nærmere om unntak fra hovedregelen om konneksitet

7.1 Kan krav etter forskjellige kontrakter være konnekse?

Ovenfor er det redegjort for hovedregelen om konneksitet, og at den ikke gjelder ubetinget. Høyesterett åpnet i Rt. 1992 s. 504 for at krav etter forskjellige kontrakter *kan* være konnekse. I saken vurderte Høyesterett konneksitet, til tross for at kravene knyttet seg til forskjellige avtaler, inngått på ulike tidspunkt og som omhandlet to ulike leveranser til to separate byggeprosjekter. Det forelå heller ikke noe løpende forretningsforhold mellom partene.¹³⁷ Høyesterett uttalte følgende om konneksitet for krav etter forskjellige avtaler:

«Når det foreligger flere avtaler, mener jeg det må påvises et tilknytningsforhold mellom dem som gjør det rimelig å si at kravene er oppstått i samme rettsforhold.»¹³⁸

Krav etter forskjellige kontrakter kan være konnekse, såfremt kravenes reelle tilknytning er så nær at det fremstår som urimelig å nekte motregning. At tilknytningen er avgjørende følger også av HR-2019-1662-A, hvor vurderingstemaet for om krav etter forskjellige kontrakter er konnekse er «tilknytningen mellom kravene».¹³⁹ Løsningen er fulgt opp i HR-2021-1106-A.¹⁴⁰ Av uttalelsene kan det utledes et helt sentralt poeng: Når vurderingstemaet er kravenes tilknytning, kan denne tilknytningen være både mer og mindre sterk. Det kan naturligvis tenkes tilfeller hvor sammenhengen er så nær at kravene stort sett alltid er konnekse, slik som krav etter samme kontrakt. Men det kan også tenkes tilfeller hvor det er mer tvilsomt om sammenhengen er sterk *nok*. I så fall befinner tilknytningen seg i nedre sjikt for når to krav er konnekse, og rettsforholdet mellom partene må vurderes konkret.

Ved konneksitet er det altså ikke et spørsmål om enten eller, men en flytende overgang mellom konnekse og ikke-konnekse krav.¹⁴¹ Dette må sees i sammenheng med begrunnelsen for en utvidet motregningsadgang; motregningsadgangen skal utvides for tilfellene hvor *sammenhengen* mellom kravene er så nær at det vil fremstå som urimelig å nekte motregning. Krav som springer ut av forskjellige kontrakter kan utvilsomt ha en slik sammenheng. Et

¹³⁷ Rt. 1992 s. 504, s. 507

¹³⁸ Rt. 1992 s. 504, s. 507

¹³⁹ HR-2019-1662-A, avsnitt 53

¹⁴⁰ HR-2021-1106-A, avsnitt 34

¹⁴¹ Bergsåker, s. 246

eksempel hvor krav etter forskjellige kontrakter har en så nær tilknytning at de stort sett alltid er konnekse, er hvor kontraktene oppdeling bare er formell. Dette er tema for neste punkt.

7.2 En formell oppdeling av kontraktene er ikke avgjørende

Det følger uttrykkelig av HR-2019-1662-A at «en formell oppdeling av kontraktene ikke [er] avgjørende» for om kravene er konnekse.¹⁴² Dette begrunnes i at den reelle tilknytningen er det avgjørende, og to krav kan springe ut av samme rettsforhold selv om de stammer fra formelt oppdelte kontrakter. Saksforholdet i Rt. 1915 s. 840 er illustrerende. Faktum var at befrakter B fraktet et parti kalk og kalkstein fra Antwerpen til Sarpsborg. Forsendelsen tilhørte bortfrakter A, og skulle leveres til kjøper C. Under transporten ble lasten skadet og mistet ca. 35 prosent av sin verdi. Ettersom frakten kun var delvis forhåndsbetalt, overtok kjøper C ansvaret for betaling av restfrakten ved overlevering. Dette skyldtes den daværende reguleringen i sjøloven¹⁴³ av 1893 § 117 andre ledd.

I realiteten hadde altså bortfrakter A krav på restfrakt fra kjøperen C, og befrakteren B et erstatningskrav på bortfrakteren A. Spørsmålet var om kjøperen C, med befrakteren Bs samtykke, kunne gjøre opp for restfrakten overfor bortfrakteren A ved motregning med befrakteren Bs erstatningskrav. Kravene sprang således ut av to separate kontrakter, henholdsvis erstatningskravet i avtaleforholdet mellom befrakter og kjøper, og kravet på restfrakt i avtaleforholdet mellom kjøper og bortfrakter. Kravet om gjensidighet var ikke oppfylt.

Motregning ble akseptert siden «den motfordring som gjøres gjældende med samtykke av fordringshaveren, har sin oprindelse fra det samme forhold, som begrunder hovedfordringen».¹⁴⁴ Kravene hadde en nær tilknytning, ettersom både erstatningskravet og vederlagskravet hadde sitt utspring i samme faktiske forhold, nemlig frakten (kravenes felles rettsforhold). At den daværende reguleringen i sjøloven medførte at kravene hadde sine utspring i forskjellige kontrakter, var uten betydning når den reelle tilknytningen var så nær.

¹⁴² HR-2019-1662-A, avsnitt 50

¹⁴³ Lov 20. juli 1893 nr. 1 om Sjøfarten

¹⁴⁴ Rt. 1915 s. 840, s. 841

Avgjørende var at kravene sprang ut av det samme rettsforholdet. Om konneksitetsvurderingen uttaler Øyen at

«sammenhengen mellom erstatningskravet og vederlagskravet var i utgangspunktet meget sterk. ... At fordringene formelt sett hadde sitt opphav i ulike kontrakter og at tredjemann var debitor for fraktkravet skyldtes kun den spesielle lovreguleringen ved sjøtransport. Etter disse reglene er mottaker ansvarlig for fraktkravet. Dette burde være irrelevant. Avgjørelsen kan derfor neppe anses som et grensetilfelle for hvor nær sammenheng som kreves [for at to krav er konnekse]». ¹⁴⁵

En oppdeling av kontraktene har altså ingen direkte betydning for vurderingen av kravenes tilknytning. Dette er således et godt eksempel på et klart unntak fra hovedregelen. Særlig for tilfeller med likhetstrekk til sakstilfellet over, hvor oppdelingen kun beror på enten tilfeldigheter eller spesiell lovregulering, må løsningen være klar. Samme oppfatning følger av HR-2021-1106-A, hvor Høyesterett drøftet spørsmålet om konneksitet i relasjon til foreldelsesloven § 26 bokstav b.

Saksforholdet var at flere hytteeiere hadde kjøpt hytte hos Favoritthytten, som hadde betalt innfestningsavgift videre til grunneierne. For konneksitetsspørsmålet forutsatte Høyesterett at det var tale om ulovlig innbetalt innfestningsavgift, og spørsmålet var om kravet på tilbakebetaling av ulovlig innbetalt innfestningsavgift «sprang ut av samme rettsforhold som krav på festeavgift og eventuell innløsningssum». ¹⁴⁶

Selv om kontraktene var inngått mellom tre ulike parter, var det ifølge Høyesterett ikke til hinder for at krav etter kontraktene var konnekse når

«Favoritthytten har vært et unødvendig mellomledd. Legges [at innfestningsavgiftene er ulovlige] til grunn, vil det utvilsomt foreligge «en slik tilknytning mellom kravene at de må anses å springe ut av samme rettsforhold»». ¹⁴⁷

¹⁴⁵ Øyen i Tfr 1998, s. 727, oppfatningen støttes av Sæbø på s. 203

¹⁴⁶ HR-2021-1106-A, avsnitt 33

¹⁴⁷ HR-2021-1106-A, avsnitt 37

Når Favoritthytten beskrives som et «unødvendig mellomledd», kan det se ut til at Høyesterett mente at oppdelingen av kontraktene bar preg av å være mer formell enn reell. Særlig når førstvoterende valgte å ikke drøfte spørsmålet mer inngående.

Det avgjørende vil alltid være kravenes reelle tilknytning, og at kontraktene i utgangspunktet er inngått mellom forskjellige parter har minimal betydning for vurderingen av kravenes tilknytning. Dette illustreres klart av begge dommene ovenfor. Når den reelle tilknytningen mellom kravene er avgjørende, kan det også bli spørsmål om krav etter samme kontrakt *alltid* er konnekse.

7.3 Er krav etter samme kontrakt alltid konnekse?

Som det er illustrert ovenfor, gjelder ikke hovedregelen om konneksitet reservasjonsløst. Hvis det avgjørende for om to krav er konnekse er kravenes tilknytning, kan det bli spørsmål om krav etter samme kontrakt alltid har en tilstrekkelig nær tilknytning. Ettersom en kontrakt normalt anses som ett rettsforhold,¹⁴⁸ vil det i så fall være et klart unntak fra ordlyden «springer ut av samme rettsforhold». Dette kan trekke i retning av at det i så fall må være tale om unntakstilfeller. Problemstillingen er derfor ikke veldig praktisk.

Sæbø omtaler det som et spørsmål om

«en kontrakt anses å regulere mer enn ett rettsforhold i relasjon til spørsmålet om konneksitet ved motregning».¹⁴⁹

Dette mener han selv «trolig sjelden [vil] forekomme».¹⁵⁰ Øyen sier om spørsmålet at

«der fordringene bygger på samme kontrakt, må konneksitetsspørsmålet som hovedregel være oppfylt. Skal en kontrakt deles opp i flere ulike rettsforhold, må det særlige forhold til. Generelt sett må den forretningsmessige sammenhengen være

¹⁴⁸ Andreassen, s. 367

¹⁴⁹ Sæbø, s. 204

¹⁵⁰ Sæbø, s. 204

relativt svak for at en skal skille mellom to eller flere forpliktelser under samme kontrakt». ¹⁵¹

Øyen besvarer langt på vei spørsmålet, og det kan tenkes tilfeller hvor krav etter samme kontrakter kan deles opp, men dette må være et snevert unntakstilfelle. Han viser så til at det hadde vært retts teknisk gunstig om alle krav etter samme kontrakt er konnekse, men

«[v]ektige mothensyn gjør seg imidlertid gjeldende. Dersom alle fordringer som formelt sett inngår i samme kontrakt er konnekse, ville rene tilfeldigheter kunne føre til at konneksitetskravet var oppfylt. Dette ville ikke være i samsvar med de hensyn en utvidet motregningsrett bygger på. Reelle hensyn taler derfor mot at kontrakten i seg selv kan bli avgjørende. På bakgrunn av Rt. 1992 s. 504 og reelle hensyn må derfor konklusjonen bli at det ikke er ubetinget avgjørende at fordringene bygger på samme kontrakt». ¹⁵²

Samme syn følger av Brækhus:

«At en fordring har en viss tilknytning til et kontraktsmessig mellomværende, betyr ikke nødvendigvis at den må sies å «utspringe av» («reise seg frå») dette kontraktsforhold.» ¹⁵³

Særlig Øyens poeng om at en slik løsning ikke er i samsvar med de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang, er etter min mening godt. Utvidelsen bygger på både retts tekniske hensyn og konkret rimelighet, men i dette tilfellet står de to hensynene opp mot hverandre. Øyen må oppfattes slik at han lar sistnevnte veie tyngst. Dette fordi at det ikke vil være urimelig å nekte motregning for krav uten en nær tilknytning, selv om en slik løsning vil være retts teknisk gunstig.

Problemstillingen er lite praktisk, men det kan tenkes eksempler hvor en kontrakt regulerer mer enn et rettsforhold. Som eksempel hvis A og B går sammen i en butikk for å kjøpe seg hver sin bukse. B har glemt kortet sitt hjemme, og A tilbyr seg å legge ut. A betaler begge

¹⁵¹ Øyen i TfR 1998, s. 724

¹⁵² Øyen i TfR 1998, s. 724

¹⁵³ Brækhus, s. 59

buksene samtidig, og det foreligger én kontrakt mellom han og butikken. I realiteten er det imidlertid ingen forretningsmessig sammenheng mellom de to buksekjøpene, slik at det vanskelig kan argumenteres for at kravene har en så nær sammenheng at de er konnekse.

Kapitlet har belyst hvordan det avgjørende for om to krav er konnekse er deres faktiske tilknytning. Dette kommer frem både av hvordan en formell oppdeling av to kontrakter er uten betydning for spørsmålet, men også hvordan krav etter samme kontrakt ikke er konnekse dersom de har en (veldig) svak forretningsmessig sammenheng. Dette kapitlet har hatt fokus på tilfellene hvor kravene åpenbart er konnekse, til tross for oppdelingen. Neste kapittel knytter seg til tilfellene hvor kravene springer ut av forskjellige kontrakter som også faktisk er oppdelt.

8 Den konkrete vurderingen av om kravene springer ut av samme rettsforhold

8.1 Innledning

Av kapitlet ovenfor følger at det at krav etter forskjellige kontrakter kan være konnekse, såfremt kravenes reelle tilknytning er nær. Deretter ble det vist til et eksempel hvor denne tilknytningen stort sett alltid er svært nær, nemlig hvor kontraktene bare er formelt oppdelt. Dette kapitlet vil også omhandle spørsmålet om konneksitet for krav etter forskjellige kontrakter, men med sikte på de tilfellene hvor løsningen ikke er åpenbar. Spørsmålet blir da om tilknytningen er nær nok. Da må det foretas en mer inngående vurdering av kravenes tilknytning, der det avgjørende er om det er rimelig å si at kravene springer ut av samme rettsforhold.

8.2 Det overordnede vurderingskriteriet «springer ut av samme rettsforhold»

Utgangspunktet for om krav etter forskjellige kontrakter er konnekse, følger av Rt. 1992 s. 504. Spørsmålet er om kravene krav har «et tilknytningsforhold mellom dem som gjør det rimelig å si at krav etter avtalene er oppstått i samme rettsforhold.»¹⁵⁴ Dette følger også av HR-2019-1662-A og HR-2021-1106-A. Hvis det springende punkt er om kravenes tilknytning er så nær at de må anses oppstått i samme rettsforhold, reiser det umiddelbart et spørsmål om hva som er det nærmere innholdet i begrepet «rettsforhold».

Som nevnt tidligere er begrepet utfordrende å gi et klart definert meningsinnhold. Skoghøy omtaler «springer ut av samme rettsforhold» på følgende vis:

«I vilkåret om at kravene må utspringe av samme rettsforhold ... ligger at det må være en viss sammenheng mellom kravene. Et krav er i seg selv et rettsforhold. Men når man sier at flere krav utspringer av samme rettsforhold, siktes det til tilfeller hvor kravene inngår som ledd i et mer omfattende kompleks av rettigheter og forpliktelser, som kan tilbakeføres til et felles grunnlag.»¹⁵⁵

¹⁵⁴ Rt. 1992 s. 504, s. 507

¹⁵⁵ Andreassen, s. 367

Forståelsen fikk tilslutning av Høyesterett i HR-2019-1662-A.¹⁵⁶ Uttalelsen inneholder flere interessante poenger. For det første er Skoghøy klar på at «det må være en viss sammenheng mellom kravene». Det andre er at vilkåret «utspringer av samme rettsforhold» ikke nødvendigvis skal forstås på lik linje med ordlyden «rettsforhold». Det førstnevnte må ifølge Skoghøy forstås som en helhetsvurdering av de rettigheter og plikter som eksisterer mellom to parter. Det relevante er helheten av partenes avtaleforhold. Samme oppfatning følger av Brækhus som mener at hvis «avtalene forretningsmessig danner en enhet ... må man kunne si at de utgjør ett rettsforhold».¹⁵⁷

For å vurdere kravenes tilknytning, blir spørsmålet om de kan sies å stamme fra det samme «rettsforholdet». Spørsmålet blir ifølge Skoghøy om kravene inngår i et mer omfattende kompleks av rettigheter og plikter, som kan tilbakeføres til et felles grunnlag. Dette kan illustreres med et eksempel:

En skipper og en verkstedeier kontraherer om reparasjon av skipperens båt. Den første kontrakten i rettsforholdet mellom dem er en avtale om at verkstedet skal utføre reparasjoner på skipet. Det viser seg etter avtaleinngåelsen at skipet har to øvrige skader som også må repareres. Partene inngår tre separate avtaler om reparasjon. Dette er i utgangspunktet til hinder for at krav etter avtalene er konnekse. Men dersom avtalene er inngått omtrent samtidig, og prismessig bærer preg av å være inngått som del av et større rettsforhold mellom partene, kan det trekke i retning av at de utgjør en forretningsmessig enhet. Avtalene stammer fra den opprinnelige avtalen om reparasjon (avtalenes «felles grunnlag»), og kravene kan således sies å springe ut av et «omfattende kompleks av rettigheter og forpliktelser».

Når Høyesterett i Rt. 1992 s. 504 oppstilte vilkåret om at krav etter forskjellige kontrakter er konnekse dersom de springer ut av samme rettsforhold, må de ha ment «rettsforhold» som en henvisning til dette omfattende kompleks av rettigheter og plikter som eksisterer mellom to parter. For å konkludere med om to krav springer ut av samme rettsforhold, må først rettsforholdet mellom partene klarlegges. I den sammenheng har Høyesterett i HR-2019-1662-A oppstilt noen relevante momenter.

¹⁵⁶ HR-2019-1662-A, avsnitt 51

¹⁵⁷ Brækhus, s. 58

8.3 Relevante momenter i vurderingen av kravenes tilknytning

I HR-2019-1662-A vurderte Høyesterett spørsmålet om konneksitet for krav etter forskjellige kontrakter, og uttalte i at «tilknytningen mellom kravene står sentralt når det skal vurderes om disse ‘springer ut av samme rettsforhold’». ¹⁵⁸ Forståelsen er videreført i HR-2021-1106-A. For tilfellene hvor det er usikkert om kravenes tilknytning er nær *nok*, må det foretas en mer inngående vurdering av denne tilknytningen. Slike krav er helt på grensen mellom konnekse og ikke-konnekse. I HR-2019-1662-A fremhevet Høyesterett følgende momenter i en slik vurdering:

«I andre forhold vil stiftelsesgrunnlag, formål, rettigheter og plikter, samt forholdet ellers mellom partene, kunne tilsi at det foreligger en slik tilknytning mellom kravene at de må anses å springe ut av samme rettsforhold.» ¹⁵⁹

Momentene er ment for å «kunne tilsi at det foreligger en slik tilknytning mellom kravene at de må anses å springe ut av samme rettsforhold», og skal fungere som hjelpemidler for å kaste lys over kravenes reelle tilknytning. ¹⁶⁰ Det er på ingen måte forstås tale om en uttømmende regulering av hvilke momenter som er relevante i vurderingen. Det avgjørende vil alltid være en helhetsvurdering av kravenes tilknytning, og to krav kan være konnekse selv om flere av momentene taler mot konneksitet. Til syvende og sist er det avgjørende hvorvidt tilknytningen er så nær at det er «rimelig å si at krav etter avtalene er oppstått i samme rettsforhold». ¹⁶¹

Ved anvendelsen av momentene er det viktig å være oppmerksom på at HR-2019-1662-A omhandler krav etter lovbundne ytelser. Enkelte av momentene egner seg best til å vurdere sammenhengen mellom krav etter lovbundne ytelser, ettersom det er slike krav dommen omhandler. Momentene får imidlertid anvendelse også for krav etter kontrakt, noe som fremheves i HR-2021-1106-A. Kravene i hadde grunnlag i avtale, men Høyesterett la til grunn at det i HR-2019-1662-A ble «gjort rede for hva som ligger i vilkåret om at hovedkrav

¹⁵⁸ HR-2019-1662-A, avsnitt 53

¹⁵⁹ HR-2019-1662-A, avsnitt 53

¹⁶⁰ HR-2019-1662-A, avsnitt 53

¹⁶¹ Rt. 1992 s. 504, s. 507

og motkrav må springe ut av samme rettsforhold». ¹⁶² Uansett vil momentene som følger av dommen, i større eller mindre grad, fortsatt ha betydning for enhver konneksitetsvurdering ved at de er velegnet til å utpensele et klarere bilde av rettsforholdet mellom partene.

8.3.1 Kravenes stiftelsesgrunnlag

Ved vurderingen av kravenes stiftelsesgrunnlag går det et skille mellom krav med grunnlag i kontrakt og krav på lovbundne ytelser. Krav etter samme kontrakt er stort sett alltid konnekse. For krav etter forskjellige kontrakter må stiftelsesgrunnlag som relevant moment i vurderingen forstås som en henvisning til tidsforløpet mellom de forskjellige avtalene. Hvis kontraktene ikke er inngått med kort tidsmessig mellomrom, kan det vanskelig argumenteres for at de utgjør det samme rettsforholdet.

8.3.1.1 Avtalenes tidsmessige mellomrom

Tiden mellom avtaleinngåelsene er et av de viktigste momentene for å vurdere om krav etter forskjellige kontrakter er konnekse. Høyesterett åpnet i Rt. 1992 s. 504 for at «krav knyttet til avtaler inngått på forskjellige tidspunkter» kan være konnekse. ¹⁶³ Denne adgangen må imidlertid være snever. Brækhus mener samtidig inngåelse er et absolutt vilkår for konneksitet, og krever at avtalene må danne «en forretningsmessig enighet og [være] inngått samtidig». ¹⁶⁴ Skoghøy er ikke like restriktiv i sin tilnærming, og krever at «avtalene er inngått ... omtrent samtidig». ¹⁶⁵

Sæbø har lagt en mer nyansert oppfatning til grunn:

«Når kontraktene ikke inngås samtidig, må det anses å ha formodningen mot seg at kontraktene henger sammen på en måte som gjør at det bør betraktes som ett rettsforhold. Det *kan* imidlertid være grunnlag for å statuere konneksitet for kontrakter som inngås på forskjellige tidspunkt, jf. Rt. 1992 s. 504. Det kan f.eks. forekomme at partene ved kontrakt nr. 1 forplikter seg til senere å inngå kontrakt nr. 2 når visse

¹⁶² HR-2021-1106-A, avsnitt 34

¹⁶³ Rt. 1992 s. 504, s. 507

¹⁶⁴ Brækhus, s. 58

¹⁶⁵ Andreassen, s. 367-368

nærmere vilkår er oppfylt, og at B kan erklære seg ubundet av kontrakt nr. 1 dersom kontrakt nr. 2 ikke inngås.»¹⁶⁶

Etter min mening er Brækhus' fremstilling litt for unyansert, særlig når Høyesterett åpner for at krav etter kontrakter som ikke er inngått samtidig kan være konnekse. Denne adgangen kan imidlertid ikke være vid, og som Sæbø påpeker må det ha formodningen mot seg at kontrakter som ikke er inngått samtidig anses å utgjøre ett rettsforhold. Dette er etter min oppfatning fordi at når kontraktene ikke er inngått omtrent samtidig, har de sannsynligvis ikke virket inn på hverandres innhold, og utgjør derfor ikke et felles rettsforhold. Sæbøs eksempel er et av få praktiske tilfeller der kontrakter som ikke er inngått samtidig kan sies å utgjøre ett rettsforhold, nettopp siden kontrakt nr. 1 allerede har definert innholdet i kontrakt nr. 2. I dette tilfellet har kontraktene en så nær sammenheng at de må sies å være konnekse.

Vurderingen må imidlertid være skjønnsmessig, hvor det er relevant hvor lang tid det faktisk er tale om, og kravenes reelle tilknytning. Et praktisk viktig unntak fra kravet om at kontraktene helst må inngås samtidig, er krav som stammer fra løpende kontraktsforhold. Dette behandles nedenfor.

For spørsmålet om konneksitet der kravene har grunnlag i lov har ikke tidsaspektet like stor betydning. Dette bærer i alle fall rettsanvendelsen i HR-2019-1662-A preg av. I saken var det spørsmål om lovbundne ytelser, og rettsanvendelsen i dommen bærer preg av å delvis fremheve vilkårene etter bestemmelsene for å ha krav på ytelsene, men også sammenhengen mellom de ulike bestemmelsene.¹⁶⁷ For slike ytelser blir altså vurderingen av kravenes stiftelsesgrunnlag, og formålet delvis sammenfallende.

8.3.1.2 Krav som springer ut av løpende kontraktsforhold

At det gjøres unntak for krav som springer ut av løpende kontraktsforhold, begrunnes i at «rettsforholdet» mellom partene ikke anses som avsluttet etter hver kontrakt. Ved normale kontrakter anses hver kontrakt som avsluttet etter avtaleinngåelsen. Ved løpende kontraktsforhold har partene flere kontrakter, men disse anses ikke nødvendigvis som avsluttet etter hver enkelt handel, siden de er del av et større rettsforhold. På denne måten er

¹⁶⁶ Sæbø, s. 205

¹⁶⁷ HR-2019-1662-A, avsnitt 55

det rimelig å anta at kontraktene kan ha en påvirkning på hverandre selv om det er inngått med et tidsmessig mellomrom. Dette kan også begrunnes i retts tekniske hensyn, ettersom det kan bli svært komplisert å måtte vurdere hvilke kontrakter som utgjør et rettsforhold, og hvilke kontrakter som utgjør et annet rettsforhold dersom partene har mange avtaler mellom seg. At dette er gjeldende rett, forutsettes i både HR-2019-1662-A og Rt. 1992 s. 504.¹⁶⁸

Vurderingen må foretas konkret, men det kreves i alle fall mer enn at partene fra tid til annen kontraherer med hverandre. I Rt. 1903 s. 717 konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå et løpende kontraktsforhold, når de faktiske forhold var slik at skyldneren

«[t]id efter anden fik Varer hos [kreditor], og at betaling herfor skulde ydes for hver Gang, han fik Varene. Fordringerne udsprang saaledes ikke af et og det samme Retsforhold».¹⁶⁹

Det må kunne kreves at partene har et etablert forretningsforhold mellom seg. Basert på uttalelsen fra dommen ovenfor kan det også se ut til å være et moment hvorvidt partene yter hverandre kreditt for de ulike kontraktene.

8.3.2 Formål

Med formålet som relevant moment for å vurdere om avtalene springer ut av samme rettsforhold, må det forstås som en henvisning til hvilket behov kravet (eller kontrakten kravet springer ut av) søker å dekke. Etter min oppfatning går det et skille mellom krav som bygger på kontrakt og lovbundne ytelser ved hvordan formålet med ytelsen kan klarlegges. For krav etter lovbundne ytelser, kan formålet ofte defineres ved å se til hvilke hensyn bestemmelsen som gir rett til ytelsen, søker å ivareta. Som i HR-2019-1662-A, hvor det vektlegges at

«både alders- og uførepensjon er ment å sikre medlemmet ved inntektsbortfall, enten ved bortfall av inntektsevne på grunn av sykdom eller ved at medlemmet når pensjonsalder».¹⁷⁰

¹⁶⁸ For HR-2019-1662-A følger det av avsnitt 53, og av Rt. 1992 s. 504, på s. 507

¹⁶⁹ Rt. 1903 s. 717, s. 718-719

¹⁷⁰ HR-2019-1662-A, avsnitt 55

Formålet var dermed sammenfallende, noe som talte sterkt i retning for at kravene var konnekse.

Formålet fremkommer imidlertid ikke alltid like klart for krav med grunnlag i avtale. I noen kontraktsforhold kan det være enkelt å definere de ulike kontraktens formål. For eksempel hvis A går til et verksted for å reparere bilen sin. A og verkstedet inngår to avtaler, en om kjøp av bildelene, og en om selve verkstedjobben. Det er to separate kontrakter, men formålet er sammenfallende. Når formålet til begge kontraktene er å reparere bilen, deler de formål og stammer fra samme rettsstiftende omstendighet. Da vil det være unaturlig å behandle den ene kontrakten uten den andre, og formålet trekker i retning av at kontraktene utgjør ett rettsforhold.

Det kan imidlertid være betydelig mer utfordrende å definere formål i andre kontrakter. Hvis for eksempel en supermarkedkjede kjøper 100 kg appelsiner, er formålet sannsynligvis å selge disse gjennom ordinær butikkdrift. Det kan imidlertid også tenkes at hensikten er å øke de ansattes trivsel ved å gi gratis jobbfrukt. Å definere formålet kan være utfordrende, ettersom det bare er partene selv som vet sikkert hvilket behov en bestemt kontrakt skulle dekke. I den sammenheng kan det oppstå spørsmål om det er partenes subjektive oppfatning som skal legges til grunn, eller en mer objektiv forståelse. Hvilken vekt partenes subjektive oppfatning har for en konneksitetsvurdering, behandles under punkt 8.3.4.

Formålet kan også komme til uttrykk gjennom de rettigheter og plikter som følger av avtalene, slik at de to kan sees i sammenheng. Rettigheter og plikter etter avtalene er tema for neste punkt.

8.3.3 De rettigheter og plikter som følger av avtalene

I vurderingen av om to krav springer ut av samme rettsforhold, må det sees til de «rettigheter og plikter» som følger av avtalene.¹⁷¹ Høyesterett viste i HR-2019-1662-A til Skoghøys forståelse av «samme rettsforhold», og «rettigheter og plikter» må anses som uttrykk for samme vurderingskriterium som følger av Skoghøy.¹⁷² Han mener at med «springer ut av samme rettsforhold», menes «tilfeller hvor kravene inngår som ledd i et mer omfattende

¹⁷¹ HR-2019-1662-A, avsnitt 53

¹⁷² Høyesterett henviste i HR-2019-1662-A til Skoghøys forståelse i avsnitt 51

kompleks av rettigheter og forpliktelser som kan tilbakeføres til et felles grunnlag».¹⁷³

Brækhus legger følgende vurderingskriterium til grunn:

«Hvis avtalene forretningsmessig danner en enhet ... må man kunne si at de utgjør et rettsforhold.»¹⁷⁴

I denne sammenheng er Brækhus «forretningsmessige enhet» det samme som Skoghøys «felles grunnlag». Dette brukes som overordnede vurderingskriterier for å beskrive hva som utgjør ett rettsforhold. I forsøket på å definere hva som utgjør et slikt rettsforhold, må det «omfattende kompleks av rettigheter og forpliktelser» som eksisterer mellom partene kartlegges. I den sammenheng er særlig de rettigheter og plikter som følger av avtalene relevant.

Det ser ut til å være enighet om at de rettigheter og plikter som følger av avtalene er et sentralt moment i vurderingen av om kontraktene utgjør ett rettsforhold.¹⁷⁵ De rettigheter og plikter som følger av avtalene, gir ofte klare holdepunkter på om kravene er inngått som del av en forretningsmessig enhet, eller om de er inngått hver for seg. Som eksempel på at rettigheter og plikter stort sett alltid medfører at krav etter avtalene er konnekse, er hvor kravene gjensidig forutsetter hverandre.¹⁷⁶ Eller hvor den ene kontrakten er avhengig av at den andre oppfylles.¹⁷⁷

Et relevant moment i vurderingen av rettighetene og pliktene etter avtalene, kan være om avtalene bærer preg av å gjensidig utfylle hverandre. I så fall bærer de preg av å være inngått i fellesskap, og utgjør sannsynligvis ett rettsforhold. Da er krav som springer ut av dette rettsforholdet, konnekse. Jeg mener at rettsanvenderen kan prøve å tenke «bort» den ene av de to avtalene, og så spørre seg om den andre avtalen sannsynligvis ville fått samme innhold. Hvis det for eksempel er tale om to ulike kjøp hvor det ene kjøpet ble inngått som del av en «pakkepris» etter det første, ville ikke avtalene fått samme innhold om de ble inngått hver for

¹⁷³ Andreassen, s. 367

¹⁷⁴ Brækhus, s. 58

¹⁷⁵ Sæbø ser ut til å være enig med Skoghøy og Brækhus på side 205: «Etter mitt syn gir disse kriteriene dekkende uttrykk for det som i alle fall normalt sett bør være avgjørende.»

¹⁷⁶ Sæbø, s. 202

¹⁷⁷ Sæbø, s. 202

seg. I så fall taler rettighetene og pliktene etter avtalene for at kontraktene utgjør ett rettsforhold.

Vurderingen vil alltid være konkret, og det er enklest å vise til praktiske eksempler. I Rt. 1915 s. 106 var saksforholdet at en skipsfører tegnet aksjer hos et skipsbyggeri under forutsetning om å bli skipper for skipsbyggeriets skip. Det forelå to kontrakter mellom partene: En avtale om aksjetegningen, og en ansettelsesavtale. Høyesterett vurderte imidlertid kravene etter kontraktene som konnekse, siden

«der er en saadan sammenhæng mellem hans forpligtelser for aktietegningen og hans krav paa hyre som fører, at fordring og motfordring maa kunne siges at utspringe av samme rettsforhold».¹⁷⁸

Høyesterett la altså vekt på hva skipsføreren hadde krav på etter den første kontrakten, og vurderte hvordan dette påvirket innholdet i kontrakt nr. 2. Når kontrakt nr. 1 sannsynligvis ikke ville vært inngått med et slikt innhold alene, taler de rettigheter og plikter som følger av kontraktene for at de er del av et felles rettsforhold. Da hadde kontrakt nr. 1 en så sterk tilknytning til kontrakt nr. 2, at de sammen utgjorde ett rettsforhold. Dette kan også illustreres ved et annet eksempel:

Jens går til et rørleggerfirma for å kjøpe seg en ny steamdusj. Han oppdager imidlertid at modellen han var ute etter er priset langt over markedspris og snur nærmest i døra, men en ansatt rekker å tilby han halv pris på et nytt toalett inkludert montering om han også kjøper dusjen. Dette synes Jens er for fristende til å si nei til, og han godtar tilbudet. Jens hadde litt lite penger, og hadde bare kontanter nok til å betale for dusjen. Toalettet ble derfor betalt på kreditt i en separat ordre. Partene har to ulike kontrakter mellom seg, men kravene etter kontraktene er utvilsomt konnekse. Dette skyldes at kontraktene utgjør ett felles rettsforhold. Jens ville aldri kjøpt dusjen for langt over markedspris uten å samtidig få toalett med montering for under markedspris. Samtidig ville heller ikke rørleggerfirmaet solgt toalettet for langt under markedspris uten at Jens samtidig kjøpte dusjen. Hvis avtalen om dusjen tenkes bort, ville ikke avtalen om toalettet fått det samme innholdet. Da er det de rettigheter og

¹⁷⁸ Fra underrettens votum på s. 109, som Høyesterett slutter seg til

plikter som følger av avtalene, som tilsier at de utgjør en *forretningsmessig enhet*, og krav etter kontraktene er konnekse.

8.3.4 Er partenes subjektive oppfatning relevant for vurderingen?

De momentene som er fremhevet ovenfor, er ment for å belyse om avtaleforholdet mellom partene utgjør en «forretningsmessig enhet» eller «samme rettsforhold». I den sammenheng kan det bli spørsmål om partenes subjektive oppfatning av rettsforholdet har betydning. Sæbø fremhever at de konkrete vurderingene av om flere kontrakter utgjør ett rettsforhold kan være problematiske.¹⁷⁹ Han viser til følgende eksempel:

«A og B inngår to kontrakter, en kontrakt om kjøp av datautstyr og programvare og en kontrakt om service- og vedlikeholdstjenester. Kan disse kontraktene regnes som en «forretningsmessig enhet»? B hevder f.eks. at han ikke ville kjøpt datautstyr og programvare uten at det ble inngått service- og vedlikeholdskontrakt. Objektivt sett kan det bli lagt til grunn at kunden vil ha behov for løpende service- og vedlikeholdstjenester når han anskaffer slikt utstyr og programvare. For så vidt kan det synes nærliggende å anse kontraktene som en «forretningsmessig enhet». Men hadde B kjøpt datautstyret hos A, programvaren hos C og inngått service og vedlikeholdsavtalen med D, ville vel ingen hevdet at samtlige kontrakter skulle anses som uttrykk for ett rettsforhold. Er det grunn til at vurderingen skal bli en annen fordi B kontraherer samtlige ytelser fra A?». ¹⁸⁰

Selv mener han at kravene er konnekse såfremt oppfatningen har vært synbar for medkontrahenten, men at det «er mer usikkert hvordan en skal løse de tilfellene hvor oppfatningen ikke har vært synbar». ¹⁸¹ Er det relevant for vurderingen om partene selv var av den oppfatning at kontraktene utgjorde en «forretningsmessig enhet»? Spørsmålet blir om partenes subjektive oppfatning skal legges til grunn, eller om mer objektive vurderinger av avtaleforholdet skal være avgjørende. Dette kan ha stor betydning for en vurdering av formålet, ettersom en avtale kan se ut til å ha et meningsinnhold etter en objektiv vurdering, mens partenes subjektive oppfatning av formålet kan være noe helt annet. Hvis oppfatningen var synbar for medkontrahenten, må svaret være at subjektive forhold får betydning, men for

¹⁷⁹ Sæbø, s. 206

¹⁸⁰ Sæbø, s. 206

¹⁸¹ Sæbø, s. 206 i fotnote 677

de tilfellene der oppfatningen ikke er synbar for medkontrahenten må det tas utgangspunkt i en mer objektiv forståelse.

Personlig mener jeg at Sæbøs eksempel ovenfor ikke er særlig egnet for å illustrere problemstillingen. For det første har kravene naturligvis ikke en tilstrekkelig nær tilknytning hvis de er inngått med tre forskjellige parter uten noen naturlig sammenheng. Men hvis B kommer til A ens ærend for å kjøpe disse tre tjenestene, er B naturligvis av den oppfatning at dette utgjør et felles rettsforhold mellom partene. Da er det uten betydning om dette er «synbart» for A eller ikke, og om avtalen er inngått under en eller to kontrakter. Sånn sett kan eksemplet ovenfor heller sees på som et tilfelle hvor oppdelingen er mer av formell art, enn reell.

Viktigheten av Bs subjektive oppfatning ville stilt seg annerledes hvis det var tale om tjenester uten noen naturlig tilknytning, slik som programvare og en dongeribukse. Da kunne det ha oppstått et spørsmål om vektleggingen av at B anså dette som ett felles rettsforhold. I et slikt tilfelle ville det imidlertid hatt formodningen mot seg at kravene skulle være konnekse, og den innbyrdes tilknytningen måtte i så fall ha vært sterk. Personlig mener jeg at partenes subjektive oppfatning *kan* være av betydning for vurderingen, men hovedregelen er at det er de objektive forhold som skal vektlegges.

8.4 Det avgjørende er en konkret helhetsvurdering av kravenes tilknytning

Temaet til nå har vært ulike momenter som kan være relevante i vurderingen av om to krav springer ut av samme rettsforhold. Momentene er likevel bare ment som deler i en større helhetsvurdering av kravenes tilknytning. Det overordnede spørsmålet følger av Rt. 1992 s. 504, og er om det er rimelig å si at krav etter avtalene springer ut av samme rettsforhold. Skoghøy beskriver det som et spørsmål om det er

«en slik nær sammenheng mellom kravene at det er rimelig at den som er debitor for det ene kravet, slipper å betale dersom han ikke på sin side får oppgjør for motkravet».¹⁸²

¹⁸² Andreassen, s. 364

Det avgjørende er altså om det er rimelig å si at kravene springer ut av det samme rettsforholdet. Brækhus stiller følgende spørsmål for å illustrere når to krav er konnekse:

«Er sammenhengen mellom fordringene så nær at det ville virke urimelig om den ene part kunne kreve sitt uten samtidig å yte det den annen part har krav på?». ¹⁸³

Høyesterett ser ut til å legge samme formuleringen til grunn når de i i HR-2019-1662-A konkluderte med at to krav var konnekse siden

«sammenhengen mellom de to kravene er så nær at det kan fremstå som lite rimelig dersom A kan kreve løpende utbetaling av alderspensjon, uten samtidig å betale tilbake beløpene som er feilutbetalt». ¹⁸⁴

Denne konkrete vurderingen av kravenes tilknytning, der det overordnede momentet er om det er rimelig å si at kravene springer ut av det samme rettsforholdet, kaller Sæbø for vurderingens «skjønnelement». ¹⁸⁵ Det er viktig å fremheve at rimelighetsvurderingen skal knyttes opp mot momenter som er relevante for kravenes tilknytning, og ikke opp mot partenes subjektive forhold. Det er altså irrelevant hvorvidt et resultat fremstår som rimelig eller urimelig overfor de involverte parter. Dette følger av Rt. 1992 s. 504, hvor det avgjørende er om *tilknytningsforholdet* mellom kontraktene er så nært at det er rimelig i så at krav etter avtalene springer ut av samme rettsforhold. ¹⁸⁶ Dette følger også av Sæbø, som har uttalt følgende om vurderingens skjønnelement:

«Det er viktig å understreke at det er *sammenhengen mellom kravene*, ikke personlige, individuelle forhold hos A og B i og for seg, som er avgjørende for om kravene er konnekse. For eksempel kan Bs synbare forutsetninger om at partene også skal inngå kontrakt nr. 2 dersom de inngår kontrakt nr. 1, medføre at sammenhengen mellom kravene etter kontrakt nr. 1 og 2 er tilstrekkelig nær til at en vil anse for kravene for å være konnekse. Det må derimot være uten betydning for konneksitetsvurderingen om

¹⁸³ Brækhus, s. 58

¹⁸⁴ HR-2019-1662-A, avsnitt 57

¹⁸⁵ Sæbø, s. 209

¹⁸⁶ Rt. 1992 s. 504, s. 507

B har mer eller mindre behov for styrket motregningsrett, eller om motregning ville ha mer eller mindre uheldige virkninger for A.»¹⁸⁷

Om det overfor de involverte parter fremstår som rimelig å anerkjenne en utvidet motregningsadgang i det konkrete tilfellet, har ingen betydning om det er rimelig å si at kravene er oppstått i samme rettsforhold. Det skilles mellom momenter som har betydning for kravenes tilknytning, og subjektive forhold hos partene. Som eksempel på det førstnevnte kan nevnes de momentene som er behandlet inngående ovenfor, og som fremgår av HR-2019-1662-A. Skillet kan imidlertid bli uklart, særlig ved personlig oppfatninger som i utgangspunktet er subjektive, slik som i eksemplet hvor B inngår en avtale under forutsetning om å senere inngå en ny. Denne blir relevant for vurderingen dersom den er meddelt medkontrahtenten. Utgangspunktet må være at partenes subjektive oppfatning av kravenes tilknytning er uten betydning, med mindre oppfatningen var synbar for medkontrahtenten ved avtaleinngåelsen av rettsforholdets første kontrakt. Dette kan bli svært utfordrende å vurdere i praksis, og det kan til syvende og sist bli et spørsmål om bevisførsel.

Ettersom den samme konneksitetsvurderingen skal gjelde på tvers av rettsområdene, har jeg ikke sondret mellom ulike rettsområder for selve konneksitetsvurderingen. Som nevnt under kapittel 5 kan imidlertid hensyn gjøre seg gjeldende med ulik styrke avhengig av hvilket rettsområde konneksitetsspørsmålet knytter seg til. I den sammenheng er det særlig et rettsområde som skiller seg fra de jeg har behandlet tidligere, og dette er konkursretten hvor hensynet til kreditorfellesskapet står i en særstilling.

8.5 Særlig om det kreves en sterkere tilknytning mellom kravene når debitor for motfordringen er konkurs

Hovedreglene om motregning med konnekse krav i konkurs er behandlet under punkt 4.3.4. Spørsmålet for dette punktet er om det må oppstilles noen ytterligere momenter for en konneksitetsvurdering i konkurs. Det forutsettes at det også her er tale om tilfeller hvor spørsmålet er om tilknytningen mellom kravene er nær *nok*, altså i nedre sjikt for når to krav kan være konnekse. Som nevnt har Brækhus fremhevd at «[n]år grensene for den relevante konneksitet skal trekkes opp ... må man se hen til formålet med de regler begrepene inngår

¹⁸⁷ Sæbø, s. 210

i».¹⁸⁸ Problemstillingen er aktuell på grunn av kreditorfellesskapets sterke stilling i konkurs. Sæbø mener dette må komme inn i vurderingen av «rimelighet», og mener det

«må foretas en sammensatt vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle motregningssituasjon. For eksempel vil hensynet til konkursskyldnerens øvrige kreditorer – som får svekket sin dekning så langt B gis utvidet motregningsrett i konkurs – tale mot en utvidet rett til å motregne med konnekse krav i forhold til det som følger av reglene i dekningsloven».¹⁸⁹

Jeg enig i at hensynet til kreditorfellesskapet er et relevant moment i vurderingen. Det finnes imidlertid ingen publisert norsk høyesterettspraksis om spørsmålet. Spørsmålet er imidlertid behandlet i dansk rett. Siden dekningsloven er kommet til som følge av skandinavisk lovsamarbeid, kan løsningen ha en viss overføringsverdi til norsk rett, i alle fall som inspirasjonskilde.¹⁹⁰

Spørsmålet var oppe for dansk Højesteret i saken UfR 1979 s. 6 H (dissens 5-2). Entreprenør A hadde gått konkurs før ferdigstillelsen av byggearbeidet, og materialet ble liggende på byggeplassen. Byggherren solgte dette videre til den nye entreprenøren som overtok arbeidet med ferdigstillelsen av byggearbeidet. Sedvanen i dansk konkursrett er at byggherren kan utøve bruksrett av materialet.¹⁹¹ As konkursbo krevde (rettmessig) leie av materialet for tiden frem til det ble solgt, og spørsmålet var om byggherren kunne motregne leiekrauet i hans krav på erstatning som følge av brudd på entrepris kontrakten.

Utgangspunktet for motregning med konnekse krav i dansk konkursrett, er det samme som etter norsk rett, nemlig at hovedkravet må foreligge før konkursåpningen.¹⁹² Det gjøres i både dansk og norsk rett unntak fra dette hvis kravene er konnekse. Motkravet (Bs krav på erstatning) var oppstått før konkursåpningen, mens hovedkravet (As krav på leie) oppstod etter konkursåpning.

¹⁸⁸ Brækhus, s. 58

¹⁸⁹ Sæbø, s. 194

¹⁹⁰ Se bl.a. NOU 1972:20, s. 21 og Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 16-17

¹⁹¹ Pia Moltke Jensen, *Konneksitet*, København 2007, s. 193

¹⁹² Se daværende lov nr. 165 af 1. april 1971 om tvangsakkord § 15 (samme vilkår følger av nåværende lov nr. 298 af 8. juni 1977 om konkurs § 42 første ledd) sml. dekningsloven. § 8-1 første ledd

Højesteret fremhevet følgende i vurderingen av om kravene var konnekse:

«Bestemmelsen tilgodeser herved ikke alene byggerens, men også den misligholdende entreprenørs interesser, og tjener tillige den interesse, som også de øvrige deltakerne i byggeriet har i den så vidt muligt uforstyrrede fortsættelse af dette.»¹⁹³

Flertallet konkluderte derfor med at

«hertil findes der at bestå en så nær forbindelse mellem appellantens erstatningskrav for misligholdelse af entrepriseaftalen og indstævntes krav på godtgørelse for brug af materiellet, at modregning bør anerkendes».¹⁹⁴

Sammenhengen mellom kravene var altså så nær at de var konnekse, men det interessante er at domstolen la vekt på at den bruksrett som dannet grunnlaget for hovedkravet var i begge partenes interesse. Dette må ha vært et særskilt moment for en konneksitetsvurdering i konkurs. Mindretallet la avgjørende vekt på hensynet til kreditorfellesskapet, til tross for at kravene hadde en nær sammenheng. Jensen har tolket dommen på følgende vis:

«Det var tillige afgørende, at adgangen til brugsretten, som udløste hovedkravet, ikke alene var i B's interesse, men tillige i A's interesse. Herved er der formentlig sket en understregning af, at adgangen til den konnekse modregning forudsætter, at fordringernes opståen ikke ensidigt må være i modregnerens interesse».¹⁹⁵

Hun mener at dommen må tas til uttrykk for at motregning med konnekse krav i konkurs forutsetter at det forhold som danner grunnlaget for motkravet, gagnar både skyldneren og motregneren. Etter dansk rett kreves det altså i konkurstilfeller en enda sterkere tilknytning for at to krav skal være konnekse, siden forpliktelsen som danner grunnlag for motkravet må gagne begge partene.

Om samme løsning følger av norsk rett, er på ingen måte avklart. Dommen får naturligvis ikke direkte anvendelse, men utgangspunktet for vurderingen og de relevante momentene er

¹⁹³ UfR 1979 s. 6 H, s. 10

¹⁹⁴ UfR 1979 s. 6 H, s. 10

¹⁹⁵ Jensen, s. 195

langt på vei de samme i norsk rett, som etter dansk. Argumentasjonen i dommen kan derfor gjøres gjeldende også i norsk rett. I tillegg står hensynet til kreditorfellesskapet sterkt også i norsk rett, slik at en regel som krever at forpliktelsen som danner grunnlag for det konnekse motkravet må gagne begge parter har gode grunner for seg. Etter min mening kan det i alle fall generelt sies at hensynet til kreditorfellesskapet må ha en særlig vekt i vurderingen av konneksitet i konkurs, og at det kan påvirke vurderingen. Jeg vil imidlertid ikke gå så langt som etter dansk rett og oppstille en absolutt regel om at forpliktelsen som danner grunnlag for motkravet må gagne begge parter.

9 Sammenfatning

Temaet for kapitlene 6 til 8 har vært hva som kreves for at to krav er konnekse. Av gjennomgangen kan det utledes at sammenhengen mellom kravene er avgjørende for om de er konnekse. Konneksitet må forstås som en «glidende skala», der det finnes større og mindre grader av konneksitet. Krav etter samme kontrakt har en høy grad av konneksitet. Det samme må gjelde for krav som springer ut av kontrakter som bare formelt sett er oppdelt og krav etter kontrakter som gjensidig betinger hverandre. Krav etter forskjellige kontrakter befinner seg imidlertid på det nedre sjiktet av denne skalaen, og hovedregelen er at slike krav ikke er konnekse. Unntak fra dette må i så fall begrunnes i kravenes nære tilknytning. I så fall må det vurderes konkret, og det avgjørende om kravene har en så nær tilknytning at de kan sies å springe ut av «samme rettsforhold».

I vurderingen av hva som utgjør ett rettsforhold er momentene som utledes av HR-2019-1662-A relevante. Disse momentene er: Kravenes stiftelsesgrunnlag, avtalenes formål og de rettigheter og plikter som følger av avtalene. Vurderingen må sees i sammenheng med begrunnelsen for en utvidet motregningsadgang og kravene er konnekse såfremt sammenhengen mellom dem er så nær at den er urimelig om den ene parten ikke kan kreve sitt fra medkontrahenten uten å samtidig yte sin egen del. Hensikten med vurderingen er å kunne konkludere på om kontraktene utgjør et felles *rettsforhold*, altså om de inngår i et «mer omfattende kompleks av rettigheter og forpliktelser» mellom partene.¹⁹⁶

Vurderingen av om krav etter forskjellige kontrakter er konnekse vil være skjønnsmessig, og det er utfordrende å fremheve enkelte momenter foran andre. Generelt ser det imidlertid ut til at tidsforløpet mellom avtaleinngåelsene står sentralt, og at det har formodningen mot seg å vurdere krav stiftet med langt tidsmessig mellomrom som konnekse. Det samme må være tilfelle hvis de rettigheter og plikter som følger av avtalene har en relativt høy grad av sammenheng, det må trekke sterkt i retning av at kontraktene ikke utgjør samme rettsforhold. Etter min mening er et godt utgangspunkt for vurderingen å se for seg at partene bare har inngått en av kontraktene, og så spørre seg om den andre kontrakten fortsatt sannsynligvis ville fått samme innhold. Det avgjørende vil imidlertid alltid være hvorvidt det fremstår som rimelig å si at kravene springer ut av samme rettsforhold.

¹⁹⁶ Andreassen, s. 367

Listen som fremgår av HR-2019-1662-A må imidlertid ikke forstås som uttømmende.¹⁹⁷ Det må likevel avgrenses mot subjektive forhold som ikke er synbare for medkontrahenten. I utgangspunktet er alle momenter som kan egne seg til å belyse kravenes tilknytning relevant. Grensen mot momenter uten relevans for vurderingen kan trekkes ved hjelp av Brækhus': «Når grensene for den relevante konneksitet skal trekkes opp ... må man se til formålet til de regler begrepene inngår i.»¹⁹⁸ Som eksempel kan nevnes hvordan hensynet til kreditorfelleskapet vil være relevant ved en konneksitetsvurdering i konkurs. På enkelte rettsområder vil sterke sosiale hensyn gjøre seg gjeldende, slik som tilfellene hvor motregning kan nektes etter analogi fra dekningslovens regler om beslagsfrihet eller hvor debitor er under offentlig gjeldsordning. I så fall må det kunne kreves en høyere grad av sammenheng mellom kravene før det er rimelig å si at krav etter avtalene springer ut av samme rettsforhold.

¹⁹⁷ HR-2019-1662-A, avsnitt 53, hvor Høyesterett også viser til «forholdet ellers mellom partene»

¹⁹⁸ Brækhus, s. 58

10 En rettspolitisk vurdering av reglene om motregning med konnekse krav

Et gjennomgående tema i avhandlingen har vært hvordan selve konneksitetsvurderingen tidvis er svært skjønnsmessig utformet. Dette kan gå på bekostning av partenes adgang til å forutberegne sin rettsstilling. Utgangspunktet for å beskrive konneksitet de lege lata er redegjort for i kapitlene 6-8, og vurderingene i dette kapitlet foretas de lege ferenda.

Temaet er om det finnes alternative løsninger for å beskrive konneksitet, som bedre kan ivareta hensynet til forutberegnelighet. Spørsmålet er todelt, den første delen knytter seg til om de nåværende reglene om konneksitet er hensiktsmessig utformet, og den andre delen knytter seg til om det er behov for ytterligere rettsutvikling på området. Dette på grunn av at det nærmere innhold i reglene om motregning med konnekse krav fremgår delvis av lov, delvis av rettspraksis og delvis juridisk teori. Det kan derfor være utfordrende for parter i en potensiell tvist å få full oversikt over sin rettsstilling. Det er vanskelig å spå hvorvidt en dommer anser det som rimelig å si at krav etter avtalene springer ut av samme rettsforhold. Begge problemstillingene må sies å knytte seg til et overordnet ønske om å legge til rette for en høyest *mulig* grad av forutberegnelighet.

Hensynet til klarhet og forutberegnelighet ivaretas delvis ved at det er gjelder en klar hovedregel om konneksitet, som går ut på at krav etter samme kontrakt er konnekse mens krav etter forskjellige kontrakter, ikke er det.¹⁹⁹ Det mest praktiske unntaket, er spørsmålet om når krav etter forskjellige kontrakter er konnekse, hvor det avgjørende er en konkret vurdering av kravenes tilknytning.²⁰⁰ Om vurderingens skjønnsmessige aspekt, har Sæbø uttalt:

«[S]elv om en oppstiller kriterier for konneksitetsvurderingen med sikte på å gi klarhet og forutberegnelighet, vil grensedragningen mellom konnekse og ukonnekse krav ikke sjelden være skjønnsmessig. Vi er her på et område hvor hensynet til klarhet og forutberegnelighet ... bare i begrenset grad kan ivaretas.»²⁰¹

¹⁹⁹ HR-2019-1662-A, avsnitt 49. Se også avhandlingens kapittel 6

²⁰⁰ Se kapittel 8 for en nærmere redegjørelse av konneksitet for krav etter forskjellige kontrakter.

²⁰¹ Sæbø, s. 209

Problemet ser altså ut til å være at konneksitetsvurderingen befinner seg i et spenningsfelt mellom motstridende hensyn. På den ene siden står hensynet til klarhet og forutberegnelighet, og på den andre siden et ønske om å legge til rette for en fleksibel vurdering av kravenes tilknytning. Det er ikke mulig å både gi forhåndsdefinerte retningslinjer for vurderingen av kravenes tilknytning, og samtidig sørge for at vurderingen kan legge tilstrekkelig stor vekt på om det er rimelig å si at kravene springer ut av samme rettsforhold. Som det fremkommer av at momentene i HR-2019-1662-A bare normalt «kunne tilsi» at kontraktene utgjorde ett rettsforhold, er det sannsynligvis heller ikke mulig å uttømmende angi hvilke momenter kan være relevante i vurderingen.²⁰²

Sæbø mener hensynet til klarhet og forutberegnelighet best kan ivaretas ved motregningsregler for typetilfelle.²⁰³ Han går imidlertid ikke nærmere inn på hvordan dette skulle vært regulert i praksis, herunder hvilke typetilfeller som skulle vært regulert og hvordan. Med regulering for typetilfeller menes i forhåndsdefinerte beskrivelser av ulike rettsforhold mellom to parter som kan danne grunnlag for konnekse krav. Ett typetilfelle kunne for eksempel vært krav etter samme kontrakt. Jeg oppfatter idéen med løsning for typetilfelle som god, men sliter samtidig med å finne gode forslag til hvordan dette skulle vært regulert i praksis. I norsk rett har forsikringsavtaleloven gått lengst i å skape en situasjonsbeskrivelse for når to krav er konnekse.

Forsikringsavtaleloven §§ 8-3 og 18-3 har valgt en regulering av konneksitet som kan ligne på regler for typetilfelle.²⁰⁴ Dette er imidlertid et rettsområde hvor det er ønskelig med en svært høy grad av forutberegnelighet, og hvor styrkeforholdet mellom partene vanligvis er skjevt. Løsningen ivaretar således en høy grad av forutberegnelighet, men mangler evnen til å tilpasse seg hva som er rimelig i det konkrete tilfellet. Ønsket om å beskytte den antatt svakere part må imidlertid veie tyngre enn ønsket om et konkret rimelig resultat. Reglene om motregning med konnekse krav er imidlertid utferdiget med sikte på jevnbyrdige parter, slik at forsikringsavtalelovens modell for regulering av typetilfelle ikke egner seg.

²⁰² Momentene som fremheves i HR-2019-1662-A avsnitt 53, vil bare normalt «kunne tilsi» at kontraktene utgjør ett rettsforhold.

²⁰³ Sæbø, s. 209 og s. 37-39

²⁰⁴ Valget av en særskilt løsning behandles inngående under punkt 5.2

I dansk rett har Jensen forsøkt å utpensle typetilfeller for hvilke rettsforhold som kan danne grunnlag for konnekse krav. Dansk rett operer med samme utgangspunkt for å beskrive konneksitet som norsk.²⁰⁵ Jensen lanserer seks forskjellige «fordringsforbindelser».²⁰⁶ Og uttaler:

«Disse 6 forskjellige fordringsforbindelser kan alle sproglig siges at være uttrykk for konneksitet, når konneksitet defineres som værende fordringer, der udspringer av samme rettsforhold».²⁰⁷

Dette ser ut til å være et forsøk på å etablere typetilfeller for hvilke rettsforhold som danner grunnlag for konneksitet. Som eksempel kan nevnes forbindelse nr. 1: Krav etter samme kontrakt.²⁰⁸ Løsningen er pedagogisk gunstig, men som hun fremhever selv:

«Denne definition af konneksiteten gør imidlertid ikke udtømmende op med de fordringsrelationer, som er og kaldes konnekse.»²⁰⁹

Det ser altså ikke ut til at det er mulig å både skape forhåndsdefinerte regler som uttømmende regulerer hvilke rettsforhold som kan danne grunnlag for konnekse krav, og samtidig ivareta vurderingens skjønnsmessige aspekt.

En løsning med typetilfelle ville imidlertid vært retsteknisk gunstig, og ville i større grad enn etter gjeldende rett tilrettelagt for en høy grad av forutberegnelighet. Problemet er imidlertid at løsningen ikke tar høyde for at det avgjørende i vurderingen må være kravenes reelle tilknytning. Hvis det avgjørende for om to krav er konnekse er om rettsforholdet passer inn i et av de forhåndsdefinerte typetilfellene, kan krav bli konnekse uten at de har en nær faktisk sammenheng. En slik løsning er ikke hensiktsmessig, noe som er mye av grunnen til at krav etter samme kontrakt bare som *hovedregel* er konnekse.²¹⁰ Øyen mener at en løsning hvor

²⁰⁵ Se Jensen, s. 24 flg.

²⁰⁶ Jensen, s. 25-27

²⁰⁷ Jensen, s. 26

²⁰⁸ Jensen, s. 25

²⁰⁹ Jensen, s. 26

²¹⁰ Mer om dette under punkt 7.2

krav blir konnekse ved «rene tilfeldigheter», ikke vil være «i samsvar med de hensyn en utvidet motregningsrett bygger på».²¹¹

Dette er jeg enig i. Når en utvidet motregningsadgang for konnekse krav er begrunnet i kravenes nære tilknytning, og på en oppfatning om at det i så fall føles urimelig om en av partene kan kreve sitt uten å samtidig yte selv. En løsning som åpner for utvidelser av motregningsadgangen for tilfeller hvor kravene ikke har en nær tilknytning vil undergrave utvidelsens begrunnelse.²¹² Vurderingens skjønnsmessige aspekt er derfor et «nødvendig onde» for å best ivareta de hensyn som begrunner en utvidet motregningsadgang. For spørsmålet om når to krav er så nært tilknyttet at motregningsadgangen utvides, må altså hensynet til et rimelig resultat gå foran hensynet til forutberegnelighet og ønsket om en retts teknisk gunstig løsning. Det er tale om et tilfelle hvor det er nødvendig med konkret skjønnsutøvelse, og som da skal «skal korskje Høgsterett eller andre prøve å laga regel av skjønnet».²¹³

Et annet alternativ kan være en slags hybrid mellom de to, hvor utgangspunktet fremgår av typetilfeller, mens det avgjørende er en skjønnsmessig vurdering av kravenes tilknytning. I så fall må det oppstilles typetilfeller for ulike rettsforhold hvor kravene *normalt* sett er konnekse.²¹⁴ En slik løsning kan ha gode grunner for seg, men det er ikke sikkert at den reelle forskjellen vil være stor. Etter gjeldende rett er det en klar hovedregel for når to krav er konnekse, der eventuelle unntak må begrunnes i en skjønnsmessig vurdering av kravenes tilknytning.

Et annet problem er at reglene om konneksitet kommer fragmentarisk til uttrykk gjennom flere ulike rettskilder.²¹⁵ En rettsanvender må derfor ha helhetlig kunnskap om både rettspraksis og juridisk teori, for å kunne få en god forståelse av reglernes innhold. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det er behov for ytterligere rettsavklaring på området. I praksis vil en rettsavklaring sannsynligvis skje ved at det som nå kommer til uttrykk gjennom ulike

²¹¹ Øyen i TfR 1998, s. 725

²¹² For mer om begrunnelsen for en utvidet motregningsadgang, se punkt 3.2

²¹³ Kåre Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2002, s. 62-75 på s. 75

²¹⁴ Ganske likt Jensens forsøk i dansk rett.

²¹⁵ Dette belyses gjennomgående i hele kapittel 8.

rettskilder, blir sammenfattet i én rettsregel. Siden læren er ulovfestet må en slik rettsavklaring skje i Høyesterett

Spørsmålet om domstolenes rettsutviklende rolle har vært omfattende diskutert i juridisk teori, og er særlig aktuelt for formuerettslige spørsmål siden det ofte er sparsommelig med lovgivning.²¹⁶ Læren om når to krav er konnekse er et slikt eksempel. Løtveit har tatt til orde for at domstolene bør være varsomme med å uttale seg prinsipielt om formuerettslige spørsmål. Hvis spørsmålet har vært omfattende behandlet i juridisk teori, risikerer nyanseskjellene å forsvinne hvis Høyesterett forsøker å sammenfatte synspunktene i én rettsregel.²¹⁷ Videre fremhever han at

«[v]anskelige spørsmål har ikke alltid enkle løsninger, og krever gjerne bredere teoretiske analyser».²¹⁸

Etter min mening er spørsmålet om når to krav er konnekse eksempel på et slikt vanskelig spørsmål. Selve konneksitetsvurderingen er så kompleks at dens ulike nyanser risikerer å forsvinne hvis vurderingen skal sammenfattes i én rettsregel. I tillegg var Høyesterett rettsavklarende i HR-2019-1662-A, hvor de gikk lengre enn tidligere i forsøket på å oppstille momenter som *kunne* være relevante i vurderingen. Høyesterett ga således nærmere retningslinjer for hvordan skjønnet kan utøves i praksis.²¹⁹

²¹⁶ Se bl.a. Skoghøy i rett og rettsanvendelse fra s. 105 flg., og Lilleholt, i TfR 2002 på s. 73

²¹⁷ Bjørn Løtveit, «I hvilken grad bør domstolene og rettsvitenskapen utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område?», *Jussens Venner* 01/2020, s. 28-51 på s. 42

²¹⁸ Løtveit i JV 2020, på s. 43

²¹⁹ Lilleholt i TfR 2002, på s. 75 uttrykker dette som «å trekkje opp retningslinjer for dommarskjønnet ... men det er ikkje det same som å eliminere skjønnet».

11 Referanseliste

11.1 Norske lover

Opphevet: Lov 20. juli 1893 nr. 1 om sjøfart (sjøfartsloven av 1893)

Kongeriket Norges grunnlov

Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevloven)

Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven)

Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven)

Lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven)

Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Utenlandske lover

Danske lover

Opphevet: Lov nr. 165 af 1. april 1971 om tvangsakkord (tvangsakkordloven)

Lov nr. 298 af 8. juni 1977 om konkurs (konkursloven)

11.2 Forarbeid

Udkast om Lov til Forældelse af Fordringer med Motiver og Bilag, 1894

NUT 1935:1 Utkast til Lov om Gjeldsbrev

Ot.Prp.nr. 38 (1938) Om lov om skuldbrev og lov om deponering i skuldhøve

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og Konkurs

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

NOU 1987:24 Lov om avtaler om skadeforsikring (skadeforsikringsloven)

Ot.prp.nr. 49 (1988 – 1989) Om lov om forsikringsavtaler m.m

Ot.prp.nr.81 (1991 – 1992) Om lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven)

Ot.prp.nr.41 (1998–1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

11.3 Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1903 s. 717

Rt. 1907 s. 834

Rt. 1911 s. 1121

Rt. 1915 s. 106

Rt. 1915 s. 840

Rt. 1957 s. 778 (Sirkustelt)

Rt. 1966 s. 1493

Rt. 1983 s. 205

Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans)

Rt. 2014 s. 238 (Hønsehauk)

HR-2019-1662-A

HR-2021-655-P

HR-2021-1106-A

Internasjonal rettspraksis

Dansk Højesteret

UfR 1979 s. 6 H.D.

11.4 Litteratur

Bøker

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2012).

Andreassen [Skoghøy], Jens Edvin, *Factoringpant* (Oslo 1990).

Arnholm, Carl Jacob, *Almindelig obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 1978)

Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utgave (Oslo 2017).

Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. opplag (Bergen 2008)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave (Oslo 2016)

Jensen, Pia Moltke, *Konneksitet – forskjellige aspekter af modregning og tilbageholdsret* (København 2007).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004)

Skoghøy, Jens Edvin, *Rett og rettsanvendelse* (Oslo 2018)

Sæbø, Rune, *Motregning* (Bergen 2003).

Zimmermann, Reinhard, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (Cambridge 2002).

Artikler

Brækhus, Sjur, «Avtalt motregning, bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige framtidige forpliktelser overfor depositaren» i *Festskrift til Kristen Andersen*, Oslo 1977, s. 53-76

Frøseth, Anne Marie, «Materiell koherens i formueretten generelt, og erstatningsretten spesielt» i *undring og erkjennelse: festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, 2013 s. 141-151

Løtveit, Bjørn, «I hvilken grad bør domstolene og rettsvitenskapen utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område?», *Jussens Venner 01/2020* s. 28-51

Lilleholt, Kåre, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2002, s. 62-75 på s. 75

Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner*, 2004 s. 329-342

Skoghøy, Jens Edvin A., «Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1994 s. 837-881

Tørum, Amund Bjøranger, «Konsekvens i formueretten», *Jussens venner* 2002 s. 314-339

Øyen, Ørnulf, «Kravet til konneksitet ved utøvelse av detensjonsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1998 s. 711-762