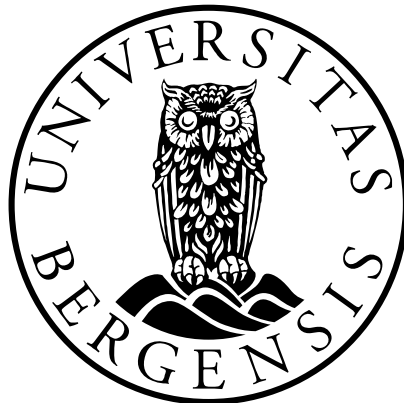


Detensjonsrett, stansingsrett og
motregningsrett av forpliktelser eller
krav på tvers av entreprisprosjekter
*En analyse av konneksitetsbegrepet i
entrepriseforhold*

Kandidatnummer: 138

Antall ord: 14 989



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. mai 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Tema og aktualitet	3
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Terminologi	6
1.4 Rettskildebildet	7
1.4.1 Lov	7
1.4.2 Entreprenørkontrakter	8
1.4.3 Rettspraksis	9
1.4.3.1 Særlig om bruk av underrettspraksis	9
1.4.4 Juridisk teori	9
2 Detensjonsrett og stansingsrett	11
2.1 Innledende bemerkninger	11
2.2 Detensjonsrett og stansingsrett i entreprisforhold	13
2.2.1 Byggherrens detensjonsrett	13
2.2.2 Entreprenørens stansingsrett	13
2.2.3 Nærmere om relasjonen mellom stansingsrett og detensjonsrett	13
2.2.4 Betydningen av konneksitet for detensjonsrett og stansingsrett	15
2.3 Konneksitetsvilkårets innhold	17
2.3.1 Generelt	17
2.3.2 Kan forpliktelser fra forskjellige entreprisprosjekter oppfylle konneksitetsvilkåret?	17
2.3.2.1 Vurdering	17
2.3.2.2 Analogibetraktninger fra motregningslæren til tilbakeholdsretten	20
2.3.2.3 Konklusjon	21
2.3.3 Bør et krav om samme kontraktsforhold utgjøre en absolutt hovedregel?	22
3 Motregning	26
3.1 Innledende bemerkninger	26
3.1.1 Generelt	26
3.1.2 Betydningen av konneksitet for motregningsrett	27
3.2 Utvidet motregningsrett i entreprisforhold	28

3.2.1	Generelt	28
3.2.2	Underentreprenørens motregningsrett ovenfor byggherrens direktekrav	28
3.2.3	Særlig om diskusjonen rundt (utvidet) motregningsrett i direktekravsforhold	29
3.2.3.1	Alminnelige motregningsregler ved overgang av (hoved)kravet.....	30
3.2.3.2	Alminnelige motregningsregler om konnekse krav mot tredjeperson	31
3.2.3.3	Vurdering	31
3.3	Konneksitetskravets innhold	35
3.3.1	Generelt	35
3.3.2	Kan hovedkrav og motkrav fra forskjellige entreprisprosjekter oppfylle konneksitetskravet?	35
3.3.3	Konneksitet på annet grunnlag enn samme kontraktsforhold	40
3.3.3.1	Løpende forretningsforhold.....	40
3.3.3.2	Forretningsmessig enhet.....	43
3.3.3.3	Tidsmessig sammenheng.....	46
3.3.3.4	Dersom kontraktene verken utgjør en forretningsmessig enhet eller kan sies å inngå som ledd i et løpende forretningsforhold – kan konneksitetskravet oppfylles på annet grunnlag?	47
4	Avslutning	49
4.1	Bør konneksitetsbegrepet forstås strengere ved detensjonsrett og stansingsrett enn ved (utvidet) motregningsrett?	49
4.2	Oppsummering	51
	Litteraturliste.....	52
	Litteratur	52
	Norske lover	55
	Norske lovforarbeider	55
	Standardavtaler	55
	Høyesterettspraksis.....	56
	Lagmannsrettspraksis	56

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Oppgaven omhandler detensjonsrett, stansingsrett og motregningsrett i entrepriseforhold.¹

Entrepriseforhold er betegnelsen på kontraktsforholdet mellom partene i et bygg- eller anleggsprosjekt hvor den ene parten påtar seg utførelsen av arbeidet mens den andre parten forplikter seg til å betale for arbeidet.² Et entrepriseforhold vil derfor først og fremst bestå mellom en *entreprenør* og en *byggherre*, men i visse prosjekter vil entreprenøren ha behov for å engasjere en eller flere *underentreprenør(er)* til å utføre deler av arbeidet (hoved)entreprenøren skal utføre for byggherren.³ Kontraktsforholdet mellom (hoved)entreprenør og underentreprenør(er) betegnes også som entrepriseforhold.

I likhet med andre kontraktsforhold vil det i entrepriseforhold ofte oppstå rettslige konflikter med opphav i partenes vesentligste interesser; tid og penger.⁴ Byggherren vil typisk ha interesser i ferdigstillelse av bygget til avtalt tid og kvalitet, men til lavest mulig pris. Entreprenøren vil på sin side typisk ha vesentlige interesser i utbetaling av vederlaget til avtalt forfallsdato. Selv om entrepriseforhold ofte omtales som spesielle kontraktsforhold, vil de rettslige konfliktene som oppstår i entrepriseforhold som regel tilsvare de konfliktene som oppstår i andre kontraktsforhold, herunder særlig konflikter med utgangspunkt i et kontraktuelt mislighold.⁵ Utenom de klassiske problemstillingene om mislighold vil det i entrepriseforhold ofte oppstå konflikter rundt det økonomiske oppgjøret, herunder spørsmål om den ene parts rett til å motregne krav mot medkontrahentens vilje.

Oppgavens tema og problemstillinger dreier seg i all hovedsak om en bestemt praksis i bygg- og anleggsbransjen som tar utgangspunkt i flere parallellt løpende entrepriseprosjekter med likt partsforhold.⁶ Ikke sjeldent har samme byggherre et løpende forretningssamarbeid med én

¹ Se definisjon på de nevnte rettene i 2.1 og 3.1.1.

² Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 19.

³ Ibid s. 27.

⁴ Ibid s. 31.

⁵ Ibid s. 32.

⁶ Oppgaven har først og fremst aktualitet for private næringsdrivende. I tilfellene hvor en offentlig byggherre inngår en rammeavtale med én bestemt entreprenør som forplikter partene til å inngå ytterligere kontrakter, kan det i realiteten også oppstå flere entrepriseprosjekter med likt partsforhold. Forholdet må imidlertid være i tråd med det norske regelverket om offentlige anskaffelser. Oppgaven avgrenses mot disse forhold.

bestemt entreprenør, hvor byggherren rutinemessig engasjerer entreprenøren i flere forskjellige byggeprosjekter. Lignende forretnings samarbeid kan også forekomme i forholdet mellom (hoved)entreprenør og underentreprenør(er). Med dette som utgangspunkt, kan det oppstå situasjoner hvor den ene parten gjør gjeldende rettigheter eller krav i det ene byggeprosjektet med grunnlag i omstendigheter fra et annet byggeprosjekt.

Etter dagens rettstilstand er det uklart om partene kan gjøre gjeldende retter på tvers av entreprisprosjekter dersom retten de påberoper seg betinges av et *konneksitetskrav*.⁷ I formueretten er det særlig den alminnelige tilbakeholdsrett som betinger konneksitet, herunder detensjonsrett og stansingsrett.⁸ Jeg presiserer allerede nå at tilbakeholdsrett til tider vil benyttes som en fellesbetegnelse for detensjonsrett og stansingsrett. Konneksitet omtales også i relasjon til motregningsspørsmål, men ettersom konneksitet ikke er et alminnelig vilkår for motregningsrett vil motregning av krav på tvers av entreprisprosjekter ofte ikke by på problemer.⁹ Dersom det skulle bli spørsmål om utvidet motregningsrett må det likevel foretas en konneksitetsvurdering mellom hovedkrav og motkrav.¹⁰

Problemstillingene i oppgaven er hvilken *betydning* og hvilket *innhold* konneksitet har ved detensjonsrett, stansingsrett og (utvidet) motregningsrett i de tilfellene kravene eller forpliktelsene stammer fra forskjellige entreprisprosjekter.

Jeg anser det nødvendig å foreta én viktig presisering. Selv om forskjellige byggeprosjekter normalt reguleres i separate kontrakter, vil det forekomme tilfeller hvor det inngås flere kontrakter som regulerer ett byggeprosjekt og tilfeller hvor det inngås én kontrakt som regulerer flere byggeprosjekter. Det kan med andre ord være mer eller mindre tilfeldig om det formelt sett inngås én eller flere kontrakter som omfatter ett eller flere prosjekter. Denne tilfeldigheten er av sentral betydning i den senere drøftelse og vil ikke utdypes her.¹¹ Det er likevel viktig å presisere innledningsvis at oppgavens tematikk knytter seg til krav eller forpliktelser på tvers av forskjellige og uavhengige byggeprosjekter som illustrativt foregår på forskjellige steder, og som normalt reguleres i separate kontrakter.

⁷ Se definisjon av konneksitetskravet i 1.3.

⁸ Se 2.1.

⁹ Se 3.1.2.

¹⁰ Se 3.1.2.

¹¹ Se 2.3.3.

1.2 Avgrensninger

Selv om spørsmålet om konneksitet oppstår i vurderingene om det foreligger detensjonsrett, stansingsrett og (utvidet) motregningsrett, er det ikke alle leddene i vurderingene som er gjenstand for drøftelse. Det sentrale for oppgaven er å analysere hvordan konneksitet som enkeltledd i disse vurderingene skiller seg fra hverandre i både innhold og rettsvirkninger. De alminnelige vilkårene for de aktuelle rettene vil derfor kun presenteres men ikke utdypes. Det er likevel av hensyn til konneksitetens betydning nødvendig å kort forklare gjensidighetsvilkåret i motregningslæren og kravet om (antesipert) mislighold ved stansingsrett.

De aktuelle problemstillingene kan oppstå i alle entrepriseforhold, uavhengig om prosjektene reguleres i såkalte utførelsesentreprisekontrakter- eller totalentreprisekontrakter.¹² Samtidig kan problemstillingene oppstå like ofte i forholdet mellom byggherre og entreprenør som i forholdet mellom (hoved)entreprenør og underentreprenør(er). Oppgavens tema er derfor aktuelt for de fleste entrepriseforhold. Det vil av denne grunn være uhensiktsmessig å avgrense oppgaven til reguleringene av kun ett type entrepriseforhold. På den andre siden vil det være uhensiktsmessig å ikke ta utgangspunkt i noe av kontraktsgrunnlaget som anvendes i entreprisesamarbeid ettersom standardkontraktene fra Standard Norge benyttes nært sagt alltid til å regulere entrepriseforhold.¹³ Derfor vil jeg gjennomgående benytte eksempler fra reguleringene i NS 8405 og NS 8407, men fortsatt understreke at det samme vil gjelde i andre entrepriseforhold såfremt det ikke foreligger avvikende kontraktsregulering.

Jeg understreker imidlertid at bestemmelsene i kontraktsstandardene kun illustrerer de obligasjonsrettslige beføyelsene om detensjonsrett, stansingsrett og motregning. Jeg vil med andre ord ikke foreta en uttømmende analyse av kontraktsstandardenes ordlyd, men heller fokusere på sammenhengen mellom de enkelte kontraktsbestemmelsene og de alminnelige obligasjonsrettslige reglene, herunder hvorvidt rettsreglene skal forstås annerledes i entrepriseforhold sammenlignet med andre kontraktsforhold.

I problemstillingene om tilbakeholdsrett vil jeg kun behandle detensjonsrett og ikke retensjonsrett. I oppgavens del om motregning vil det kun tas utgangspunkt i kontraktsbaserte

¹² Se skillet mellom entrepriseformene i 1.4.2.

¹³ Forutsetningsvis Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 25-26.

krav, men her vil rettskilder om ikke-kontraktsbaserte krav likevel være av relevans. Oppgaven tar sikte på å behandle regelsettene utenfor konkurstilfellene.

I analysen av konneksitetsbegrepet vil det ikke gis en uttømmende fremstilling av konneksitetsbegrepets innhold i alle mulige situasjoner. Kjernen i oppgaven er å avklare hvor sterk tilknytningen mellom kravene eller forpliktelsene må være for å oppfylle konneksitetskravet i de tilfellene hvor kravene eller forpliktelsene stammer fra forskjellige prosjekter.

1.3 Terminologi

I oppgaven vil jeg til tider vise til et eksempel hvor samme byggherre engasjerer én bestemt entreprenør i to ulike byggeprosjekter regulert i to separate entreprisekontrakter. Entreprisekontraktene vil betegnes som *EP1* og *EP2*, mens byggherren og entreprenøren vil omtales som *BH* og *E*.

Ved problemstillingene om tilbakeholdsrett står begrepet *mislighold* sentralt. Mislighold innebærer en unnlattelse av å oppfylle en forpliktelse på kontraktsmessig måte.¹⁴ Dersom en avtalepart misligholder sin forpliktelse vil dette på nærmere vilkår gi medkontrahenten rett til å gjøre såkalte *misligholdsbeføyelser* gjeldende.¹⁵ Utøvelse av tilbakeholdsrett klassifiseres som en misligholdsbeføyelse ettersom det betinger et mislighold hos medkontrahent.¹⁶

Ved problemstillingen om motregning, vil kravet til den part som erklærer motregning omtales som *motkravet*, mens kravet motregneren ønsker å motregne i omtales som *hovedkravet*.¹⁷ I obligasjonsretten er det vanlig å omtale partene for debitor og kreditor. For motregningsspørsmål vil ikke disse begrepene benyttes, ettersom motregning forutsetter at det foreligger minst to krav hvor begge parter er debitor og kreditor. I de tilfellene jeg ikke henviser til kontraktsforholdet mellom *BH* og *E*, vil jeg omtale motregneren for *B* og motregningsadressaten for *A*.

I motregningslæren omtales ofte avtalebasert motregningsrett som *frivillig motregning*, i motsetning til *tvungen motregning* som er motregningsrett med grunnlag i lov eller

¹⁴ Haaskjold (2017) s. 191

¹⁵ Forutsetningsvis Hagstrøm (2011) s. 367.

¹⁶ Ibid s. 367.

¹⁷ Sæbø (2003) s. 16.

alminnelige ulovfestede motregningsregler. Terminologien er ikke dekkende, ettersom motregningsrett med grunnlag i avtale også kan være omstridt og derfor oppleves som «tvungen». Terminologien som legges til grunn vil derfor være *avtalebasert motregningsrett* og *motregningsrett etter de alminnelige motregningsregler*.

Det sentrale for oppgaven er konneksitetsbegrepet. Ordet konneksitet stammer fra det latinske ordet *connecto*, som betyr å binde sammen.¹⁸ Begrepet er ikke uttrykkelig brukt i norsk lovgivning og man har i teorien antatt at de nordiske landene har adoptert uttrykket fra sentraleuropeisk rettsvitenskap.¹⁹ Det fins ingen generell definisjon av begrepet i verken juridisk teori eller rettspraksis, og det er usikkert hvorvidt begrepet skal forstås annerledes etter hvilken formuerettslig beføyelse som utøves.²⁰ Likevel har man i juridisk teori hovedsakelig betraktet konneksitetskravet som et *tilknytningskrav*; ved utøvelse av tilbakeholdsrett betinger konneksitet en nærmere sammenheng mellom forpliktelsen som misligholdes og forpliktelsen som tilbakeholdes, mens i motregningslæren betinger konneksitet en nærmere sammenheng mellom hovedkravet og motkravet.²¹

1.4 Rettskildebildet

1.4.1 Lov

Selv om entrepriseretten er et praktisk rettsområde med samfunnsøkonomisk betydning har man i Norge ikke funnet grunn til å regulere forholdene ved formell lov. Dette har sammenheng med at man i all hovedsak selvregulerer entreprisesamarbeidet etter standardkontrakter.²² Kun dersom forholdet dreier seg om oppføring av bolig eller fritidshus for forbrukere reguleres forholdet av bustadoppføringslova.²³ Grunnen til at man i norsk rett har funnet grunn til å regulere forbrukerforholdene ved formell lov var av hensynet til å styrke forbrukernes stilling i kraft av forbrukervernet som ble introdusert tidlig på 1970-tallet gjennom blant annet Forbrukerkjøpsreformen.²⁴

¹⁸ Øyen (1998) s. 712.

¹⁹ Ibid s. 712.

²⁰ Se 4.1.

²¹ Hagstrøm (2011) s. 370, Sæbø (2003) s. 190.

²² Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 25.

²³ Lov av 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

²⁴ Hagstrøm (2015) s. 36. Bustadoppføringslova er en av flere lovgivninger utarbeidet (og endret) i lys av forbrukervernsrettslige hensyn, se også Forbrukerkjøpsloven (2002) og Håndverkertjenesteloven (1989).

1.4.2 Entreprisekontrakter

Entreprisekontrakter er i grove trekk de avtaler inngått mellom partene i et entrepriserforhold som regulerer entreprenørens arbeid i et bygg- eller anleggsprosjekt og byggherrens betaling for det utførte arbeidet.²⁵ I praksis er det vanlig å omtale entreprisekontrakter i to ulike former: *utførelsesentrepriser* og *totalentrepriser*.²⁶ Forskjellen består stort sett i hvor risikoen for feil i prosjekteringen ligger; i en tradisjonell utførelsesentreprisepåhviler risikoen for prosjekteringsfeil hos byggherren, mens i en tradisjonell totalentreprisepåhviler risikoen for prosjekteringsfeil hos entreprenøren.²⁷ Jeg skal hovedsakelig benytte eksempler fra reguleringene i NS 8405 og NS 8407, hvorav førstnevnte er en utførelsesentreprisepåhviler mens sistnevnte er en totalentreprisepåhviler.²⁸

Standard Norge utarbeider kontraktsstandarder (Norsk Standard (NS)) til bruk for å regulere entrepriserforhold mellom næringsdrivende.²⁹ Kontraktsstandardene er såkalte «agreed documents» som innebærer at kontraktsstandardene utformes av en sammenslutning med representanter fra både byggherresiden og entreprenørsiden, med den hensikt å fremforhandle klare og forutsigbare kontraktsbestemmelser som sikrer en rettferdig fordeling av ansvar og risiko mellom partene.³⁰

Standardkontraktene benyttes nært sagt alltid for å regulere rettsforholdet mellom næringsdrivende i et entrepriserforhold.³¹ Det er likevel nødvendig å understreke at avtalefriheten råder uansett.³² Aktørene står dermed fritt til å regulere prosjektet etter hvilken passende kontraktsstandard de ønsker eller, selv om det sjeldent forekommer, velge å ikke benytte kontraktsstandardene overhodet.³³ Avtalefriheten åpner også for at avtalepartene kan avtale avvikende- og/eller utfyllende reguleringer som er særskilt tilpasset det aktuelle byggeprosjektet.³⁴

²⁵ Marthinussen m.fl. (2016) s. 45.

²⁶ Ibid s. 45.

²⁷ Ibid s. 45.

²⁸ Ibid s. 45.

²⁹ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 25.

³⁰ Hagstrøm (2011) s. 46.

³¹ Forutsetningsvis Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 25-26.

³² Prinsippet om avtalefrihet hjemles i gjennomgående ulovfestet rett, men er også lovfestet i Christian Femtis Norske Love av 15. april 1687 art. NL 5-1-2.

³³ Forutsetningsvis Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 26.

³⁴ Ibid s. 26.

1.4.3 Rettspraksis

På entrepriserettens område har rettspraksis som rettskildefaktor tradisjonelt vært av mindre betydning.³⁵ Dette skyldes i all hovedsak at man i selvreguleringen av entrepriseresamarbeidet ofte har uttrykkelig avtalt at tvisteløsning skal foregå ved voldgift.³⁶ Etter voldgiftsloven § 5 er voldgiftsavgjørelser ikke underlagt taushetsplikt med mindre partene har avtalt noe annet.³⁷ I praksis kan det ofte være ønskelig fra partenes side at tvisten ikke offentliggjøres. Av den grunn antas det derfor at et bredt spekter av voldgiftsavgjørelser ikke blir offentliggjort. Når det er sagt, har man merket en økt tendens i retning av at det alminnelige domstolsapparatet behandler flere entrepriserettslige tvister.³⁸ Rettspraksis på entrepriserettens område kan derfor ikke betraktes som helt fraværende. Også rettspraksis med utgangspunkt i andre kontraktsforhold vil være relevant for de konkrete entrepriserettslige problemstillingene oppgaven reiser, og kan etter omstendighetene ha betydelig rettskildemessig vekt såfremt den løsning praksisen gir uttrykk for harmonerer med det øvrige rettskildebildet.

1.4.3.1 Særlig om bruk av underrettspraksis

Det fins ikke et bredt utvalg Høyesterettsavgjørelser som behandler problematikken oppgavens tema reiser. Av hensyn til dette vil jeg derfor vise til relevant underrettspraksis. Etter alminnelig rettskildeteori er imidlertid underrettspraksis av liten eller ingen rettskildemessig vekt.³⁹ I oppgaven vil underrettspraksis hovedsakelig benyttes som en opplysningskilde, slik at jeg verken vil være forpliktet eller berettiget til å hensynte praksisen ved løsning av oppgavens problemstillinger. Likevel understreker jeg at både saksforholdet og rettsanvendelsen i underrettspraksis vil være illustrerende som eksempler i drøftelsene om hvor sterk tilknytning som kreves for å konstatere konneksitet.

1.4.4 Juridisk teori

Ettersom rettspraksis ikke har spilt en sentral rolle som rettskildefaktor på entrepriserettens område, har «mindre-tungtveiende» rettskildefaktorer fått større praktisk betydning.⁴⁰ Dette gjelder særlig juridisk teori. I oppgaven vil jeg benytte uttalelser fra blant annet

³⁵ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 28.

³⁶ Eksempelvis NS 8405 pkt. 43.4.

³⁷ Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven).

³⁸ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 28.

³⁹ Andenæs (1997) s. 44, Skoghøy (1994) s. 850.

⁴⁰ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 28.

kommentarutgavene til NS 8405 og NS 8407. Samtidig er litteratur fra Rune Sæbø og Ørnulf Øyen av særlig betydning for oppgavens analyse av konneksitetsbegrepet.

Juridisk teori har tradisjonelt vært akseptert som en egen rettskildefaktor, men spørsmålet om hvor mye vekt rettskildefaktoren har er ifølge Boe blant de vanskeligste spørsmålene i rettskildelæren.⁴¹ Man har tradisjonelt tillagt juridisk teori liten rettskildemessig vekt.⁴² Jeg presiserer imidlertid at rettsoppfatninger fra både entrepriserettslig- og obligasjonsrettslig teori er sterke opplysningskilder for oppgaven.

⁴¹ Boe (2012) s. 146.

⁴² Eckhoff (1997) s. 265.

2 Detensjonsrett og stansingsrett

2.1 Innledende bemerkninger

I et gjensidig bebyrdende avtaleforhold er prinsippet om ytelse mot ytelse grunnleggende. Dette omtales også som samtidighetsprinsippet, og innebærer i denne forstand at en avtalepart ikke plikter å overlevere sin ytelse uten å motta motytelsen samtidig.⁴³ På entrepriserettens område er det imidlertid ikke dekkende å tale om et samtidighetsprinsipp ettersom en samtidig prestasjon av ytelsene ikke er praktisk mulig.⁴⁴ All den tid entreprenørens forpliktelse er å utføre en tjeneste som skal betales etterskuddsvis av byggherren, må entreprenøren prestere sin ytelse før byggherren plikter å betale.⁴⁵ Entreprisekontraktens ytelser vil likevel være *gjensidige* idet byggherrens betaling er ment å utveksles mot entreprenøren kontraktmessige levering.

Dersom omstendigheter skulle tilsi at medkontrahenten ikke vil innfri kontraktmessig, får partene en sikkerhet i å tilbakeholde egen ytelse. Hvorvidt partene kan tilbakeholde sin ytelse uten selv å misligholde sin ytelsesplikt, beror på om de har utøvd berettiget *tilbakeholdsrett* i tråd med de krav som oppstilles etter gjeldende rett. Etter alminnelig obligasjonsrett må tre kumulative vilkår være oppfylt for at tilbakeholdet skal være berettiget.⁴⁶ For det første kreves det et mislighold hos den annen part, og for det andre må tilbakeholderen ha rådigheten over egen ytelse.⁴⁷ Endelig er det vilkår at det foreligger konneksitet mellom den misligholdte forpliktelsen og forpliktelsen som tilbakeholdes.⁴⁸

Tilbakeholdsrett omtales gjerne i to retninger; ved utøvelse av *detensjonsrett*- eller *retensjonsrett*.⁴⁹ Retensjonsrett betyr tilbakeholdsrett i andres løsøre gjenstander, for eksempel et bilverksteds tilbakehold av en kundes bil som sikkerhet inntil kunden betaler for verkstedets tjenester.⁵⁰ Detensjonsrett betyr derimot tilbakeholdsrett i egen ytelse, for

⁴³ Hagstrøm (2011) s. 367.

⁴⁴ Ibid s. 374.

⁴⁵ Eksempelvis i NS 8405 pkt. 29.1 hvor det følger at entreprenørens avdragsbetaling kan kreves på grunnlag av det som er «utført». Se Hagstrøm (2011) s. 376.

⁴⁶ Øyen (1998) s. 713.

⁴⁷ Ibid s. 713.

⁴⁸ Ibid s. 713.

⁴⁹ Ibid s. 714.

⁵⁰ Ibid s. 714. Se 1.2 hvor oppgaven avgrenses mot retensjonsrett.

eksempel en kjøpers tilbakehold av vederlaget for en bil på grunn av forsinket levering.⁵¹ Detensjonsrett er lovfestet blant annet i kjøpsloven § 42 hvor det fremgår at kjøperen kan «holde tilbake» kjøpesummen på grunn av selgerens mislighold.⁵²

Også stansingsrett er et utslag av det grunnleggende prinsippet om ytelse mot ytelse.⁵³ Ved stansingsrett er det tale om en midlertidig innstilling av leveringingen av en ytelse dersom man forventer at medkontrahenten ikke vil eller kan innfri innen avtalt forfalltid.⁵⁴ Stansingsretten er dermed særlig aktuell i de tilfellene hvor tilbakeholderens ytelse erlegges løpende i kontraktsforholdet, også kalt *suksessiv* levering.⁵⁵ I disse tilfellene vil stansingsretten langt på vei overlape den alminnelige tilbakeholdsretten.⁵⁶ Stansingsrett er lovfestet blant annet i kjøpsloven § 61 hvor det fremgår at parten kan «innstille sin oppfyllelse» dersom medkontrahent gir uttrykk for at han ikke kommer til å oppfylle sin del av avtalen.

Utover å oppnå en sikkerhetsrett i egen ytelse, er den sentrale effekten ved utøvelse av detensjonsrett og stansingsrett å sikre et oppfylleelsespress idet den annen part ikke får motytelsen uten å levere kontraktsmessig.⁵⁷ Rettene går derfor i all hovedsak ut på at tilbakeholderens ytelsesplikt suspenderes inntil den annen part oppfyller kontraktsmessig.

I entrepriseforhold er det særlig to tilbakeholdsretter som gjør seg gjeldende; byggherrens detensjonsrett og entreprenørens stansingsrett.

⁵¹ Øyen (1998) s. 713.

⁵² Lov av 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven).

⁵³ Forutsetningsvis Andenæs (2009) s. 187.

⁵⁴ Ibid s. 188.

⁵⁵ Typisk for entreprenørens ytelse i entrepriseforhold, men også ved mer alminnelige tilvirkningskjøp. Se Hagstrøm (2011) s. 611.

⁵⁶ Se nærmere om relasjonen mellom stansingsrett og detensjonsrett i 2.2.3.

⁵⁷ Øyen (1998) s. 713.

2.2 Detensjonsrett og stansingsrett i entrepriseforhold

2.2.1 Byggherrens detensjonsrett

Byggherrens forpliktelse vil hovedsakelig bestå i å betale entreprenørens vederlagskrav til avtalt tid.⁵⁸ Dersom entreprenøren på sin side misligholder sin ytelsesplikt, vil byggherren ha interesse i å utøve detensjonsrett for egen ytelse, nemlig betalingen. Byggherrens detensjonsrett er blant annet kontraktsfestet i NS 8405 pkt. 29.3 og NS 8407 pkt. 28.3 hvor det følger: «Er det påløpt dagmulkt, eller har byggherren andre krav som følge av entreprenørens kontraktsbrudd, kan byggherren *holde tilbake* så mye av *betalingen* at dette dekker det spesifiserte kravet» (min kursivering).⁵⁹

2.2.2 Entreprenørens stansingsrett

Entreprenørens forpliktelse er av en annen art enn byggherrens forpliktelse, idet entreprenørens forpliktelse er å utføre og ferdigstille det prosjekterte arbeidet til avtalt tid.⁶⁰ Etter hvert som arbeidet utføres vil kontraktsarbeidet automatisk bli byggherrens eiendom, jfr. for eksempel NS 8405 pkt. 40.1. Dersom byggherren misligholder sin betalingsforpliktelse, må entreprenørens tilbakeholdsrett knyttes til det fremtidige arbeidet som enda ikke er utført. I disse tilfellene er det ikke dekkende å tale om en detensjonsrett i tradisjonell forstand, men snarere en stansingsrett. Entreprenørens stansingsrett er blant annet kontraktsfestet i NS 8405 pkt. 29.3 og NS 8407 pkt. 28.3: «Entreprenøren har (...) *rett til å stanse utførelsen* dersom byggherren vesentlig misligholder sin betalingsforpliktelse, eller det er klart at slikt mislighold vil inntre» (min kursivering).⁶¹

2.2.3 Nærmere om relasjonen mellom stansingsrett og detensjonsrett

Ofte blir stansingsrett omtalt i forbindelse med detensjonsrett uten en nærmere avklaring om relasjonen mellom rettene.⁶² Likevel fins det noe Høyesterettspraksis og juridisk teori med utgangspunkt i entrepriseforhold som samlet sett kan bidra til å avklare denne relasjonen.⁶³

⁵⁸ Se eksempelvis NS 8405 pkt. 28.1.

⁵⁹ NS 8405 pkt. 29.3 og NS 8407 pkt. 28.3.

⁶⁰ Se eksempelvis NS 8405 pkt. 11.1.

⁶¹ NS 8405 pkt. 30.2 og NS 8407 pkt. 29.2 første ledd.

⁶² Se eksempelvis Øyen (1998) s. 730.

⁶³ Se særlig uttalelsene fra Rt. 1978 s. 1157, Rt. 1992 s. 770 og Sandvik (1977).

Stansingsretten hjemles i denne oppgaven etter en underliggende entreprisekontrakt, men ved mangel på avtalehjemlet rett ville retten uansett kunne påberopes etter alminnelige obligasjonsrettslige regler. I Rt. 1978 s. 1157 gjaldt saken et krav om dagmulkt som følge av forsinket arbeid, hvor ett av spørsmålene gjaldt entreprenørens stansingsrett.⁶⁴ Kontraktsforholdet var bedømt etter «Byggherrestandarden» som ikke inneholdt en uttrykkelig regulering om entreprenørens stansingsrett. Retten uttalte i denne forbindelse at:

«En rett til å holde arbeidsprestasjoner tilbake ved forsinket betaling må anses hjemlet i alminnelige kontraktsregler, og det er ikke grunn til å anse standarden uttømmende. Jeg viser i denne forbindelse til Sandvik: Kommentar til NS 3401 side 263 (...)»⁶⁵

Dommen gir uttrykk for at man skal utfylle standardkontrakten med det som måtte gjelde etter alminnelige obligasjonsrettslige regler. Retten henviser til Sandviks fremstilling av stansingsretten hvor det fremgår at:

«Etter alminnelige obligasjonsrettslige regler vil imidlertid en kontraktspart i tilfelle av aktuelt eller antasipert mislighold fra den annen parts side også kunne gjøre gjeldende tilbakeholdsrett (retensjonsrett, detensjonsrett)»⁶⁶

Det er usikkert om Sandvik mener at entreprenøren har en tilbakeholdsrett utover stansingsretten, for eksempel om entreprenøren kan tilbakeholde det ferdigstilte bygget ved overlevering til byggherren. Høyesterett har imidlertid i Rt. 1992 s. 770 avvist en slik tilbakeholdsrett med den begrunnelse at entreprenørens ytelse er suksessiv og at det således ikke er noen ytelse å tilbakeholde når bygget er ferdigstilt.⁶⁷ Dommen gir dermed uttrykk for at entreprenøren ikke har en detensjonsrett utover eller i tillegg til stansingsretten. Det eneste entreprenøren i realiteten kan tilbakeholde er det fremtidige arbeidet.

Også Øyen viser til stansingsrett når han presenterer regelsettet for detensjonsrett og betegner således intet skille mellom rettene.⁶⁸ Andenæs trekker på sin side klare paralleller mellom stansingsretten og detensjonsretten idet begge retter er foreløpige rettsmidler med samme formål; å skape et oppfyllellespress.⁶⁹

⁶⁴ Rt. 1978 s. 1157.

⁶⁵ Ibid avsnitt 14.

⁶⁶ Sandvik (1977) s. 263.

⁶⁷ Rt. 1992 s. 770.

⁶⁸ Øyen (1998) s. 730.

⁶⁹ Andenæs (2009) s. 188.

Entreprenørens forpliktelse i entreprisesammenheng kan sammenlignes med strømleverandørers forpliktelse om strømlevering. Strømleverandørene har en såkalt stengningsrett som hjemles i elverkens alminnelige leveringsvilkår som – på nærmere vilkår – gir leverandørene rett til å stenge abonnentens strømtilgang.⁷⁰ Stengningsretten blir i teorien omtalt som en spesiell form for tilbakeholdsrett ettersom «sperringen iverksettes fordi abonnentens betalingsytelse uteblir».⁷¹ Før strømleverandøren kan stenge strømleveransen, må imidlertid strømabonnentens betalingsmislighold ha tilstrekkelig tilknytning til den aktuelle stengningen.⁷² Dersom abonnenten for eksempel ikke betaler strømregningen for sin private bolig men eier en rekke andre boliger til utleie med strømabonnement hos samme strømleverandør, vil ikke strømleverandøren kunne stenge strømtilgangen til utleieboligene dersom betalingsmisligholdet utelukkende relaterer seg til strømleveransen i eierens private husholdning. Med andre ord vil det være et krav om konneksitet mellom stengningen og misligholdet.⁷³

Etter min oppfatning er det en klar relasjon mellom stansingsretten og detensjonsretten. Begge aksjoner har samme formål; å skape et oppfylleelsespress hos den andre part og en sikkerhet i suspensjon av egen ytelsesplikt. Det er på det rene at aksjonene utfolder seg annerledes, men dette skyldes utelukkende forskjellen i forpliktenes art. I realiteten dreier aksjonene seg uansett om det samme – et tilbakehold av egen ytelse. Selv om de opptrer som separate rettigheter i standardkontraktene må de uansett anses å ha nær innbyrdes sammenheng ettersom begge må tolkes i lys av de alminnelige obligasjonsrettslige reglene om tilbakeholdsrett. Oppsummeringsvis kan en derfor si at entreprenørens stansingsrett og byggherrens detensjonsrett langt på vei er to sider av samme sak.

2.2.4 Betydningen av konneksitet for detensjonsrett og stansingsrett

Verken ordlyden i NS 8405 pkt. 29.3 og 30.2 eller NS 8407 pkt. 28.3 og 29.2 uttrykker et konneksitetsvilkår. Spørsmålet blir dermed om man skal utfylle kontraktens ordlyd i tråd med de alminnelige obligasjonsrettslige reglene som betinger konneksitet mellom tilbakeholdt- og misligholdt forpliktelse.

⁷⁰ jfr. AFE (Alminnelige forsyningsvilkår for levering av elektrisk kraft) pkt. 9.3.

⁷¹ Stokkan (1988) s. 299.

⁷² Ibid s. 299.

⁷³ Ibid s. 299.

Det følger blant annet av kommentarutgaven til NS 8405 at «tilbakehold etter NS 8405 kan *bare* foretas mellom krav som har utspring i den aktuelle entreprisekontrakt» (min kursivering).⁷⁴ Selv om teorien først og fremst sikter til et konneksitetsvilkår for byggherrens detensjonsrett, er jeg av den oppfatning at det må gjelde et krav om konneksitet for alt tilbakehold med avtalemessig grunnlag i NS 8405, herunder også entreprenørens stansingsrett. Etersom både byggherrens detensjonsrett og entreprenørens stansingsrett utledes av den alminnelige tilbakeholdsretten, må man derfor utfylle ordlyden i kontraktsstandardene med det som gjelder etter de alminnelige obligasjonsrettslige reglene om konneksitet.⁷⁵

Det må imidlertid foretas en viktig reservasjon ved spørsmål om entreprenørens stansingsrett på grunnlag av antesipert mislighold.⁷⁶ Dersom E eksempelvis ønsker å stanse arbeidet i EP2 på grunn av at BHs betalingsmislighold av EP1, og E kan sannsynliggjøre at BH også vil misligholde sin betalingsforpliktelse i EP2, foreligger det et *antesipert* mislighold i EP2. I disse tilfellene vil det ikke være nødvendig å foreta en konneksitetsvurdering all den tid det antesiperte misligholdet skyldes BHs illikviditet. Dette vil gi entreprenøren stansingsrett uansett hva det antesiperte misligholdet grunnes på, ettersom illikviditeten gir uttrykk for en overordnet manglende oppfyllelsesevne som knytter seg til alle prosjekter BH er involvert i. Som presisert innledningsvis, vil jeg av plassbesparende hensyn ikke redegjøre nærmere for sannsynlighetsvurderingen ved antesipert mislighold, men kun presisere at konneksitetskravet for entreprenørens stansingsrett vil først bli gjeldende ved byggherrens ordinære betalingsmislighold.

Konklusjonen er dermed at byggherrens detensjonsrett betinger konneksitet. Med mindre det foreligger antesipert mislighold som grunnlag for stansingsrett, vil entreprenørens stansingsrett også betinge konneksitet.

⁷⁴ Marthinussen m.fl. (2016) s. 469.

⁷⁵ Se redegjørelsen i 2.2.3.

⁷⁶ Ordlyden i NS 8405 pkt. 29.3 og NS 8407 pkt. 28.3 likestiller antesipert mislighold med ordinært mislighold som betingelse for stansingsretten.

2.3 Konneksitetsvilkårets innhold

2.3.1 Generelt

Som presisert i 2.2.4 er konneksitet et vilkår for byggherrens detensjonsrett og entreprenørens stansingsrett. Spørsmålet blir videre hvilket innhold konneksitetsbegrepet har i de tilfellene partene ønsker å utøve detensjonsrett eller stansingsrett på tvers av prosjekter.

2.3.2 Kan forpliktelser fra forskjellige entrepriseprosjekter oppfylle konneksitetsvilkåret?

2.3.2.1 Vurdering

I entrepriseforhold vil konneksitetsvilkåret klart være oppfylt der misligholdt- og tilbakeholdt forpliktelse gjensidig forutsetter hverandre.⁷⁷ Dette er typisk hvor byggherren tilbakeholder betaling som følge av entreprenørens mangelfulle levering i det aktuelle byggeprosjektet. Her vil vederlagskravet og avtalt arbeid som regel stamme fra samme entreprisekontrakt. På den andre siden kan det oppstå situasjoner hvor tilbakeholdet og misligholdet stammer fra forskjellige byggeprosjekter, ofte regulert i forskjellige kontrakter. I disse tilfellene vil det ikke foreligge *formell* tilknytning mellom forpliktelsene. Spørsmålet blir dermed om man kan konstatere en *annen reell* tilknytning mellom forpliktelsene som kan oppfylle konneksitetsvilkåret.

En relevant dom er Eidsivating lagmannsretts dom i LE-1994-79.⁷⁸ Saken gjaldt avvikling av et arbeidsforhold hvor det var avtalt at arbeidstakeren måtte innfri de lån han hadde tatt opp hos arbeidsgiveren ved arbeidsforholdets opphør. Ved innfrielse skulle arbeidsgiveren etter avtalen sikre arbeidstakerens opptjente pensjonsrettigheter gjennom å utstede en såkalt fripolise. Spørsmålet i saken var hvorvidt arbeidstakeren kunne tilbakeholde innfrielse av lånene frem til arbeidsgiveren utstedte fripolisen. Retten kom til at det ikke var konneksitet mellom forpliktelsene slik at arbeidstakerens tilbakehold var uberettiget. Retten uttalte at selv om forpliktelsene sprang ut av samme kontrakt, manglet forpliktelsene gjensidig sammenheng.

⁷⁷ Øyen (1992) s. 722.

⁷⁸ LE-1994-79.

Selv om saken verken gjaldt entreprise eller flere kontraktsforhold er det likevel interessant at retten tolket konneksitetskravet strengt; selv om forpliktelsene stammet fra *samme* kontrakt var ikke konneksitetsvilkåret oppfylt. Det må imidlertid understrekes at dommen har liten rettskildemessig vekt, men rettsanvendelsen er likevel interessant som en opplysningskilde idet retten konkluderer med at forpliktelser fra én og samme kontrakt ikke ubetinget oppfyller konneksitetsvilkåret. Tolkingsresultatet gir dermed uttrykk for at gjensidighetsbetraktninger er et bærende hensyn bak konneksitetsvilkåret ved tilbakeholdsrett.

Etter entrepriserettslig teori virker det derimot tilsynelatende utvilsomt at konneksitetsvilkåret må forstås som et absolutt krav om at forpliktelsene må skrive seg fra samme kontrakt. I kommentarutgaven til NS 8405 fremgår det at tilbakehold av ytelser kun kan foretas mellom krav som har «utspring i den aktuelle entreprisekontrakt». ⁷⁹ I likhet med overnevnt underrettspraksis vil imidlertid slutninger fra juridisk teori ha liten rettskildemessig vekt, og etter mitt syn gir denne teorien heller ingen veiledning som opplysningskilde da rettsoppfatningen verken er begrunnet eller forankret i ytterligere rettskilder.

Også Øyen konkluderer med at det er den konkrete avtale som hovedregel bør danne grensen for hvilke fordringer som kan anses konnekse ved utøvelse av detensjonsrett. ⁸⁰ Hagstrøm oppstiller et tilsvarende utgangspunkt. ⁸¹

I dansk og svensk teori er oppfatningen av konneksitetsvilkåret enda strengere. Rodhe og Jørgensen mener detensjonsrett må avskjæres dersom forpliktelsene grunnes på forskjellige kontrakter. ⁸²

Overnevnte rettskilder peker i retning av at konneksitetsvilkåret må forstås som et strengt objektivt krav om at forpliktelsene må stamme fra samme kontraktsforhold. Det virker imidlertid som at rettskildene kun har «normalsituasjonen» for øye all den tid ingen problematiserer hvorvidt forpliktelsene kan ha en reell tilknytning utover de rent kontraktstekniske grensene. Det er heller ikke problematisert hvordan vilkåret må forstås dersom inngåelsen av forskjellige kontrakter skyldes tilfeldigheter, herunder hvilken virkning det har om det formelt sett inngås en eller flere kontrakter som omfatter ett eller flere prosjekter. Jeg er derfor av den oppfatning at ingen i overnevnt teori eller praksis har

⁷⁹ Marthinussen m.fl. (2016) s. 469.

⁸⁰ Øyen (1998) s. 733.

⁸¹ Hagstrøm (2011) s. 371.

⁸² Rodhe (1956) s. 402, Jørgensen (1972) s. 108.

analysert vilkåret grundig nok, i den forstand at de lener seg på en objektiv streng forståelse om at den enkelte kontrakt danner yttergrensen for hvilke forpliktelser man kan tilbakeholde. Av den grunn vil jeg i det følgende foreta en grundigere analyse av konneksitetsvilkåret i lys av de hensyn som gjør seg særlig gjeldende i entrepriseforhold.

Stans av arbeidet i et pågående byggeprosjekt kan medføre betydelige konsekvenser for byggherren, særlig i form av kostnadsoverskridelser. Samtidig kan byggherrens tilbakehold av betaling bidra til å utvikle en svekket økonomisk evne hos entreprenør. Både byggherrens tilbakehold av betaling og entreprenørens stans av arbeid er derfor inngripende beføyelser.⁸³ Dette taler for en generell streng praktisering av vilkårene.

Dersom BH og E eksempelvis er i forskjellige kontraktsforhold med hverandre i fem uavhengige byggeprosjekter, og BH vesentlig misligholder sin betalingsplikt i to av prosjektene på grunn av en likviditetsskvis, kan E ha interesse i å stanse arbeidet i alle fem prosjekter. Eksempelet illustrerer et viktig poeng; selv om nedleggelsen i alle prosjekter beskytter E for ytterligere kostnader, vil nedleggelsen være egnet til å forstørre BHs likviditetsproblemer ettersom prosjektenes fremdrift forsinkes. Det sentrale formålet bak tilbakeholdsretten er å sikre et oppfylleelsespress med den hensikt å *oppnå* kontraktsmessig oppfyllelse. Dersom presset blir uholdbart for BH idet forutsetningene for å kunne levere kontraktsmessig svekkes i vesentlig grad, vil Es stans motvirke beføyelsens sentrale formål. På den andre siden kan det tenkes at Es stans innenfor samme prosjekt gir samme resultat. Argumentet taler dermed ikke utelukkende for at prosjektene som sådan bør danne yttergrensen for hvilke arbeid entreprenøren kan stanse. Jeg mener likevel argumentet taler mest for at prosjektene bør behandles isolert i relasjon til konneksitetsvilkåret.

Rettstekniske hensyn taler først og fremst for en streng forståelse av konneksitetsvilkåret idet det er en klar rettteknisk fordel dersom den enkelte kontrakt danner den formelle grensen for når konneksitet kan konstateres. Dette er fordi det som regel er uproblematisk å fastslå om forpliktelsene bygger på samme kontrakt eller ikke. Hensynet svekkes imidlertid i de situasjonene hvor inngåelsen av flere kontrakter skyldes rene tilfeldigheter. I disse tilfellene bør ikke de kontraktstekniske grensene ha avgjørende betydning all den tid kjernen i tilbakeholdsretten er gjensidighet mellom forpliktelsene.⁸⁴

⁸³ Hagstrøm (2011) s. 612.

⁸⁴ Se nærmere om dette i 2.3.3.

2.3.2.2 Analogibetraktninger fra motregningslæren til tilbakeholdsretten

I enkelte tilfeller har teori og praksis benyttet tolkningsmomenter fra motregningslæren i forståelsen av konneksitetsvilkårets innhold ved tilbakeholdsretten. Hvorvidt slike analogibetraktninger kan sies å være i tråd med gjeldende rett er uklart, og uklarheten skyldes dels manglende avklaring i rettspraksis og dels sparsomme analyser i juridisk teori.

Høyesterett trakk analogier fra motregningslæren til detensjonsretten i Rt. 1916 s. 1137.⁸⁵ Saken gjaldt hvorvidt en husmann kunne tilbakeholde sin avtalte arbeidsinnsats for å fremtvinge husbonden å betale for arbeid utført fra 20 år tilbake og inntil tvisten oppstod. Flertallet i Høyesterett (4-3) kom til at husmannens tilbakehold var berettiget ut fra en analogisk anvendelse av konneksitetsbegrepet fra motregningsreglene i forældelsesloven 1896 § 1.⁸⁶ Flertallet mente at når konneksitetskravet etter motregningsreglene var oppfylt, burde også detensjonsrett kunne utøves.

Også i Gulating lagmannsretts dom i LG-1998-01424 ble lignende analogier gjort.⁸⁷ Spørsmålet var om en applikasjonsutvikler kunne tilbakeholde datautstyr fra den ene kontrakten som følge av kjøpers betalingsmislighold av en annen kontrakt. Ettersom forpliktelsene ikke stammet fra samme kontrakt, viste lagmannsretten til Rt. 1992 s. 504 og vurderte om partene i kontraktsforholdet kunne sies å ha et «løpende forretningsforhold».⁸⁸ Retten kom imidlertid frem til at konneksitetsvilkåret ikke var oppfylt.

Også Haaskjold henviser til vurderingstemaet om «løpende forretningsforhold» fra Rt. 1992 s. 504 i forståelsen av konneksitetsbegrepet ved detensjonsrett.⁸⁹

Den førstnevnte Høyesterettsdommen er gammel, og det er tvilsomt hvorvidt retten hadde konkludert med samme resultat idag. Ut fra rettens premisser virker det heller ikke å være tatt stilling til hvorvidt analogien kan være problematisk i visse situasjoner. Det samme gjelder for rettsanvendelsen i lagmannsrettsdommen, hvor retten ukritisk legger til grunn en spesifikk rettskildes vurderingstema om (utvidet) motregningsrett til anvendelse i spørsmål om

⁸⁵ Rt. 1916 s. 1137.

⁸⁶ Lov av 27. juli 1896 nr. 7 (forældelsesloven).

⁸⁷ LG-1998-01424.

⁸⁸ Rt. 1992 s. 504 tar utgangspunkt i motregningsrett og ikke tilbakeholdsrett. Dommen vil behandles nærmere i 3.3.2.

⁸⁹ Haaskjold (2017) s. 138.

detensjonsrett. Heller ikke Haaskjold begrunner analogien når han viser til Rt. 1992 s. 504 ved spørsmål om detensjonsrett.

De overnevnte analogibetraktningene kan tilsynelatende begrunnes av hensynet til sammenheng i rettsreglene om konneksitet. Det er likevel på det rene at tilbakeholdsrett er en misligholdsbeføyelse mens motregning er en oppgjørsmåte, slik at det er en viss ulikhet som burde blitt adressert i de overnevnte rettskildene. Ellers virker det som betraktningene indirekte gir uttrykk for en *ønsket* rettsvirkning; nemlig å fravike den kontraktstekniske forståelsen av konneksitetskravet ved tilbakeholdsrett.

Metoden for å oppnå den ønskede rettsvirkningen gjennom analogibetraktninger er imidlertid etter mitt syn uheldig all den tid betraktningene *ukritisk* legges til grunn å være i tråd med gjeldende rett. Det er for eksempel ingen automatikk at vurderingstemaet om «løpende forretningsforhold» ved spørsmål om (utvidet) motregningsrett i Rt. 1992 s. 504 kan legges til grunn for vurderingen av konneksitetsvilkåret i detensjonsretten. Teorien og praksisen gir dermed uttrykk for en rettsanvendelse som tilsynelatende virker klar og uproblematisk, men som i realiteten reiser den sentrale problemstillingen om konneksitetskravet har ulikt innhold ved de respektive rettene. Når denne problemstillingen ikke adresseres, fremstår analogibetraktningene grunnløse og gir dermed uttrykk for en unyansert juridisk metode.

Hvor kontroversielle analogibetraktningene er vil imidlertid avhenge av hvor stor forskjell det er ved konneksitetsbegrepets innhold i detensjonsrett, stansingsrett og (utvidet) motregningsrett. Problemstillingen vil behandles nærmere i 4.1.

2.3.2.3 Konklusjon

Hittil er jeg av den oppfatning at forpliktelse fra forskjellige entrepriseprosjekter ikke oppfyller konneksitetsvilkåret ved utøvelse av detensjonsrett og stansingsrett. Dette må i alle fall gjelde som den klare hovedregelen i «normalsituasjonene» hvor de forskjellige entrepriseprojektene reguleres i separate entreprisekontrakter.

2.3.3 Bør et krav om samme kontraktsforhold utgjøre en absolutt hovedregel?

Dersom overnevnt hovedregel gjelder absolutt, vil konneksitetsvilkåret bære preg av en svært streng objektiv forståelse ettersom kontrakten som sådan vil danne yttergrensen for hvilke ytelser partene kan tilbakeholde. En slik forståelse vil imidlertid kunne være egnet til å gi klart urimelige resultater i visse situasjoner, og jeg mener derfor det er behov for å konstruere en unntaksnorm hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende. En unntaksnorm vil i realiteten kunne fungere som en sikkerhetsventil med den hensikt å opprettholde de legislative hensyn bak den alminnelige tilbakeholdsretten.

Øyen gir uttrykk for en lignende unntaksnorm.⁹⁰ Han mener kjernen i detensjonsretten er gjensidighetsbetraktninger.⁹¹ Som presentert innledningsvis i 1.1 kan det skyldes tilfeldigheter både at flere rettsforhold reguleres i én kontrakt og at ett rettsforhold reguleres i flere kontrakter. Dersom tilfeldigheter medfører at forpliktelsene bygger på samme kontrakt vil ikke de rent formelle kontraktstekniske grensene være tilstrekkelige til å konstatere konneksitet mellom forpliktelsene.⁹² Det er i disse tilfellene ingen gjensidig sammenheng mellom forpliktelsene som kan begrunne en sikkerhetsrett.⁹³ De samme hensyn gjør seg gjeldende dersom tilfeldigheter medfører at forpliktelsene bygger på forskjellige kontrakter, ettersom det avgjørende bør være hvorvidt *gjensidighetsbetraktninger* kan begrunne sikkerhetsretten. Hagstrøm gir uttrykk for en tilsvarende unntaksnorm.⁹⁴

Unntaksnormen kan etter mitt syn illustreres i følgende to eksempler:

For det første bør unntaksnormen anvendes i de tilfellene hvor det er klart at oppdelingen i forskjellige kontrakter utelukkende er av kontraktsteknisk art. Det kan tenkes situasjoner hvor inngåelse av den ene kontrakten forplikter partene til inngåelse av ytterligere kontrakter. Dersom en kommune eksempelvis inngår en rammeavtale med ett entreprenørfirma om oppføring av fem bussholdeplasser forskjellige steder i kommunen. Disse oppføringene reguleres deretter i fem nye kontrakter. Her vil alle fem kontraktene grunnfeste seg i rammeavtalen, for uten rammeavtalen hadde ikke entreprenøren hatt den eksklusive retten til å inngå de ytterligere fem kontraktene. Dersom kommunen misligholder sin betalingsplikt i to

⁹⁰ Øyen (1998) s. 732.

⁹¹ Ibid s. 732.

⁹² Ibid s. 734.

⁹³ Ibid s. 734.

⁹⁴ Hagstrøm (2011) s. 371.

av kontraktene vil det være nærliggende at entreprenøren ønsker å stanse arbeidet i alle fem kontraktene for å ikke pådra seg ytterligere kostnader. Dersom konneksitetsvilkåret for entreprenørens stansingsrett innebærer et absolutt krav om samme kontraktsforhold vil entreprenøren være begrenset til å kun utøve berettiget stans i de to kontraktene byggherren direkte har misligholdt. Etter min oppfatning vil en formell oppdeling av kontraktene i disse tilfellene være egnet til å gi et klart urimelig resultat, slik at det bør være adgang til å se alle forpliktelsene fra de forskjellige kontraktene under ett i relasjon til konneksitetsvilkåret.

For det andre bør unntaksnormen anvendes i de tilfellene hvor det er klart at oppdelingen i forskjellige kontrakter utelukkende skyldes tilfeldigheter. Et eksempel kan være at en byggherre først inngår en kontrakt med et entreprenørfirma om fasadeutbygging av et forretningsbygg. Ettersom entreprenørfirmaet også gjør oppdrag innenfor varme-, ventilasjons- og sanitærteknikk (VVS) inngår byggherren en ny kontrakt med entreprenørfirmaet om oppgradering av byggets ventilasjonssystem med starttidspunkt fra og med ferdigstillestidspunktet for fasadeutbyggingen. Det forutsettes at byggherren ikke ville engasjert entreprenøren til fasadeutbyggingen uten at det også ble inngått en kontrakt om oppgradering av ventilasjonssystemet. Entreprenøren utfører fasadeutbyggingen og krever betaling i henhold til kontrakten, men byggherren misligholder sin betalingsforpliktelse. Byggherren krever deretter at entreprenøren påbegynner oppgraderingsarbeidet av byggets ventilasjonssystem. Entreprenøren ønsker imidlertid å stanse oppgraderingsarbeidet av ventilasjonssystemet inntil byggherren betaler for fasadeutbyggingen.

Her vil forpliktelsene formelt sett stamme fra to forskjellige kontrakter, men sterke reelle hensyn taler for at entreprenøren bør kunne stanse oppgraderingsarbeidet ettersom han rent faktisk ikke har en ytelse å tilbakeholde fra den første kontrakten. Det sentrale poenget er likevel at oppdelingen i forskjellige kontrakter skyldes rene tilfeldigheter. På den andre siden kan oppdelingen skyldes bevisste overveielser fra partenes side om at arbeidene formelt sett bør reguleres i forskjellige kontrakter på grunn av klarhetshensyn. Eksempelvis kan det tenkes at partene inngår en endringsavtale hvor arbeidsomfanget fra opprinnelig kontrakt utvides.⁹⁵ Oppdelingen i forskjellige kontrakter bør imidlertid ikke være avgjørende all den tid det synes å være tilfeldig hvorvidt endringsarbeidene utføres innenfor rammen av den opprinnelige

⁹⁵ Se eksempelvis NS 8405 pkt.22 om endringsarbeider.

kontrakten, eventuelt med endringer, eller etter en ny formell endringskontrakt. Rettsforholdet vil uansett være det samme når kontraktene alt i alt gjelder arbeid på det samme bygget.

Rettsregler bør ikke la tilfeldigheter avgjøre hvorvidt en part kan utøve tilbakeholdsrett, og det er her ingen gode grunner som taler for at kontraktens formelle grenser skal danne yttergrensen for hva man kan tilbakeholde. Slike tilfeldigheter bør derfor av hensyn til rimelighet og praktikable regler ikke ilegges avgjørende vekt.

Et illustrerende eksempel er Borgarting lagmannsretts dom i LB-1996-03324.⁹⁶ Tvisten stod mellom Oscar AS (OAS) og Advokatfirmaet Føyen & Co ANS som hadde et vedvarende klientforhold i forbindelse med hyttesalg. OAS fikk imidlertid problemer med å gjøre opp regningene fra advokatfirmaet. Eneaksjonæren i OAS besluttet å benytte en av de aktuelle eiendommene som tingsinnskudd i aksjeselskapet i forbindelse med en kapitalforhøyelse. Hjemmelsinnehaveren til den aktuelle eiendommen var opprinnelig eneaksjonærens far, men han hadde tidligere gitt en generalfullmakt til advokatfirmaet til å råde over eiendommen, hvorefter advokatfirmaet hadde fått en pantobligasjon som senere ble tinglyst. Advokatfirmaet fortsatte å bistå OAS med juridisk rådgivning, men OAS nektet å betale for rådgivningen ettersom selskapet mente at advokatfirmaet hadde blandet innehaveren av Oscars personlige virksomhet og aksjeselskapets virksomhet. Advokatfirmaet krevde på sin side tilbakeholdsrett av pantobligasjonen i eiendommen som sikkerhet for sine krav. Lagmannsretten kom til at det var tilstrekkelig konneksitet mellom det misligholdte kravet på advokatsalær og besittelse av pantobligasjonen, ettersom kravet på advokatsalær sprang ut av «et omfattende klientforhold».⁹⁷ Tilbakeholdsretten kunne ikke anses knyttet til de enkeltstående fakturaer som var omtvistet i saken.

Selv om underrettspraksis er av liten rettskildemessig vekt, er dommen uansett illustrerende for hva jeg mener er riktig regelanvendelse i unntakstilfellene. Retten så bort fra de formelle kontraktstekniske forhold om at forpliktelsene ikke stammet fra samme kontrakt, men betraktet alle «kontraktene» under ett i relasjon til konneksitetsvilkåret på grunn av partenes sterke forretningssamarbeid. Konklusjonen kan etter mitt syn forsvares på grunnlag av sterke reelle hensyn.

⁹⁶ LB-1996-03324.

⁹⁷ Ibid avsnitt 41.

Fremstillingen har hittil klargjort unntak ved at flere kontrakter unntaksvis kan ses under ett, men etter mitt syn kan samme unntaksnorm være anvendelig i de tilfellene hvor det formelt sett foreligger én kontrakt som regulerer flere ulike prosjekter.

Eidsivating lagmannsretts dom i LE-1994-79 støtter en slik slutning, da retten konkluderte med at forpliktelser fra en og samme kontrakt ikke var konnekse på grunn av manglende gjensidig sammenheng.⁹⁸ Øyen behandler problemstillingen og mener gjensidighetsprinsippet taler for at det rent formelle ikke kan være tilstrekkelig til å konstatere konneksitet, og at formålet med tilbakeholdsretten tilsier at det ikke bør være ubetinget avgjørende at forpliktelsene stammer fra samme kontrakt.⁹⁹

Etter mitt syn har rettsoppfatningene i overnevnte rettskilder gode grunner for seg, og jeg kan ikke se hvorfor unntaksnormen ikke burde være anvendelig i de tilfellene forpliktelsene formelt sett stammer fra samme kontrakt uten gjensidig sammenheng. Unntaksnormen vil imidlertid i disse tilfellene ha motsatt effekt i forhold til de tilfellene hvor forpliktelser fra forskjellige kontrakter ses under ett i relasjon til konneksitetsvilkåret. I de tilfellene forpliktelsene formelt sett stammer fra samme kontrakt uten gjensidig sammenheng vil unntaksnormen medføre at konneksitetsvilkåret ikke oppfylles.¹⁰⁰

Oppsummeringsvis bør det være i tråd med gjeldende rett å konstruere en unntaksnorm hvor særlige reelle hensyn trumfer de kontraktstekniske hensyn som begrunner hovedregelen. De overnevnte situasjonene er kun eksempler hvor slike hensyn materialiseres, og kan derfor ikke anses uttømmende. En unntaksnorm er bare presentert i noe teori, og det ser ikke ut til at problemstillingen har vært til diskusjon i rettspraksis. Jeg er likevel av den oppfatning at unntaksnormen ikke fraviker den legislative begrunnelsen for tilbakeholdsretten; nemlig å fungere som et *effektivt* virkemiddel for den ene kontraktsparten til å presse frem kontraktmessig oppfyllelse hos den annen part. Ved å ilegge kontraktstekniske hensyn avgjørende vekt i alle situasjoner vil tilfeldigheter og formaliteter i så måte avgjøre rettsreglene, noe som etter mitt syn er uriktig all den tid kjernen i tilbakeholdsretten er gjensidighetsbetraktninger.

⁹⁸ Dommen er tidligere omtalt i 2.3.2.1.

⁹⁹ Øyen (1998) s. 734.

¹⁰⁰ Av plassbesparende hensyn vil jeg ikke redegjøre nærmere for grensen mellom konnekse- og ukonnekse krav under samme kontrakt. Se Øyen (1998) s.734-740.

3 Motregning

3.1 Innledende bemerkninger

3.1.1 Generelt

Motregning betyr at et krav avregnes i et annet krav, slik at kravene faller bort så langt de beløpsmessig dekker hverandre.¹⁰¹ Motregning er først og fremst en oppgjørsmåte som begrunnes av hensynet til den part som ønsker å motregne ettersom avregningen er lettvis måte å gjøre opp et hovedkrav, men også en effektiv inndrivelsesmåte (for motkravet) dersom medkontrahtenten mangler betalingsevne.¹⁰² Hagstrøm klassifiserer motregning som privat tvangsfullbyrdelse.¹⁰³ Motregningsretten begrunnes derfor av klare sikkerhetshensyn idet en part kan – på nærmere vilkår – ensidig fremtvinge oppgjør ved gjensidig bortfall av hovedkravet og motkravet.¹⁰⁴ Motregningsrett etter de alminnelige motregningsreglene betinges hovedsakelig av tre kumulative vilkår; kravene må bestå mellom de samme parter (gjensidighetsvilkåret), være komputable og oppgjørsmodne.¹⁰⁵

Motregningsrett kan ha hjemmel i avtale, lov eller alminnelige ulovfestede motregningsregler. Imidlertid vil ikke selve motregningen endre karakter når grunnlaget for motregningsretten varierer. I denne oppgaven vil motregningsretten hjemles etter en underliggende entreprisekontrakt, men de alminnelige motregningsreglene vil supplere kontrakten så langt kontrakten ikke inneholder avvikende reguleringer.

En avtale som uttrykkelig gir motregningsrett til partene i bestemte situasjoner vil være bindende mellom partene selv om vilkårene etter de alminnelige motregningsreglene ikke er oppfylt. Dette ligger i den deklatoriske bakgrunnsrettens natur. Det må imidlertid presiseres at slike avtaler ofte nøyer seg med å konstatere motregningsrett uten å uttrykkelig regulere *vilkår* for motregningsretten.¹⁰⁶ Her vil kontrakten som sådan være grunnlaget for

¹⁰¹ Sæbø (2003) s. 14.

¹⁰² Ibid s. 31.

¹⁰³ Hagstrøm (2011) s. 729.

¹⁰⁴ Sæbø (2003) s. 35.

¹⁰⁵ Ibid s. 30. Som forutsatt i 1.2 vil jeg ikke behandle vilkårenes materielle innhold nærmere.

¹⁰⁶ Eksempelvis i NS 8405 pkt. 37 annet ledd.

motregningsretten, mens vilkårene for retten må utfylles etter de alminnelige motregningsregler.

3.1.2 Betydningen av konneksitet for motregningsrett

Konneksitet er ikke et alminnelig vilkår for motregningsrett.¹⁰⁷ Dersom byggherren har engasjert samme entreprenør i flere forskjellige entreprisprosjekter, kan partene dermed motregne fritt på tvers av prosjekter såfremt de alminnelige vilkår for motregningsrett er oppfylt. Konneksitetskravet gjelder med andre ord ikke i ethvert motregningsspørsmål.

Konneksitet vil først bli aktuelt ved spørsmål om *utvidet* motregningsrett.¹⁰⁸ Grunnen til at man omtaler det som en utvidet rett er at konneksitet medfører at man kan gjøre unntak fra gjensidighetsvilkåret eller andre særlige motregningsbegrensninger.¹⁰⁹ I denne oppgaven skal jeg fokusere på konneksitet som unntak fra gjensidighetsvilkåret.

Hensynene for den utvidede motregningsretten består dels av rimelighetshensyn og dels av rettstekniske hensyn.¹¹⁰ Rimelighetshensynet innebærer at det er rimelig for B å slippe å gjøre opp hovedkravet uten å få oppgjør for sitt motkrav. Ettersom en alminnelig adgang til motregning også begrunnes med rimelighetshensyn, vil den utvidede motregningsretten begrunnes med særlige rimelighetshensyn; der kravene er så nært knyttet til hverandre at det kan konstateres konneksitet vil være særlig urimelig om den ene parten kan kreve sitt uten samtidig å yte det medkontrahenten har krav på.¹¹¹ De rettstekniske hensynene innebærer at det er utfordrende å trekke en klar grense mellom innsigelser mot hovedkrav og konnekst motkrav.¹¹² En innsigelse mot hovedkravet kan for eksempel være et krav om prisavslag på hovedkravet. Av disse hensyn bør det ikke være avgjørende hvorvidt motregneren har en innsigelse mot hovedkravet eller et konnekst motkrav.

¹⁰⁷ Sæbø (2003) s. 35.

¹⁰⁸ Ibid s. 190.

¹⁰⁹ Ibid s. 190.

¹¹⁰ Ibid s. 190.

¹¹¹ Ibid s. 190.

¹¹² Ibid s. 191.

3.2 Utvidet motregningsrett i entrepriseforhold

3.2.1 Generelt

Ettersom de entrepriserettslige kontraktsstandardene inneholder få uttrykkelige reguleringer om motregningsrett, kommer de alminnelige motregningsreglene til anvendelse fullt ut i de tilfellene hvor en part i entrepriseforholdet krever motregning som oppgjørsmåte. Byggherren kan eksempelvis kreve å motregne et erstatningskrav som følge av entreprenørens mangelfulle levering i entreprenørens vederlagskrav for det mangelfulle arbeidet, eller kreve motregning av eventuelle krav i sluttoppgjøret. Byggherrens grunnlag for motregningsrett vil i disse tilfellene ikke være kontrakten som sådan, men de alminnelige motregningsregler. Som presisert tidligere vil det ikke bli spørsmål om konneksitet all den tid de alminnelige vilkårene for motregningsrett er oppfylt.

Det fins likevel særlige situasjoner i entrepriseforhold hvor gjensidighetsvilkåret ikke er oppfylt. Det blir dermed et spørsmål om utvidet motregningsrett med en tilhørende konneksitetsvurdering. I det følgende vil jeg fokusere på den utvidede motregningsretten i direktekravstilfeller.

3.2.2 Underentreprenørens motregningsrett ovenfor byggherrens direktekrav

I NS 8405 pkt. 37 første ledd og NS 8407 pkt. 43 første ledd følger det at «byggherren har rett til å benytte sine mangelskrav direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren». ¹¹³ Ordlyden peker på en direktekravsadgang etter den såkalte springende regress-modellen, som innebærer at byggherren kan gjøre gjeldende sitt *eget* krav – innenfor rammen av entreprenørens krav – ovenfor kontraktsmedhjelperen. ¹¹⁴ Sluttresultatet blir dermed ikke annerledes enn om byggherren bare hadde forholdt seg til entreprenøren, som deretter hadde krevd regress fra kontraktsmedhjelperen. ¹¹⁵ Hvem som er kontraktsmedhjelpere følger blant annet av NS 8405 pkt. 2.7, men jeg forutsetter i det følgende at det er tale om en underentreprenør.

¹¹³ NS 8405 pkt. 37 første ledd og NS 8407 pkt. 43 første ledd.

¹¹⁴ Hagstrøm (2011) s. 820.

¹¹⁵ Ibid s. 820.

I NS 8405 pkt. 37 annet ledd og NS 8407 pkt. 43 annet ledd gis det på den annen side motregningsrett til underentreprenøren ovenfor byggherrens direktekrav med de krav underentreprenøren har mot *entreprenøren*.¹¹⁶ Retten betinges av at motregningen er tillatt etter «gjeldende rett».¹¹⁷ Ordlyden er en klar henvisning til vilkårene for motregningsrett etter de alminnelige motregningsreglene, herunder gjensidighetsvilkåret. Gjensidighetsvilkåret vil imidlertid i disse tilfellene ikke være oppfylt ettersom hovedkravet (direktekravet) består mellom byggherren og underentreprenøren, mens motkravet består mellom underentreprenøren og entreprenøren.¹¹⁸ Men, ettersom ordlyden i kontraktsstandardene betinger motregningsretten etter «gjeldende rett» vil dermed særreglene om utvidet motregningsrett gjelde fullt ut.

I det følgende vil jeg omtale underentreprenøren for B, byggherren for A og entreprenøren for C.

3.2.3 Særlig om diskusjonen rundt (utvidet) motregningsrett i direktekravsforhold

I juridisk teori er det omstridt i hvilken utstrekning B kan motregne i As direktekrav med krav mot C, fordi den legislative begrunnelsen for og innholdet av As direktekrav ofte er uklart.¹¹⁹ Tørum mener diskusjonen er av stor prinsipiell betydning ettersom den reiser tvil rundt direktekravets egentlige verdi som dekningsprivilegium all den tid Bs motregningsrett kan medføre at As direktekrav blir lite eller ingenting verdt.¹²⁰

Diskusjonen må etter mitt syn vurderes i lys av hvilket *regelsett* B kan hjemle sin motregningsrett i. Valget av regelsett vil ha betydning for hvor langt Bs motregningsrett strekker seg. Bs motregningsrett kan hjemles enten etter de *alminnelige motregningsregler ved overgang av (hoved)kravet* eller etter de *alminnelige motregningsregler om konnekse krav mot tredjeperson*:¹²¹

¹¹⁶ Underentreprenøren vil også – på nærmere vilkår – ha motregningsrett for de kravene han har direkte mot byggherren, men ettersom gjensidighetsvilkåret her er oppfylt vil det ikke bli en aktuell problematikk i relasjon til drøftelsen her.

¹¹⁷ NS 8405 pkt. 37 andre ledd og NS 8407 pkt. 43 første ledd.

¹¹⁸ Tørum (2007) s. 602.

¹¹⁹ Se Sæbø (2003) s. 118-121 og Tørum (2007) s. 591-610.

¹²⁰ Tørum (2007) s. 591.

¹²¹ Jeg forutsetter at regelsettene er selvstendige regelsett som – på nærmere vilkår – gir B en motregningsrett i en bestemt utstrekning. Se Sæbø (2003) s. 211-213.

3.2.3.1 Alminnelige motregningsregler ved overgang av (hoved)kravet

Gjeldsbrevlova § 26 er et lovfestet unntak fra gjensidighetsvilkåret idet unntaket gir debitor cessus motregningsrett overfor cesjonaren med krav mot cedenten.¹²² Gjeldsbrevlova § 26 har først og fremst den betydning at debitor cessus kan motregne de krav mot cedenten som oppstod før cesjonaren fikk et krav mot debitor cessus og debitor cessus fikk vite om kravet. Forutsetningen er at debitor cessus ble «eigar» av kravet før han fikk vite om direktekravet, jfr. gjeldsbrevlova § 26. Likevel har Høyesterett i Rt. 1992 s. 504 uttalt at begrensingene i gjeldsbrevlova § 26 ikke gjelder ved konnekse krav.¹²³ Førstvoterende uttalte at: «Selv om det ikke fremgår direkte av gjeldsbrevloven § 26, må det ut fra etablert rettsoppfatning legges til grunn at det gjelder *særregler ved motregning av såkalt konnekse krav*, jfr. også gjeldsbrevloven § 18 annet ledd» (min kursivering).¹²⁴ Dette innebærer at debtors cessus senere oppståtte krav mot cedenten kan benyttes til motregning ovenfor cesjonarens krav såfremt kravene er konnekse. Dersom kravene er konnekse, vil motregningsretten avgjøres av gjeldsbrevlova § 25 hvor det fremgår at cesjonaren ikke får «betre rett» enn cedenten. Hadde motregner en motregningsrett ovenfor cedenten er motregningsretten ovenfor cesjonaren i behold selv om gjensidighet ikke foreligger. I motsatt tilfelle ville cesjonaren hatt en bedre rett enn cedenten, jfr. prinsippet i gjeldsbrevlova § 25.

Bestemmelsene i gjeldsbrevlova omfatter i utgangspunktet kun ved cesjon, altså hvor det er tale om en *overgang* av et krav.¹²⁵ Gjeldsbrevlova kan dermed ikke anvendes direkte i direktekravstilfeller, ettersom det rent faktisk ikke skjer en overdragelse av kravet som i en alminnelig cesjon. Det er likevel diskutert hvorvidt bestemmelsene kan få analogisk anvendelse i visse direktekravstilfeller.¹²⁶ Dersom det kan legges til grunn en analogisk anvendelse av gjeldsbrevlova § 26, jfr. § 25 vil B kunne motregne både konnekse- og (visse) ukonnekse krav mot C i As direktekrav.¹²⁷

¹²² Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova).

¹²³ Rt. 1992 s. 504. Se nærmere omtale i 3.3.2.

¹²⁴ Ibid fjerde avsnitt.

¹²⁵ Sæbø (2003) s. 124.

¹²⁶ Ibid s. 118-121, Tørum (2007) s. 591-610.

¹²⁷ Se tidligere redegjørelse av gjeldsbrevlova § 26, jfr. § 25 om «eigar»-vilkåret.

3.2.3.2 Alminnelige motregningsregler om konnekse krav mot tredjeperson

Dersom en ikke kan anvende gjeldsbrevlova § 26, jfr. § 25 analogisk i direktekravstilfeller, vil B være avskåret fra å motregne visse ukonnekse krav mot C i As direktekrav. B vil likevel kunne motregne sine *konnekse* krav mot C i As direktekrav etter de alminnelige motregningsreglene om konnekse krav mot tredjeperson.¹²⁸

3.2.3.3 Vurdering

Spørsmålet blir dermed hvilket regelsett som er *riktig* å anvende i denne sammenheng, eller med andre ord; kan B motregne både konnekse- og (visse) ukonnekse krav mot C ovenfor As direktekrav etter analogisk anvendelse av gjeldsbrevlova § 26 jfr. § 25, eller kan B kun motregne sine konnekse krav mot C ovenfor As direktekrav etter de alminnelige motregningsreglene om konnekse krav mot tredjeperson?

Det kan søkes veiledning i kjøpslovgivingen. I forarbeidene til kjøpsloven uttales i relasjon til kjøpsloven § 84 (1) at B ikke kan motregne ovenfor A med krav mot C.¹²⁹ I forbrukerkjøpsloven § 35 sjette ledd står dette uttrykkelig, men i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven er forbudet ikke begrunnet noe mer enn at det vil virke «rimelig at det tidligere salgssleddet ikke kan motregne».¹³⁰ Sæbø mener blant annet at bestemmelsens sjette ledd er «klart utilstrekkelig gjennomtenkt».¹³¹ Det kan spørres om motregningsforbudet bør få tilsvarende anvendelse i annen forbrukervernlovgivning, herunder bustadoppføringslova og håndverkertjenestelova. I denne oppgaven er det imidlertid tale om entrepriseforhold mellom næringsdrivende. Ettersom store deler av forbrukervernlovgivningene preges av forbrukervernhensyn, er det på det rene at det overnevnte motregningsforbudet ikke kan legges til grunn analogisk i entrepriseforhold mellom næringsdrivende.

Krüger har uttalt at B ikke bør få motregne i slike tilfeller.¹³² Jervell har på sin side uttalt at B ikke bør ha motregningsrett overfor A med ukonnekse krav mot C, men at B bør kunne

¹²⁸ Sæbø (2003) s. 213.

¹²⁹ Ot.prp nr. 80 (1986-87) s. 137.

¹³⁰ NOU 1993:27 s. 102 og Ot.prp.nr.44 (2001-02) s. 154 og s. 190. Her presiseres det til og med at B ikke kan motregne overfor A med krav mot C selv om kravene er konnekse. Dette er, i likhet med forbudet i sjette ledd, ubegrunnet.

¹³¹ Sæbø (2003) s. 120.

¹³² Krüger (1999) s. 491-492.

motregne konnekse krav.¹³³ Også Lilleholt er åpen til å godta Bs motregningsrett med konnekse krav i denne sammenhengen.¹³⁴

Sæbø foretar en bredere analyse og trekker et skille mellom de tilfeller hvor A gjør gjeldende Cs mangelskrav overfor B etter at kravet er gått over på A, og tilfellene hvor mangelskravet stiftes for A. Sæbø er av den oppfatning at B kan motregne både konnekse- og (visse) ukonnekse krav mot C ovenfor A etter de alminnelige motregningsreglene om motregning ved overgang av (hoved)kravet i de tilfellene direktekravsadgangen bygger på subrogasjon, dvs. at A gjør gjeldende Cs krav mot B.¹³⁵ Hov er av noenlunde samme oppfatning, idet han mener at gjeldsbrevlova § 26 kan anvendes analogisk fordi subrogasjon ikke rettspolitisk skiller seg fra de ordinære cesjonstilfellene.¹³⁶ I de tilfellene hvor direktekravsadgangen ikke bygger på subrogasjon, dvs. hvor kravet *stiftes* for A, antar Sæbø at B kun kan motregne konnekse krav etter de alminnelige motregningsreglene mot tredjeperson.¹³⁷

Tørum har en enda strengere forståelse. Han mener avveiningen må tolkes som en vurdering om det skal gis fortrinnsrett til Bs motregningsrett eller As direktekrav.¹³⁸ Han konkluderer med at man ikke kan anvende gjeldsbrevlova § 26, jfr. § 25 analogisk ved direktekravsadgang overhode, slik at Bs motregningsrett må baseres på de alminnelige motregningsreglene om konnekse krav mot tredjeperson.¹³⁹

Diskusjonen reiser utfordrende problemstillinger, men tvilen virker hovedsakelig å befinne seg i hvorvidt subrogasjonstilfellene kan kvalifiseres til analogisk anvendelse av gjeldsbrevlovas bestemmelser, dvs. Bs motregningsrett ovenfor A i de tilfellene hvor A *trer inn* i Cs krav mot B.

I vårt tilfelle er direktekravsadgangen i NS 8405 og NS 8407 grunnet på springende regress, hvor A benytter sitt *eget* mangelskrav – innenfor rammen av Cs krav – direkte mot B. At A benytter sitt eget krav mot B taler umiddelbart mot en analogisk forståelse av gjeldsbrevlova § 26 jfr. § 25 ettersom bestemmelsene kun regulerer *overganger* av Cs krav til A. Det kan på den andre siden synes tvilsomt å ilegge avgjørende vekt på hvilken «direktekravsmodell» som

¹³³ Jervell (1994) s. 951.

¹³⁴ Lilleholt (2001) s. 169.

¹³⁵ Sæbø (2003) s. 118-120.

¹³⁶ Hov (2002) s. 336-337.

¹³⁷ Sæbø (2003) s. 120.

¹³⁸ Tørum (2007) s. 606.

¹³⁹ Ibid s. 608.

benyttes, ettersom «modellene» ikke fungerer som egne regelsett men snarere betegnelser for *hvilket* krav A retter mot B. At A benytter sitt eget krav ovenfor B er etter mitt syn likevel et tungtveiende argument for at gjeldsbrevlovas bestemmelser ikke kan anvendes analogisk i direktekravstilfellene grunnet på springende regress.

Tørum mener vurderingen ikke kan ta *utgangspunkt* i gjeldsbrevlova § 26 ettersom man da langt på vei foregriper svaret på om B bør få motregne visse ukonnekse krav.¹⁴⁰ Etter mitt syn er dette standpunktet uheldig. Ved å analysere hvilken motregningsadgang man får ved analogisk anvendelse av gjeldsbrevlovas bestemmelser, vil man langt på vei kunne få et klarere perspektiv om hensynene bak gjeldsbrevlovas bestemmelser er i tråd med de hensynene som den utvidede motregningsretten bygger på. Jeg mener derfor det er helt nødvendig å ta *utgangspunkt* i gjeldsbrevlova § 26 i denne avveiningen.

Dersom B er avskåret fra å motregne visse ukonnekse krav etter gjeldsbrevlova § 26 jfr. § 25, vil A i realiteten få en bedre rett enn C opprinnelig hadde. Dersom B kunne motregnet ovenfor C, burde B også få motregne ovenfor A. Grunntanken bak gjeldsbrevlova § 26 er jo nettopp å beskytte Bs motregningsrett i de tilfellene hvor rettighetshaveren for hovedkravet skiftes.¹⁴¹ Etter mitt syn vil imidlertid disse hensyn kun være gjeldende i subrogasjonstilfellene hvor A *trer inn* i Cs krav mot B, og ikke i tilfellene hvor A gjør gjeldende *sitt eget krav* ovenfor B ettersom det ikke skjer et kreditorskifte mellom C og A.

Skal en tillate B å motregne med visse ukonnekse krav ved analogisk anvendelse av gjeldsbrevlovas bestemmelser må det legges avgjørende vekt på vilkåret for As direktekravsadgang om at kravet kunne «vært gjort gjeldende av entreprenøren».¹⁴² Vilkåret medfører blant annet at dersom C har motregnet kravet ovenfor B forut for stiftelsen av As direktekrav, må A finne seg i at kravet ikke lenger består all den tid kravet allerede er gjort opp ved motregning i forholdet mellom C og B. Men, dersom kravet ikke er gjort opp forut for stiftelsen av As direktekrav vil vilkåret være oppfylt ettersom kravet fortsatt kan gjøres «gjeldende» av C. Oppfyllelsen av vilkåret endrer likevel ikke det elementære forhold at B har krav mot C og A har krav mot B. Ettersom Bs motregningsrett beror på alminnelige motregningsregler eller avtale mellom B og A, vil det ikke være i tråd med gjeldende rett å

¹⁴⁰ Tørum (2007) s. 606.

¹⁴¹ Hov (2002) s. 336.

¹⁴² NS 8405 pkt. 37 annet ledd og NS 8407 pkt. 43 første ledd.

«strekke» gjeldsbrevlovas bestemmelser til analogisk anvendelse i slike tilfeller ettersom det på ingen måte kan sies å være en «overgang» av Cs krav til A.

Den overnevnte slutningen er imidlertid ikke til hinder for at gjeldsbrevlova § 26 jfr. § 25 kan anvendes analogisk i subrogasjonstilfellene hvor Cs krav *overføres* til A.¹⁴³ Selv om overføringen ikke skjer som en ordinær avtalebasert cesjon, er det i realiteten uansett tale om et kreditorskifte mellom C og A.¹⁴⁴

Konklusjonen er dermed at gjeldsbrevlova § 26 jfr. § 25 ikke kan anvendes analogisk i de tilfellene hvor A gjør gjeldende sitt eget krav mot B grunnet på springende regress, jfr. blant annet Bs motregningsrett etter NS 8405 pkt. 37 annet ledd og NS 8407 pkt. 43 annet ledd. Dermed vil underentreprenørens motregningsrett ovenfor byggherrens direktekrav kun omfatte de *konnekse* krav han har mot entreprenøren.

¹⁴³ Sæbø (2003) s. 120.

¹⁴⁴ Tørum (2007) s. 604 omtaler overføringen som en legalcesjon.

3.3 Konneksitetskravets innhold

3.3.1 Generelt

Bergsåker hevder konneksitetsbegrepet i motregningslæren ikke er et skarpt avgrenset fenomen, i den forstand at det er snakk om «grader av konneksitet fremfor enten/eller».¹⁴⁵ Jeg understreker at det i grensedragningen mellom konnekse- og ukonnekse krav er nødvendig å avklare hvorvidt tilknytningen mellom kravene er sterk nok til å betegne kravene enten som konnekse eller ukonnekse. Av den grunn er det tilknytningen i seg selv som varierer i styrke, og ikke konneksiteten mellom kravene som sådan. En sterk forbindelse vil kunne oppfylle konneksitetskravet, mens en svak forbindelse risikerer å ikke oppfylle konneksitetskravet. Jeg er med andre ord enig i substansen til Bergsåkers poeng, men ikke i terminologien. Av hensyn til vurderingstemaet i 3.3.2 vil ikke denne terminologien benyttes.

Sæbø har antatt at ved avtalt motregningsrett vil det neppe være klare holdepunkter for en tolkning av konneksitetsbegrepet som avviker fra det som vanligvis gjelder etter de alminnelige motregningsregler.¹⁴⁶ Jeg er av samme oppfatning. Den videre fremstilling vil derfor hovedsakelig rettes mot konneksitetsbegrepets innhold etter de alminnelige motregningsregler.

3.3.2 Kan hovedkrav og motkrav fra forskjellige entrepriseprosjekter oppfylle konneksitetskravet?

Det følger av gjennomgående juridisk teori og rettspraksis at hvorvidt kravene er konnekse avhenger av om kravene stammer fra «samme rettsforhold».¹⁴⁷ Etter min oppfatning er begrepet «samme rettsforhold» imidlertid uklart og til dels misvisende. Jeg vil derfor heller anlegge følgende vurderingstema: når er *tilknytningen* mellom kravene sterk nok til å oppfylle konneksitetskravet i de tilfellene kravene stammer fra forskjellige prosjekter?

Høyesterett behandlet konneksitetskravet i Rt. 1928 s. 1121.¹⁴⁸ Saken gjaldt en ekspeditør som leverte varer til feil mottaker, uten at kjøperen hadde gitt konnossement. Ekspeditøren ble først erstatningsansvarlig til selgeren for feil leveranse. Deretter krevde ekspeditøren

¹⁴⁵ Bergsåker (2015) s. 246.

¹⁴⁶ Sæbø (2003) s. 197.

¹⁴⁷ Se bl.a. Rt. 1915 s. 840, Rt. 1928 s. 885 samt Sæbø (2003) s. 190.

¹⁴⁸ Rt. 1928 s. 1121.

regress av banken som hadde stilt som garantist. Banken innfridde kravet til ekspeditøren, men krevde å motregne garantikravet med kravet den riktige kjøper hadde mot ekspeditøren som følge av feil leveranse. Høyesterett konkluderte med motregningsrett og uttalte:

«jeg antar at (...) al rimelighet maa tilsi, at det omhandlede motkrav faar sin avgjørelse i forbindelse med Eitzen & Co.s fordring ifølge bankgarantien, og jeg ander kraver herpaa berettiget, i det jeg maa anse konnexitet at være tilstede mellom hoved og motkrav.»¹⁴⁹

Høyesterett gir uttrykk for at selv om hovedkrav og motkrav har grunnlag i forskjellige kontrakter, kan konneksitet likevel konstateres av hensyn til «rimelighet». Sæbø mener Høyesterett anlegger en for mild terskel for konneksitet i denne dommen.¹⁵⁰ Min oppfatning er tilsvarende. Dommen er gammel, og slik jeg forstår rettstilstandens utvikling virker det som at rimelighetsbetraktninger ikke alene kan begrunne konneksitet mellom kravene når de stammer fra forskjellige kontrakter. Som jeg skal drøfte i det følgende, må det konstateres en noe sterkere forbindelse mellom kravene. Likevel må det understrekes at reelle hensyn uansett er et tungtveiende hensyn i konneksitetsvurderingen, men da først og fremst i samspill med andre rettskildefaktorer.

Konneksitet var også et spørsmål i Rt. 1992 s. 504.¹⁵¹ Saken gjaldt om debitor cessus kunne motregne overfor cesjonaren, et factoringselskap, med krav mot cedenten etter gjeldsbrevloven § 26. Saken ble avgjort på det grunnlag at factoringavtalen ikke overførte risiko til factoringselskapet, og dermed ikke tilfredsstilte kravet til avhendelse slik det forstås etter gjeldsbrevloven § 26. Motregningsadgang overfor factoringselskapet med krav mot cedenten var dermed ikke avskåret.

Selv om det ikke kunne utledes direkte av gjeldsbrevloven § 26, presiserte førstvoterende ut ifra etablert rettsoppfatning at det gjaldt særregler for konnekse krav, jfr. også gjeldsbrevloven § 18 (2) hvor det kreves at kravene stammer fra «same rettshøvet». Førstvoterende kom imidlertid frem til at kravene ikke var konnekse. Førstvoterendes uttalelser knyttet til hvordan uttrykket skal forstås er uansett veiledende: «Når det foreligger *flere avtaler*, mener jeg det må påvises et tilknytningsforhold mellom dem som gjør det *rimelig* å si at krav etter avtalene

¹⁴⁹ Rt. 1928 s. 1121 avsnitt 9.

¹⁵⁰ Sæbø (2003) s. 209.

¹⁵¹ Rt. 1992 s. 504.

er oppstått i samme rettsforhold» (min kursivering).¹⁵² Høyesterett gir dermed uttrykk for at krav som springer fra forskjellige kontrakter kan anses konnekse dersom en kan påvise en reell tilknytning mellom kravene. Også her presiserer Høyesterett at reelle hensyn er av vesentlig betydning.

I saken gjaldt det to enkle fordringer oppstått etter to tilvirkningskontrakter inngått på forskjellige tidspunkter, om ulike leveranser til separate byggeprosjekter, og uten at det forelå et løpende forretningsforhold mellom partene. Selv om Høyesterett ikke avklarte meningsinnholdet med begrepene «løpende forretningsforhold» eller «rimelig (...) tilknytningsforhold» er det interessant at Høyesterett konstaterte konneksitet selv om kravene stammet fra ulike kontrakter.

En annen interessant dom behandler også konneksitetsbegrepet ved motregning.¹⁵³ Dommen er høyst relevant selv om sakens faktum ikke bygde på entrepriseforhold eller kontraktsbaserte krav. Saken gjaldt om Statens pensjonskasse hadde rett til å motregne foreldede krav på feilutbetalt uførepensjon i senere løpende alderspensjonsutbetalinger etter foreldelsesloven. Høyesterett kom til at vilkårene for motregning var oppfylt, herunder at kravene stammet fra «samme rettsforhold» etter foreldelsesloven § 26 b).¹⁵⁴ Førstvoterende mente at dersom kravene stammet fra «samme avtale (...) eller ved løpende forretningsforhold» (min understreking) vil kravene normalt anses konnekse.¹⁵⁵ Selv om uttalelsen om «løpende forretningsforhold» var i form av et obiter dictum, er det interessant at Høyesterett likestiller krav fra samme kontrakt med krav fra forskjellige kontrakter dersom kontraktene er ledd i et «løpende forretningsforhold». Bergsåker hevder at Høyesteretts uttalelser fra dommen kan anvendes generelt på andre rettsområder så langt de passer.¹⁵⁶

Brækhus uttrykker et lignende utgangspunkt. Han mener det avgjørende er om «sammenhengen mellom fordringene er så nær at det ville virke *urimelig* om den ene part kunne kreve sitt uten samtidig å yde det den annen part har krav på» (min kursivering).¹⁵⁷ Han hevder det klare utgangspunktet er at krav som stammer fra samme kontrakt alltid er konnekse, og at det som hovedregel ikke foreligger konneksitet mellom krav som stammer fra

¹⁵² Rt. 1992 s. 504 fjerde avsnitt.

¹⁵³ HR-2019-1662-A.

¹⁵⁴ Lov av 18. mai 1979 nr. 8 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

¹⁵⁵ HR-2019-1662-A avsnitt 53.

¹⁵⁶ Bergsåker (2019) s. 3.

¹⁵⁷ Brækhus (1977) s. 58.

forskjellige kontrakter.¹⁵⁸ Brækhus uttrykker imidlertid at en formell oppdeling av kontraktene ikke bør være avgjørende, i den forstand at krav som danner en «forretningsmessig enhet» og er «inngått samtidig» bør anses konnekse.¹⁵⁹

Sæbø har en tilsvarende forståelse og fremhever at krav som springer ut av samme kontrakt som hovedregel er konnekse, og at krav fra forskjellige kontrakter også kan anses konnekse dersom kontraktene utgjør en forretningsmessig enhet, eller kan sies å inngå i noe som betraktes som et løpende forretningsforhold.¹⁶⁰

I dansk teori uttrykkes en lignende rettsoppfatning. Jensen uttaler at krav som springer ut fra forskjellige kontrakter kan være konnekse dersom man kan konstatere en så nær forbindelse mellom *kontraktene* at kravene kan sies å springe ut av samme rettsforhold.¹⁶¹

I kommentarutgaven til NS 8405 uttrykkes det derimot at underentreprenøren kun kan motregne de krav som er «oppstått i det samme prosjektet som byggherren har krav i».¹⁶² Videre står det at dersom underentreprenørens krav springer ut av «en annen kontrakt han har for entreprenøren på et annet byggeprosjekt vil ikke vilkårene for motregning være oppfylt», herunder konneksitetskravet.¹⁶³ Rettsoppfatningen er streng, og etter mitt syn verken begrunnet eller analysert grundig nok fra forfatterens side. Det er heller ikke blitt drøftet hvorvidt rettskilder fra den alminnelige obligasjonsretten er relevant i denne sammenheng, noe jeg betegner som en metodisk svakhet. I tillegg må det igjen understrekes at juridisk teori som rettskildefaktor har meget liten rettskildemessig vekt. Jeg mener uansett at kommentarutgaven gir uttrykk for en uheldig forståelse av konneksitetsbegrepet, og kan derfor neppe legges til grunn å være i tråd med gjeldende rett.

Som nevnt i 1.1 er entreprisekontrakter av en spesiell karakter i form av langvarighet og omfang.¹⁶⁴ Hvorvidt dette momentet taler for en strengere forståelse av konneksitetskravet i entrepresesammenheng er imidlertid tvilsomt. Jeg mener dette ikke bør være av betydning overhode idet det vil være en uheldig kategorisering å operere med et strengere konneksitetsvilkår i entreprisekontrakter enn ellers. Det er det heller neppe grunnlag for etter

¹⁵⁸ Brækhus (1977) s. 58.

¹⁵⁹ Ibid s. 58.

¹⁶⁰ Sæbø (2003) s. 210.

¹⁶¹ Jensen (2007) s. 202.

¹⁶² Marthinussen m.fl. (2016) s. 635.

¹⁶³ Ibid s. 636.

¹⁶⁴ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 21-24.

gjeldende rett all den tid det ikke fins holdepunkter som tilsier at entreprisetrakter skal tolkes strengere enn alminnelige kontrakter mellom næringsdrivende.

Alt i alt virker det klart at konneksitetskravet ved (utvidet) motregningsrett ikke er et strengt objektivt krav om at kravene må stamme fra samme kontraktsforhold. Selv om felles kontraktsgrunnlag som oftest ligger til grunn, gir de overnevnte rettskildene uttrykk for at man må ta utgangspunkt i den reelle tilknytningen mellom kravene uavhengig av om kravene stammer fra samme kontrakt eller ikke. Dette beror på en konkret vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende.

3.3.3 Konneksitet på annet grunnlag enn samme kontraktsforhold

I tråd med overnevnte rettskilder er det særlig to alternative grunnlag som likestilles med krav fra samme kontraktsforhold i relasjon til konneksitetskravet for (utvidet) motregningsrett; for det første hvor kravene utgjør en *forretningsmessig enhet* og for det andre hvor kravene inngår som ledd i et *løpende kontraktsforhold*. Jeg vil i det følgende søke å avklare det nærmere meningsinnholdet for disse grunnlagene.

3.3.3.1 Løpende forretningsforhold

Et «løpende forretningsforhold» i entreprisesammenheng må tolkes som et vedvarende forretningssamarbeid i flere forskjellige byggeprosjekter. Dette alternativet forutsetter dermed at de forskjellige kontraktene kravene stammer fra ikke regulerer det samme byggeprosjektet. Her må man imidlertid stille krav til at partene har samarbeidet med hverandre i et visst omfang.

I Rt. 1987 s. 1449 ble det tvist om oppgjør av to i alt fire kontrakter om levering av tørrfisk til Nigeria.¹⁶⁵ Tvisten stod mellom det sveitsiske firmaet Utex S.A. og Eksportutvalget for tørrfisk i Norge. Som følge av mislighold på begge parters hånd etter kontrakt nr. 3 fikk partene krav mot hverandre, betegnet i saken som Uteks hovedkrav og Eksportutvalgets dollarkrav. I kontrakt nr. 4 var det regulert at oppgjør skulle skje til en dollarkurs fastsatt etter kontrakt nr. 3. Når tørrfisken etter kontrakt nr. 4 ble levert, la imidlertid kjøperen til grunn en lavere kurs enn avtalt slik at Eksportutvalget dermed fikk et krav mot Utex som følge av uriktig oppgjør. Dette kravet betegnes i saken som kronekravet. Eksportutvalget kansellerte deretter kontrakt nr. 4 og krevde å motregne dollarkravet fra kontrakt nr. 3 og kronekravet fra kontrakt nr. 4, mot Uteks hovedkrav fra kontrakt nr. 3. Høyesterett kom til (ved dissens 3-2) samme resultat som lagmannsretten om at motregning kunne foretas mellom partene selv om kravene stammet fra forskjellige kontrakter. Annenvoterende uttalte som talsmann for flertallet at:

«konnekse krav i flere henseender står i en særstilling når det gjelder motregning, fører denne anførsel ikke frem i denne sak, (...) og all den stund det ikke er noen

¹⁶⁵ Rt. 1987 s. 1449.

*vesentlig forskjell med hensyn til kronekravets saklige sammenheng overfor erstatningskravene under de to kontrakter».*¹⁶⁶

Begrunnelsen annenvoterende gir er noe uoversiktlig og til dels vanskelig å forstå. Sæbø mener uttalelsen om kravenes sammenheng gir uttrykk for at Høyesterett mener at kontrakt nr. 3 og 4 kan ses under ett i relasjon til spørsmål om konneksitet.¹⁶⁷ Jeg er av samme oppfatning, og vil i tillegg understreke Høyesteretts formulering om kravenes «saklig(e) sammenheng». Kronekravet og hovedkravet var nært forbundet ettersom kontraktene kravene stammet fra i all hovedsak gjaldt de samme leveransene. Forholdet kunne derfor etter mitt syn også blitt vurdert etter grunnlaget om «forretningsmessig enhet».¹⁶⁸

Likevel mener jeg at Høyesteretts uttalelser i dommen har liten generell overføringsverdi i relasjon til det som drøftes her. Sakens faktum er svært sammensatt, og det er ikke usannsynlig at Høyesterett har vektlagt den særskilte situasjonen om at norske myndigheter tidligere hadde vedtatt at det sveitsiske selskapet Utex fikk enerett til å forestå import av tørrfisk.¹⁶⁹ Når det foreligger en slik enerett vil det derfor trolig være kunstig å klassifisere forholdet mellom utvalget og Utex som et «løpende forretningsforhold». Saken er uansett illustrerende som et eksempel på et forretningssamarbeid som potensielt vil kunne betegnes som et «løpende forretningsforhold» dersom den overnevnte eneretten ikke hadde vært tilstede.

Borgarting lagmannsretts dom i LB-2011-206503 er interessant.¹⁷⁰ Tvisten stod mellom Snøhetta AS og Buro Happold Ltd. Snøhetta ble engasjert av et saudiarabisk selskap i forbindelse med oppføringen av RAK Convention Center i De forente arabiske emirater. Snøhetta inngikk deretter 3. desember 2009 en kontrakt med Buro Happold om teknisk bistand i forbindelse med oppføringen av RAK-bygget. Buro Happold leverte deretter tjenestene i henhold til kontrakten og oversendte et vederlagskrav på rundt 4 MNOK til Snøhetta. Snøhetta hadde imidlertid et krav på rundt 19 MNOK mot Buro Happold fra et annet byggeprosjekt, nemlig oppføringen av Aramco Cultural Center i Saudi-Arabia. Spørsmålet var om Snøhettas motkrav fra Aramco-kontrakten kunne motregnes i vederlagskravet Buro Happold hadde rett på etter RAK-kontrakten.

¹⁶⁶ Rt. 1987 s. 1149 avsnitt 10.

¹⁶⁷ Sæbø (2003) s. 207.

¹⁶⁸ Se 3.3.3.2.

¹⁶⁹ Sæbø (2003) s. 207.

¹⁷⁰ LB-2011-206503.

Lagmannsretten konkluderte med at Snøhetta hadde motregningsrett ettersom de alminnelige vilkårene for motregningsrett var oppfylt. I et obiter dictum viste retten til at det var tale om et omfattende samarbeid og et sammensatt kontraktsforhold, slik at Snøhetta «uansett» kunne motregnet kravet fra Aramco-kontrakten. I dommens faktiske grunnlag lå det klare holdepunkter som tilsa en sterk forretningsforbindelse mellom Snøhetta og Buro Happold. Utover de to oppdragene saken gjaldt, hadde Snøhetta en vedvarende praksis å engasjere Buro Happold for teknisk bistand. Dersom konneksitet hadde blitt aktuelt, er jeg av den oppfatning at forretningsforbindelsen mellom partene var så sterk at kravene trolig kunne sies å være konnekse. Dommen ble ikke anket videre til Høyesterett.

Selv om dommen er en lagmannsrettsdom, er saksforholdet uansett illustrerende for hvor sterk tilknytning jeg mener må påvises for at forretnings samarbeidet kan betraktes som et «løpende forretningsforhold». Snøhetta hadde en langvarig praksis i å engasjere Buro Happold som konsulenter i ulike byggeprosjekter. Det understrekes at Snøhetta hadde engasjert dem i flere enn to prosjekter. Jeg er imidlertid ikke av den oppfatning at man kan stille rene kvantitative krav til antall byggeprosjekter partene har imellom seg, men det vil fortsatt være av noe betydning dersom partene har mer enn to kontraktsforhold med hverandre. Selv om kontraktene i dommen angikk forskjellige byggeprosjekter, påløp prosjektene parallelt i tid. Dommen er meget illustrativ for de reelle hensyn som gjør seg gjeldende for utvidet motregningsrett ved konnekse krav. Det var rimelig at Snøhetta fikk en sikkerhetsrett til å «tvangsinndrive» kravet sitt fra Aramco-kontrakten ved motregning når deres forretningsmessige samarbeid ellers var så sterk. Det er etter min oppfatning svært viktig å understreke at de reelle hensynene knytter seg til den sterke tilknytningen mellom kravene i kraft av partenes «løpende forretningsforhold», ikke generelle rimelighetsbetraktninger i form av hvor rimelig motregningsoppgjøret er i det konkrete tilfellet.

Oppsummeringsvis er jeg av den oppfatning at i vurderingen om det foreligger et «løpende forretningsforhold» skiftes fokuset fra kravenes saklige tilknytning til partenes øvrige forretningsmessige tilknytning. For å avbøte den manglende saklige sammenhengen mellom kravene, må det legges til grunn en streng kvalitativ terskel i vurderingen av partenes «løpende forretningsforhold».

3.3.3.2 Forretningsmessig enhet

Begrepet peker på at kravene fra de forskjellige kontraktene ses under ett, idet kontraktene regulerer forskjellige deler av ett og samme byggeprosjekt. Dette forutsetter dermed at kontraktene ikke regulerer forskjellige entrepriseprosjekter. Dersom kontraktene regulerer forskjellige prosjekter vil det være mer hensiktsmessig å vurdere om kravene inngår som ledd i et «løpende forretningsforhold» mellom partene. Om kravene utgjør en «forretningsmessig enhet» kan langt på vei tolkes som et krav om saklig sammenheng mellom kravene.

Borgarting lagmannsretts dom i LB-2015-094057 er illustrerende.¹⁷¹ Saken gjaldt om underentreprenøren Fasadeeksperten kunne motregne et krav de hadde mot entreprenør Balder på kr. 100 000 i direktekravet byggherren Oscarsgate 43 gjorde gjeldende mot Fasadeeksperten. Samtlige arbeid gjaldt oppussing av fasade i en eldre bygård i Oslo. Lagmannsretten vurderte underentreprenørens motregningsrett og viste i den forbindelse til NS 8415 pkt. 37 annet ledd som ga underentreprenøren «rett til å motregne overfor kravet i den utstrekning dette er tillatt etter gjeldende rett».¹⁷² Ettersom motkravet var foreldet, viste lagmannsretten til foreldelsesloven § 26 bokstav b om at et foreldet krav kan benyttes til motregning såfremt hovedkrav «springer ut av det samme rettsforhold» som den foreldede motfordring. Det avgjørende ble derfor om Fasadeekspertens motkrav var konnekst med Oscarsgate 43 direktekrav.

Kravene stammet fra to forskjellige entreprisekontrakter, herunder hovedentreprisekontrakten (NS 8406) og underentreprisekontrakten (NS 8415). Lagmannsretten mente likevel at avtalene speilet hverandre, var inngått omtrent samtidig og bakgrunnen for kontraktene var samme byggeprosjekt; rehabilitering av fasaden ved den samme bygården. Lagmannsretten mente derfor det forelå tilstrekkelig sammenheng mellom kontraktene at de kunne ses under ett. Konneksitetskravet var dermed oppfylt, og Fasadeeksperten kunne kreve motregning i byggherrens direktekrav. Anken ble nektet fremmet for Høyesterett.¹⁷³

Også Agder lagmannsretts dom i LA-2009-050806 er illustrerende.¹⁷⁴ Tvisten stod mellom Bø Sparebank og Bondal AS. Telemark Fjellsprengning AS utførte sprengningsarbeider etter en underentreprisekontrakt inngått i juni 2003 med et arbeidsfelleskap bestående av fire

¹⁷¹ LB-2015-094057.

¹⁷² Se NS 8405 pkt. 37 annet ledd.

¹⁷³ HR-2016-01386-U.

¹⁷⁴ LA-2009-050806.

solidarisk ansvarlige selskaper, herunder Bondal AS. Sprengningsarbeidet ble deretter fakturert til arbeidsfellesskapet. Arbeidsfellesskapet hadde på sin side inngått en annen underentreprisekontrakt i april 2003 med hovedentreprenør Mesta. Samtlige arbeider gjaldt ny innfartsvei til Kragerø. Telemark Fjellsprengning gikk deretter konkurs, og Bø Sparebank overtok kravet på rundt én million kroner de hadde mot arbeidsfellesskapet. Bondal bestred kravet og krevde å motregne et erstatningskrav arbeidsfellesskapet hadde mot Telemark Fjellsprengning som følge av mangelfullt arbeid. Erstatningskravet stammet imidlertid fra en annen kontrakt som Oddmund Farsjø & Sønner AS hadde inngått særskilt med Telemark Fjellsprengning. Dette selskapet var blant en av de fire solidarisk ansvarlige selskapene i arbeidsfellesskapet.

Ettersom motkravet var foreldet, foretok lagmannsretten en konneksitetsvurdering etter betingelsen om «samme rettsforhold» i foreldelsesloven § 26 b), og bemerket innledningsvis at kravene ikke formelt sett stammet fra samme kontrakt men at kontraktene alt i alt regulerte det samme byggeprosjektet. Lagmannsretten konkluderte derfor med at konneksitetskravet var oppfylt slik at Bondal kunne motregne erstatningskravet i vederlagskravet. Dommen ble ikke anket videre til Høyesterett.

Selv om de overnevnte lagmannsrettsdommene er av liten rettskildemessig vekt, er saksforholdene svært illustrative i relasjon til drøftelsen her. I førstnevnte dom gjaldt det underentreprenørens (utvidede) motregningsrett ovenfor byggherrens direktekrav, og det var i denne sammenheng naturlig at underentreprenørens motkrav formelt sett stammet fra en annen entreprisekontrakt (underentreprisen) enn byggherrens hovedkrav (hovedentreprisen). Men, ettersom begge entreprisekontraktene saklig sett gjaldt det samme – oppussingen av Oscarsgate 43 – kunne kravene fra de forskjellige kontraktene anses konnekse på grunn av den sterke saklige tilknytningen.¹⁷⁵ De samme hensyn gjør seg gjeldende i Fasadeekspertdommen ettersom det også her var en sterk saklig sammenheng mellom kravene all den tid de forskjellige kontraktene gjaldt samme byggeprosjekt, i denne saken innfartsveien til Kragerø.

I vurderingen av partenes «løpende forretningsforhold» er vurderingstemaet hvor sterk tilknytning *partene* har uavhengig av kravenes tilknytning som sådan. I vurderingen om

¹⁷⁵ Grunnlaget «forretningsmessig enhet» er nyttig å anvende i de tilfellene hvor det er tale om underentreprenørens motregningsrett ovenfor byggherrens direktekrav. Se 3.3.2.

kravene utgjør en «forretningsmessig enhet» er vurderingstemaet derimot *kontraktenes* saklige tilknytning ettersom det forutsettes at kravene stammer fra forskjellige kontrakter.

Etter mitt syn er det likevel usikkert hvor *sterk* saklig tilknytning som kreves for å kunne konstatere konneksitet på dette grunnlaget. Vil man uten videre kunne konstatere konneksitet i de tilfellene hvor kontraktene gjelder det samme byggeprosjektet? Hvor langt kan man i så fall strekke hva som omfattes å være *samme* byggeprosjekt? Eller med andre ord; hvor langt kan man strekke begrepet «forretningsmessig enhet»?

Det må foretas en konkret vurdering i ethvert tilfelle basert på hva det aktuelle byggeprosjektet omfatter, og de ulike delene av det samme byggeprosjektet. Det skyldes ikke tilfeldigheter at de ulike delene av et entrepriseprojekt reguleres i forskjellige kontraktsforhold, eksempelvis hvor entreprenøren engasjerer forskjellige underentreprenører til å gjøre arbeid av ulikt omfang og karakter. Likevel bør man i relasjon til spørsmål om konneksitet ved «forretningsmessig enhet» betrakte alle disse kontraktene som en helhetlig regulering av det samme byggeprosjektet ettersom kravene som måtte oppstå i disse kontraktene alt i alt stammer fra de samme faktiske forholdene; oppføringen av det enkelte bygget, byggingen av den bestemte veien etc. Dersom «byggeprosjektet» på den andre siden innebærer oppføring av flere uavhengige bygg som geografisk sett foregår på forskjellige steder, vil det muligens være hensiktsmessig å betrakte de enkelte prosjektene som forskjellige «forretningsmessige enheter». I disse tilfellene vil det utvilsomt være manglende saklig sammenheng mellom kontraktene. Dette vil imidlertid ikke gjelde i de tilfellene hvor det foreligger en rammekontrakt som videre betinger partene til å inngå ytterligere kontraktsforhold i de forskjellige byggeprosjekter. Men, i disse situasjonene vil det uansett være mer naturlig at forholdet vurderes under alternativet «løpende forretningsforhold».¹⁷⁶

Alt i alt er jeg av den oppfatning at det må ha formodningen mot seg at krav fra forskjellige kontrakter som saklig sett dreier seg om det samme byggeprosjektet ikke er konnekse. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering i ethvert tilfelle hvor langt de saklige grensene for ett og samme byggeprosjekt strekker seg.

¹⁷⁶ Se 3.3.3.1.

3.3.3.3 Tidsmessig sammenheng

Problemstillingen er her hvor nær tidsmessig sammenheng som kreves for at krav fra forskjellige kontrakter anses konnekse.

I Rt. 1992 s. 504 gjaldt det to entreprisekontrakter inngått 13. mars 1987 og 5. mai 1987. Entrepriskontraktene gjaldt imidlertid forskjellige byggeprosjekter, og kravene fra de ulike kontraktene ble ikke ansett som konnekse. I Bø Sparebank-dommen ble kontraktene også inngått med to måneders mellomrom. Ettersom retten kom til at motregningsrett forelå, tyder dette på at den tidsmessige tilknytningen mellom kontraktene ikke var for fjern. I motsetning til Rt. 1992 s. 504 gjaldt kontraktene i Bø Sparebank-dommen samme byggeprosjekt.

Sæbø mener blant annet at det ved vurderingen om kontraktene utgjør en «forretningsmessig enhet», må det som regel forutsettes at kontraktene inngås samtidig.¹⁷⁷ Fasadeeksperten-dommen er et eksempel på akkurat dette. Kontraktene gjaldt det samme byggeprosjektet og ble inngått noenlunde samtidig. Retten vektla både den saklige- og tidsmessige nærheten mellom kontraktene slik at konneksitetskravet dermed var oppfylt.

Etter mitt syn virker tidsmessig nærhet å være av mindre betydning i vurderingen om kravene inngår som ledd i et «løpende forretningsforhold» mellom partene, enn ved vurderingen om kontraktene utgjør en «forretningsmessig enhet». Dersom kravene fra de forskjellige kontraktene inngår som ledd i et «løpende forretningsforhold» mellom partene, må det nesten forutsettes at kontraktene inngås på forskjellige tidspunkt all den tid de gjelder *forskjellige* byggeprosjekter. Det ville derfor være uhensiktsmessig dersom den tidsmessige sammenheng skulle hatt betydning her. Det er derfor grunn til å stille lempeligere krav til den tidsmessige sammenheng dersom forholdet vurderes under grunnlaget «løpende forretningsforhold». I forholdene som vurderes under grunnlaget «forretningsmessig enhet» gjelder jo kravene fra de forskjellige kontraktene saklig sett det samme, og det kan med andre ord forventes at inngåelsen av de forskjellige kontraktene er gjort noenlunde samtidig. Regelanvendelsen bør forstås i den retning at kravene til tidsmessig sammenheng må balanseres etter hvor sterk saklig sammenheng som kan påvises. En sterk tidsmessig sammenheng kan eventuelt avbøte en svak saklig tilknytning, eller motsetningsvis; jo sterkere saklig sammenheng, desto lempeligere krav til tidsmessig sammenheng. Jeg mener likevel at

¹⁷⁷ Sæbø (2003) s. 210.

den tidsmessige sammenhengen ikke alene bør få avgjørende betydning i noen av disse vurderingene all den tid en sterk tidsmessig sammenheng kan skyldes rene tilfeldigheter.

3.3.3.4 Dersom kontraktene verken utgjør en forretningsmessig enhet eller kan sies å inngå som ledd i et løpende forretningsforhold – kan konneksitetskravet oppfylles på annet grunnlag?

Problemstillingen er av subsidiær art og det vil ha formodningen mot seg at konneksitet foreligger i de tilfellene hvor kravene ikke springer fra samme kontrakt, ikke kan sies å utgjøre en «forretningsmessig enhet» eller inngå som ledd i et «løpende forretningsforhold».

Sæbø berører problemstillingen. Han trekker frem at selv om man oppstiller objektive kriterier slik som «løpende forretningsforhold» og «forretningsmessig enhet» med sikte på å gi klarhet og forutberegnelighet, vil grensdragningen alt i alt bygge på en skjønnsmessig vurdering.¹⁷⁸ En slutning fra denne teorien indikerer at reelle hensyn trumfer forutberegnelighetshensyn, idet man ikke legger avgjørende vekt på de objektive kriteriene om samme kontraktsgrunnlag, «forretningsmessig enhet» eller «løpende kontraktsforhold». Sæbø legger videre til grunn at en skjønnsmessig vurdering kan benyttes til å justere og utfylle det foreløpige resultatet som følger av å ha lagt objektive kriterier til grunn.¹⁷⁹ Dette samsvarer blant annet med Brækhus synspunkt, og viser at man i avgjørende grad benytter reelle hensyn i vurderingen av hvor sterk tilknytning som kreves for å oppfylle konneksitetskravet.¹⁸⁰

Et tilsvarende syn kommer til uttrykk i HR-2019-1662-A hvor førstvoterende avslutningsvis viser til at «det også i *andre forhold* kan være grunnlag for å konstatere konneksitet dersom stiftelsesgrunnlaget, formålet, rettighetene og pliktene, samt forholdet ellers mellom partene samlet sett utgjør en tilstrekkelig tilknytning» (min kursivering).¹⁸¹

Høyesterett lister her opp vurderingsmomenter som kan benyttes i en slik skjønnsmessig vurdering Sæbø gir anvisning på. Hvorvidt Høyesterett legger opp til at man i ethvert tilfelle skal foreta en slik skjønnsmessig vurdering etter man har vurdert de objektive kriteriene er imidlertid usikkert. Det som uansett er sikkert er at Høyesterett viser en tilbøyelig holdning til å akseptere konneksitet utover objektive kriterier som felles kontraktsgrunnlag, «løpende

¹⁷⁸ Sæbø (2003) s. 209.

¹⁷⁹ Ibid s. 209.

¹⁸⁰ Brækhus (1977) s. 58.

¹⁸¹ HR-2019-1662-A avsnitt 53.

forretningsforhold» og «forretningsmessig enhet». En slik holdning må tolkes dithen at reelle hensyn er den avgjørende faktoren i konneksitetsvurderingen, idet man har en sikkerhetsventil som kan fange opp de tilfellene som ikke omfattes av de objektive kriteriene.

Etter min mening bør man heller benytte Høyesteretts vurderingsmomenter i den utstrekning de passer inn ved de objektive kriteriene om «løpende forretningsforhold» eller «forretningsmessig enhet». For eksempel vil tidsmessig nærhet mellom kontraktsinngåelsene uansett være av sentral betydning i vurderingen om kontraktene utgjør en «forretningsmessig enhet», samtidig som at forholdet mellom partene vil være av sentral betydning i vurderingen om kontraktene kan sies å inngå som ledd i en «løpende forretningsforhold». Jeg er derfor av den oppfatning at reelle hensyn er den underliggende røde tråden som må benyttes gjennomgående i konneksitetsvurderingen. Det kan likevel ikke være feil dersom man heller er av den oppfatningen at reelle hensyn kan utfylle og justere det foreløpige resultatet etter å ha lagt de objektive kriteriene til grunn. Dette vil ikke medføre noen vesensforskjeller idet det avgjørende uansett vil være reelle hensyn.

Det er viktig å presisere avslutningsvis at selv om reelle hensyn er sentralt, er det ikke rimeligheten av partenes egne forutsetninger om en eventuell motregning som vil være avgjørende. Det er på det rene at motregning som oppgjørsmåte kan oppleves som lettvint for minst en av partene i kontraktsforholdet, men det er uten betydning hvorvidt den ene parten vil ha mer eller mindre behov for motregningsrett, eller om motregning vil medføre uheldige virkninger for den annen part. Det sentrale er rimeligheten basert på hvor sterk tilknytning det er mellom kravene som sådan, ikke hvor rimelig et motregningsoppgjør i det aktuelle tilfellet vil være for den ene parten.

4 Avslutning

4.1 Bør konneksitetsbegrepet forstås strengere ved detensjonsrett og stansingsrett enn ved (utvidet) motregningsrett?

Som presisert i 2.3.2.2 er det uklart hvorvidt konneksitetsbegrepet skiller seg i innhold ved de aktuelle rettene.

Øyen mener konneksitetsvilkåret i detensjonsretten må tolkes noe snevrere enn i motregningslæren.¹⁸² Hagstrøm og Lindskog er av samme oppfatning.¹⁸³ Likevel har ingen av teoretikerne begrunnet tolkningsresultatet i tilstrekkelig grad. Etter mitt syn er et slikt tolkningsresultat ikke åpenbart i henhold til gjeldende rett, og jeg vil derfor avslutningsvis drøfte hvorvidt konneksitetskravet *bør* ha ulikt innhold ved de overnevnte rettene.

Først og fremst har konneksitet ulik betydning i de forskjellige regelsettene ettersom alminnelig tilbakeholdsrett betinger konneksitet, mens alminnelig motregningsrett ikke betinger konneksitet. Når det er sagt, må vurderingen uansett ta utgangspunkt i hvorvidt konneksitetsvilkårets innhold bør være annerledes i lys av de formål som bærer de respektive reglene. Konneksitetens ulike betydning vil derfor ikke automatisk tilsi forskjeller i begrepets innhold.

Tilbakeholdsrett grunnes hovedsakelig i sikkerhetshensyn, idet parten får en sikkerhetsrett ved tilbakeholdet.¹⁸⁴ Motregning grunnes i oppgjørshensyn, hvor motregning som oppgjørsmåte anses å være lettvt og effektivt.¹⁸⁵ Utøvelse av motregningsretten grunnes likevel også av klare sikkerhetshensyn, idet en ensidig kan erklære gjensidig bortfall av minst to krav mot medkontrahentens vilje.¹⁸⁶ Sikkerhetshensynet er dermed samlet sett et fremtredende hensyn både ved tilbakeholdsrett og motregningsrett, og vil etter mitt syn kunne begrunne en viss likhet i forståelsen av konneksitetsbegrepets innhold ved de forskjellige rettene.

¹⁸² Øyen (1998) s. 721.

¹⁸³ Hagstrøm (2011) s. 371, Lindskog (2014) s. 88.

¹⁸⁴ Se 2.1.

¹⁸⁵ Se 3.2.1.

¹⁸⁶ Se 3.2.1.

Et argument som kan tale for at konneksitetsbegrepet bør forstås strengere ved tilbakeholdsrett enn i motregningslæren er betydningen av gjensidighetsbetraktninger. I en entreprisekontrakt forplikter entreprenøren seg til å utføre arbeid *mot* at byggherren betaler for det utførte arbeidet. De gjensidighetsbetraktningene som ligger bak denne utvekslingen er kjernen i tilbakeholdsretten, og kan ved første øyekast ikke virke like fremtredende ved spørsmål om (utvidet) motregningsrett.¹⁸⁷ Dette kan skyldes at konneksitetsvurderingen ved tilbakeholdsrett tar utgangspunkt i tilknytningen mellom *forpliktelsene*, mens konneksitetsvurderingen ved (utvidet) motregningsrett tar utgangspunkt i tilknytningen mellom *kravene*. Dette vil imidlertid etter mitt syn ikke være av betydning all den tid krav og forpliktelse er to sider av samme sak – kreditors *krav* utgjør debtors *forpliktelse*. Argumentet om en forsterket betydning av gjensidighetsbetraktninger ved tilbakeholdsrett vil dermed ikke kunne begrunne en strengere forståelse av konneksitetsbegrepets innhold.

En kontrakt inngås med sikte på at kontraktens forpliktelser skal oppfylles. En kan hevde at konneksitetsbegrepet bør forstås strengere ved tilbakeholdsrett enn ved (utvidet) motregningsrett ettersom utøvelsen av tilbakeholdsrett skjer under *gjennomføringen* av en kontrakt i den forstand at tilbakeholderen suspenderer sin ytelsesplikt. Ved (utvidet) motregningsrett er det derimot tale om innfrielse av *oppgjørsmodne* krav.¹⁸⁸ Man kan ved første øyekast tenke at motregningen dermed ikke vil påvirke kontraktgjennomføringen som sådan, men argumentet svekkes imidlertid all den tid det økonomiske oppgjøret er en del av selve kontraktoppfyllelsen. I entrepresesammenheng er jo byggherrens forpliktelse nettopp å *betale* entreprenørens vederlagskrav. Det er derfor tvilsomt om de forskjellige rettene generelt sett påvirker kontraktgjennomføringen i ulik grad. Det er heller ikke sikkert om utøvelsen av tilbakeholdsrett er mer inngripende ovenfor medkontrahent sammenlignet med utøvelsen av (utvidet) motregningsrett, særlig ettersom motregning avskjærer As rett til å kreve hovedkravet betalt.

Alt i alt, mener jeg det ikke foreligger gode nok grunner til å operere med et strengere konneksitetsbegrep ved detensjonsrett og stansingsrett enn ved (utvidet) motregningsrett. Man vil da i realiteten ende opp med et konneksitetsbegrep som ikke har vesentlige innholdsforskjeller ved de aktuelle rettene. Analogibetraktninger på tvers av rettene vil

¹⁸⁷ Øyen (1998) s. 734.

¹⁸⁸ Oppgjørsmodenhet innebærer at forfallstiden for motkravet- og frigjøringstiden for hovedkravet er kommet. Sæbø (2003) s. 80.

dermed ikke være så kontroversielle som først antatt i 2.3.2.2, men etter mitt syn heller ikke nødvendige da gjensidighetsbetraktninger og reelle hensyn alene kan begrunne en reell tilknytning mellom forpliktelsene som kan oppfylle konneksitetskravet for tilbakeholdsrett utover de rent formelle forholdene.

4.2 Oppsummering

Oppgaven har tatt for seg konneksitetens betydning og innhold ved detensjonsrett, stansingsrett og motregningsrett i relasjon til problematikken rundt krav eller forpliktelser fra forskjellige entreprisprosjekter.

Det er på det rene at konneksitet fungerer som et vilkår for detensjonsrett, stansingsrett (ved ordinært mislighold) og utvidet motregningsrett. Det synes imidlertid som at man i dagens rettstilstand har forstått konneksitetsbegrepets innhold noe ulikt ved de forskjellige rettene.

I motregningslæren virker teori og Høyesterettspraksis åpen til å godta konneksitet hvor kravene stammer fra forskjellige entreprisprosjekter såfremt man kan konstatere en annen reell tilknytning utover de formelle forholdene, eksempelvis hvor kravene utgjør en «forretningsmessig enhet» eller inngår som ledd i et «løpende forretningsforhold» mellom partene. Ved spørsmål om detensjonsrett og stansingsrett virker holdningen mer restriktiv i å godta konneksitet utover de kontraktstekniske grensene, i alle fall som den klare hovedregelen.

Samlet sett tilsier rettskildebildet en viss terskelforskjell for konneksitetskravet ved de ulike rettene. Som jeg drøftet i 4.1 kan jeg ikke se noen gode grunner som taler for slike forskjeller all den tid de gjensidighetsbetraktninger og reelle hensyn som begrunner de respektive rettene taler *mot* å ilegge avgjørende vekt i hvorvidt kravene eller forpliktelsene formelt sett stammer fra forskjellige prosjekter. På dette området hadde det vært betimelig med en rettsavklarende Høyesterettsdom.

Etter mitt syn bør det avgjørende i konneksitetskravet i ethvert tilfelle være den *reelle* tilknytningen mellom kravene eller forpliktelsene i lys av de hensyn som bærer de respektive rettene.

Litteraturliste

Litteratur

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. Oslo, M.H.Andenæs, 2009.
- Andenæs (1997) Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*, Oslo, M.H.Andenæs, 1997.
- Bergsåker (2019) Bergsåker, Trygve. «Motregning med foreldet motkrav. Høyesteretts dom 2. september 2019 (HR-2019-1662-A)», i *Nytt i privatretten nr. 3/2019*, Cappelen Damm, 2019.
- Bergsåker (2015) Bergsåker, Trygve. *Pengekravsrett*. Oslo, Gyldendal, 2015.
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus. *Grunnleggende juridisk metode*. Oslo, Universitetsforlaget. 2012.
- Brækhus (1977) Brækhus, Sjur. «Avtalt motregning. Bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige fremtidige forpliktelser overfor depositaren», i *Rett og humanisme: festskrift til Kristen Andersen*, Forlaget Tanum-Norli, 1977, s. 53-77.
- Eckhoff (1997) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Oslo, Universitetsforlaget, 1997.
- Hagstrøm (2015) Hagstrøm, Viggo. *Kjøpsrett*.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, Universitetsforlaget, 2011.
- Hagstrøm/Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman. *Entrepriserett*. Oslo, Universitetsforlaget, 2014.

- Haaskjold (2017) Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett*, Oslo, Universitetsforlaget, 2017.
- Hov (2002) Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte*. Oslo, Papinian, 2002.
- Jensen (2007) Jensen, Pia Moltke. *Konneksitet*. København, Jurist- og Økonomforbundet, 2007.
- Jervell (1994) Jervell, Stephen. «Misligholdskrav mot tidligere salgsledd», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap 05/1994 (Volum 140)*, Universitetsforlaget, 1994, s. 905-1010.
- Jørgensen (1927) Jørgensen, Stig. *Kontraktsrett 2*. København, Juristforbundets forlag, 1972.
- Krüger (1999) Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. Bergen, Alma Mater Forlag, 1999.
- Lilleholt (2001) Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.
- Lindskog (2014) Lindskog, Stefan. *Kvittning om avräkning av privaträttsliga fordringar*. Stockholm, Norstedts Juridik, 2014.
- Marthinussen m.fl. (2016) Marthinussen, Karl, Giverholt, Heikki og Arvesen Hans-Jørgen. *NS 8405 med kommentarer*. Oslo, Gyldendal, 2016.
- Rodhe (1956) Rodhe, Knut. *Obligationsrätt*. Stockholm, Norstedts Juridik, 1956.
- Sandvik (1977) Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Oslo, Universitetsforlaget, 1977.

- Skoghøy (1994) Skoghøy, Jens Edvin. «Rett, politikk og moral» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap 05/1994 (Volum 140)*, Universitetsforlaget, 1994, s. 836-881.
- Stokkan (1988) Stokkan, Bjørnar Eirik. «Kontraktsfestet stengningsrett for strøm og telefon» i *Jussens Venner årgang 68 nr. 9-10*, Universitetsforlaget, 1988, s. 283-241.
- Sæbø (2003) Sæbø, Rune. *Motregning*. Bergen, Fagbokforlaget, 2003.
- Tørum (2007) Tørum, Amund. *Direktekrav*. Oslo, Universitetsforlaget, 2007.
- Øyen (1998) Øyen, Ørnulf. «Kravet til konneksitet ved utøvelse av detensjonsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap 04/1998 (Volum 136)*, Universitetsforlaget, 1998, s. 711-762.

Norske lover

Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven)

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

Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad (bustadoppføringslova)

Lov 16. juni 1989 nr. 53 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

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

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

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

Lov 27. juli 1896 nr. 7 om Forældelse af Fordringer (forældelsesloven)

Norske lovforarbeider

Ot.prp.nr.44 (2001-02) om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Ot.prp.nr. 21 (1996-97) om lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov

Ot.prp.nr.80 (1986-87) om Kjøpslov

Standardavtaler

NS:8407 (2011) Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

NS:8405 (2008) Norsk bygge- og anleggskontrakt

NS:3430 (1994) Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider

AFE (1987) Alminnelige forsyningsvilkår for levering av elektrisk kraft

Høyesterettspraksis

HR-2019-1662-A

HR-2016-01386-U

Rt. 1992 s. 770

Rt. 1992 s. 504

Rt. 1987 s. 1449

Rt. 1978 s. 1157

Rt. 1928 s. 1121

Rt. 1928 s. 885

Rt. 1916 s. 1137

Rt. 1915 s. 840

Lagmannsrettspraksis

LB-2015-194057

LB-2011-206503

LA-2009-050806

LG-1998-01424

LB-1996-03324

LE-1994-79