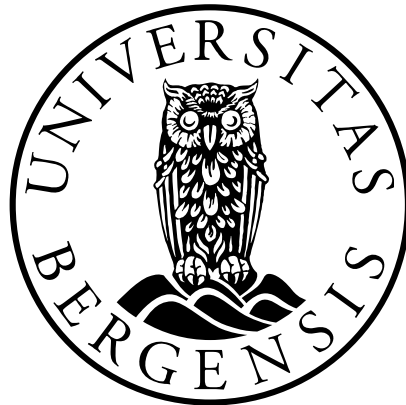


Motregning i direktekrav

*Direktekravsdebitors adgang til å motregne med
krav mot egen medkontrahent*

Kandidatnummer: 190

Antall ord: 14 996



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

7. juni 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Rettsspørsmålet	3
1.2	Rettskildebildet.....	4
1.3	Avgrensninger og veien videre	6
2	Motregning	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Vilkår for motregningsrett.....	9
3	Direktekrav.....	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Bakgrunn og grunnleggende hensyn	12
3.3	Hovedmodellene for oppbygging av direktekrav.....	14
4	As motregningsrett i direktekrav etter subrogasjonsmodellen.....	16
4.1	Introduksjon	16
4.2	Subrogasjon.....	16
4.2.1	Subrogasjonsinstituttets innhold og relevans for motregningsspørsmålet	16
4.2.2	Konsekvensene av at direktekravsadgangen bygger på en subrogasjonstankegang.....	17
4.3	Direktekrav etter de allmenne kontraktslovene.....	18
4.4	Direktekrav med hjemmel i ulovfestet rett.....	27
5	As motregningsrett i direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen.....	31
5.1	Introduksjon	31
5.2	Betydningen av at C fremmer "sitt krav"	31
5.3	Direktekrav etter standardkontrakter.....	34
5.4	Direktekrav fremmet av forbrukere.....	37
5.4.1	Forbrukerkjøpsloven § 35	37
5.4.2	Håndverkertjenesteloven § 27 og bustadoppføringslova § 37	38
5.4.3	Forbrukerkjøp av fast eiendom	41
	Kilderegister	43

1 Innledning

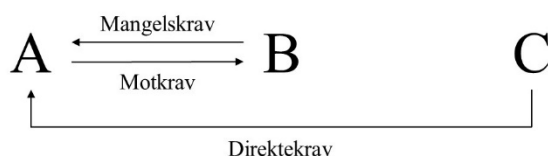
1.1 Rettsspørsmålet

Oppgavens tema er motregningsadgangen for debitor etter et direktekrav. Dersom A har et krav på sin medkontrahent B, og B får et mangelskrav mot A som følge av mangelfull kontraktsoppfyllelse, kan én eller begge parter ha interesse av å gjøre opp kravene mot hverandre ved motregning. Er de alminnelige vilkårene for motregning oppfylt, vil begge partene ha adgang til å ensidig velge denne oppgjørsmåten og motregne overfor den andre parten.¹ Situasjonen kan imidlertid være en annen dersom det ikke er B som retter mangelskrav mot A, men krav som følge av mangelen i stedet fremmes som et direktekrav av tredjeperson C. At C på denne måten fremmer mangelskrav direkte mot A er i stor grad tillatt etter såkalte direktekravsregler, enten ved at C trer inn i Bs krav mot A, eller ved at C får fremme sitt eget krav mot A, innenfor rammene av det B kunne krevd A for.²

Den grunnleggende problemstillingen oppgaven skal belyse er i hvilken grad den motregningsrett A ville hatt overfor B beskjæres når C fremmer direktekrav mot A.

Direktekravskreditor vil som regel omtales som C, mens direktekravsdebitor vil omtales som A, og deres felles kontraktspart vil omtales som B eller medkontrahenten.³

Partskonstellasjonen kan illustreres slik:



At A har et slikt motkrav på sin medkontrahent B, er slettes ikke upraktisk. Det kan blant annet være tilfelle hvor B har fått kreditt ved levering av ytelsen som havner hos C i siste ledd, eller hvor A og B har et løpende forretningsforhold hvor noen krav ennå ikke er oppgjort, som hvor en forretning bruker samme leverandør for flere leveranser eller oppdrag. Når spørsmålet om As motregningsrett står uavklart, kan dette ha uheldige konsekvenser i flere retninger. Manglende avklaring kan som så ofte ellers virke prosessdrivende, men på den

¹ Se punkt 2.

² Nærmere om direktekravenes oppbygging i punkt 3.3.

³ Tørum (2007), s. 36 benytter den samme terminologien.

annen side kan ukklarheten også medføre at en av partene ikke våger å ta prosessrisikoen og bære kostnadene forbundet med rettslig prosess ettersom parten ikke vil kunne føle seg sikker på å vinne saken. A unnlater for eksempel å erklære motregning i frykt for å havne i betalingsmislighold og pådra seg forsinkelsesrenter dersom det senere blir rettskraftig avgjort at A ikke har motregningsrett i slike tilfeller. Ved å erklære motregning er det A som tar risikoen for at vilkårene for motregningsrett foreligger. C er på sin side den som må ta initiativ til å rettslig angripe en motregningserklæring han mener er uberettiget. Når spørsmålet om motregningsrett overfor direktekrav i mange tilfeller ikke er avklart de lege lata, kan C se seg nødt til å akseptere motregningen for å slippe risikoen for å ende opp med (både sine egne og motpartens) potensielt høye prosesskostnader.

1.2 Rettskildebildet

Oppgavens rettsspørsmål skal analyseres ved bruk av vanlig juridisk metode og alminnelige prinsipper for relevans, slutning og vekting av tolkningsbidrag fra rettskildefaktorene som kan ha betydning.⁴

Der det finnes lovregler om rettsspørsmålet som drøftes, følger det av grunnleggende metodebruk at loven er utgangspunktet for drøftelsen. Som fremstillingen vil vise, finnes det mange lovregler som gir kjøpere av varer og tjenester rett til å fremme direktekrav. Dersom en tolkning av lovbestemmelsenes ordlyd gir grunnlag for sikre slutninger om As motregningsrett, vil dette i utgangspunktet være tungtveiende bidrag til løsning av rettsspørsmålet. Det er imidlertid kun én lovbestemmelse som direkte adresserer spørsmålet om As motregningsrett – forbrukerkjøpsloven (forbrkl.)⁵ § 35 sjette ledd. Noen generell avklaring av spørsmålet finnes ikke, verken i lov eller høyesterettspraksis. I den grad direktekrav har noe til felles med avhendelse av krav eller andre former for sikkerhet, kan det imidlertid være adgang til å hente bidrag fra lovregler om disse fenomenene,⁶ som særlig finnes i henholdsvis gjeldsbrevlova (gbl.)⁷, dekningsloven (deknl.)⁸ og panteloven (pantel.)⁹.

⁴ Om den juridiske metode, se bl.a. Nygaard (2004).

⁵ Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp.

⁶ Rettsanvenderens adgang til enkelt- og induksjonsanalogi er blant annet behandlet av Askeland (2004), som på s. 502 understreker at metoden er særlig fremtredende på obligasjonsrettens område.

⁷ Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev.

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

⁹ Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant.

Forarbeider kan kaste lys over hva som er lovgivers syn og vilje når det gjelder tolknings spørsmål knyttet til en lovbestemmelse, og kan få stor vekt i rettsanvendelsen. Motregningsspørsmålet er berørt i en forarbeidsuttalelse til kjøpsloven (kjl.)¹⁰ § 84, hvor det kort konstateres at A ikke kan motregne med krav på B.¹¹ Vekten av denne uttalelsen kan imidlertid problematiseres, ettersom den ikke er nærmere begrunnet og kommer i konflikt med andre uttalelser i kjøpslovens forarbeider.

I tillegg til lovbestemmelser om direktekrav finnes det flere standardkontrakter som gir direktekravsadgang. Dette reiser flere spørsmål, både relatert til hvordan man tolker standardkontrakter og hva det innebærer at direktekravsadgangen beror på avtalegrunnlag. Ved behandlingen av disse spørsmålene vil også underrettspraksis, som i utgangspunktet har liten rettskildemessig vekt, trekkes frem til illustrasjon.

I mangel på sikre slutninger fra autoritative rettskilder, må begrunnelsen for og hensynene bak direktekrav og motregning spille en større rolle. Såkalte reelle hensyn er i utgangspunktet ikke en tungtveiende rettskilde, men kan i visse tilfeller tillegges avgjørende vekt, særlig der de autoritative rettskildene etterlater tvil om løsningen.¹² Som fremstillingen vil vise, bygger direktekravs rettmessighet i stor grad på en avveining av hensynet til de involverte partene, og denne avveiningen kan også gi veiledning for spørsmålet om As motregningsrett. De betraktninger som her gjøres om hva som er en rimelig avveining av hensynet til partene, vil imidlertid ikke knytte seg til rimelighet i det konkrete tilfellet – spørsmålet må avgjøres på typetilfellenivå.¹³ Når reelle hensyn tas i bruk i denne fremstillingen, vil det dermed være i den betydning *Lilleholt* forstår begrepet når han skriver at reelle hensyn blant annet omfatter

kva føremål dei aktuelle reglane har, kva problemstillingar og interesseremotsetningar som gjer seg gjeldande på vedkomande rettsområde, og kva verknadene blir av den eine eller den andre løysinga. Ofte samanfattar vi dette som eit spørsmål om reelle omsyn, men vi ser at det ikkje er noka påhengt vurdering, men i mange tilfelle sjølve «konstitueringa» av drøftinga.¹⁴

Juridisk teori har liten rettskildemessig vekt i seg selv, og heller ikke i den rettsvitenskapelige teorien er det enighet om hvorvidt A kan motregne i Cs direktekrav med krav mot B.¹⁵

¹⁰ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

¹¹ Se Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 137.

¹² Se Lilleholt (2000), særlig s. 52.

¹³ Se Sæbø (2003), s. 39.

¹⁴ Lilleholt (2000), s. 50.

¹⁵ Se eksempelvis Krüger, (1999), s. 491-492; Hov og Høgberg (2017), s. 358-361; Jervell (1994), s. 954-955; Tørum (2007), s. 601-609; Sæbø (2003), s. 118-121.

Rettsvitenskapelige fremstillinger kan imidlertid bidra med argumenter og belyse hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende og bør trekkes inn.

1.3 Avgrensninger og veien videre

Oppgaven har til formål å belyse hvordan det mer generelle motregningsspørsmålet skal løses i forskjellige situasjoner, og det vil dermed ikke være mulig å redegjøre for alle vilkårene for de ulike formene for direktekrav. Det avgrenses blant annet mot spørsmålet om det foreligger krav på de ulike parters hånd – herunder vurderinger av om det foreligger en mangel som gir grunnlag for mangelsbeføyelser og fastsetting av et eventuelt mangelskravs størrelse. Slike spørsmål kan variere med rettsområdet, da ulike lover og kontrakter kan inneholde forskjellig regulering av hva som skal regnes som en mangel og hvilke beføyelser kreditor da kan benytte seg av.

Det vil heller ikke være mulig å redegjøre for alle direktekravsregler i norsk rett. Fremstillingen vil i stedet peke på ulike sider ved direktekrav som kan ha betydning for motregningsspørsmålet, illustrert ved enkeltregler, og vurdere disse opp mot vilkårene for motregningsrett. På denne måten vil redegjørelsen gi grunnlag for å vurdere betydningen av blant annet hvilket rettslig grunnlag direktekravet bygger på og hvilken oppbygging som er valgt for de forskjellige reglene.

Avhengig av kontraktsavvikets karakter, er det også flere former for mangelskrav som det kan være aktuelt for C å rette direkte mot A – blant annet avhjelp, prisavslag og erstatning.¹⁶ Ettersom oppgaven dreier seg om motregning, hvor et av de alminnelige vilkårene for motregningsrett er at kravene som skal motregnes går ut på det samme,¹⁷ vil analysen ta sikte på tilfellene hvor kreditor for direktekravet gjør gjeldende misligholdsbeføyelser som går ut på *penger*, som krav på erstatning og prisavslag. At den direktekravet rettes mot skal ha et motkrav som går ut på eksempelvis retting, og som er komputabelt med kreditors rettingskrav, er trolig høyst upraktisk.

Det er også mange ulike former for krav C kan fremme direkte mot A, men hvor spørsmålet om As motregningsadgang med krav mot B ikke kommer på spissen. Et tenkt eksempel fra

¹⁶ Er kjøpet omfattet av kjøpsloven, følger misligholdsbeføyelsene av hhv. kjl. §§ 34, 38 og 40.

¹⁷ Jf. punkt 2.2 om de alminnelige vilkårene for motregningsrett.

entrepriseforhold kan illustrere bredden av kravsgrunnlag som kan være aktuelle.¹⁸ Byggherre C har engasjert totalentreprenør B for å oppføre et næringsbygg, og B engasjerer i sin tur underentreprenør A for å forestå rørleggingsarbeider. Etter at bygget er ferdig oppført, viser det seg at rørleggingsarbeidene er mangelfulle og har skapt vannskader i bygget. Har A uaktsomt påført C et økonomisk tap ved slurvete arbeid, kan deliktsansvaret aktualiseres. Skyldes vannskadene feil ved materialer brukt i rørleggingsarbeidet, kan det etter omstendighetene fremmes krav etter reglene i produktansvarsloven (prodansvl.)¹⁹. A kan også ha stilt selvstendige garantier, enten direkte overfor C eller slik at garantien skal følge kontraktobjektet. Disse rettsgrunnlagene stifter selvstendige krav for C mot A, hvor det ikke er nødvendig å bygge på mislighold av kontrakten mellom A og B. Det innebærer at motregningsvilkåret om gjensidighet mellom As krav på B og Cs direktekrav verken er eller har vært oppfylt, hvilket avskjærer As rett til å motregne overfor C.²⁰ Til slutt kan C rette krav mot A dersom C har fått overdratt et krav på A til seg, men i disse tilfellene reguleres As motregningsadgang av gbl. § 26.²¹ Som fremstillingen videre vil illustrere, er det først og fremst i tilfellene hvor Cs direktekrav springer ut av mislighold av kontrakten mellom A og B, og eventuelt også av Cs egen kontrakt med B, at spørsmålet kommer på spissen. Det er derfor disse kravstypene som i det følgende omtales som direktekrav, og som står i fokus i analysen.

Det vil i det følgende først redegjøres for motregningsinstituttet (punkt 2) og direktekrav (punkt 3). Analysens hoveddel deles inn etter de to hovedmodellene for oppbygging av direktekrav man opererer med i norsk rett – subrogasjonsmodellen (punkt 4) og dobbeltbegrensningsmodellen (punkt 5).²² Også innenfor disse modellene er det variasjoner som kan være relevante for As motregningsrett, og for å få frem betydningen av variasjonene skilles et utvalg av direktekravsregler ut til nærmere behandling.

¹⁸ Fremstillingen i det følgende av de andre mulige kravsgrunnlagene C kan bygge på er svært forenklet, og har kun til formål å illustrere hvilke krav det avgrenses mot.

¹⁹ Lov 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar.

²⁰ Se nærmere punkt 2.2 om gjensidighetsvilkåret.

²¹ Bestemmelsen behandles nærmere i punkt 2.2. Der Bs misligholdskrav mot A er formalisert i omsetninggjeldsbrev er det gbl. § 18 som regulerer motregningsadgangen, men dette er lite praktisk og vil ikke omtales nærmere.

²² De to modellene forklares nærmere i punkt 3.3.

2 Motregning

2.1 Innledning

At parter som står i gjeld til hverandre kan velge å gjøre opp gjelden ved motregning, er et gammelt og grunnleggende formuerettslig prinsipp i Norge.²³ Partene kan selvsagt bli enige om dette, men motregning kan også tvinges gjennom overfor en uvillig motpart dersom visse vilkår er oppfylt. Oppgjøret gjennomføres da ganske enkelt ved at én av partene erklærer motregning, og kravene dermed avregnes mot hverandre så langt de dekker hverandre. Rettsgrunlaget for motregningsrett kan være lov, avtale eller ulovfestede motregningsregler, men grunnvilkårene følger av ulovfestet sikker rett. Både i litteraturen og i de autoritative rettskildene brukes gjerne betegnelsen "motkrav" for å vise til kravet til den som erklærer motregning, mens "hovedkrav" brukes om kravet til den som utsettes for motregningen.²⁴ Også i denne fremstillingen vil begrepene motkrav og hovedkrav brukes. As krav vil dermed betegnes som motkravet, mens Cs direktekrav vil omtales som hovedkravet.

Det er flere hensyn som bidrar til å begrunne adgangen til å gjennomføre tvungen motregning, utover at motregning fremstår som "rimelig og rettferdig" der motregningsvilkårene er oppfylt.²⁵ For det første er motregning en praktisk enkelt gjennomførbar oppgjørsmåte, ettersom partene slipper både å selv gjennomføre ordinær betaling med likvide midler, og å motta oppgjør.²⁶ Når partene slipper å gjennomføre disse transaksjonene, kan de også spare eventuelle transaksjonskostnader.

For det andre fremheves ofte sikkerhetshensynet som ett av de bærende hensynene bak motregningsreglene.²⁷ Motregningsrett fungerer som en sikkerhetsrett ved at motregneren A har sikkerhet for sitt motkrav i sin egen gjeld til B. På nærmere vilkår videreføres motregningsretten også ved en eventuell konkurs hos B, eller dersom B avhender hovedkravet videre, slik at den som er i motregningsposisjon i utgangspunktet har god sikkerhet for sitt motkrav.²⁸ A kan med dette føle seg tryggere på å gi B kreditt dersom A selv står i gjeld til B,

²³ Se Sæbø (2003), s. 14 med videre henvisninger.

²⁴ Se Sæbø (2003), s. 16.

²⁵ Se Sæbø (2003), s. 31 om motregningsrettens begrunnelse.

²⁶ Se Sæbø (2003), s. 31.

²⁷ Se Sæbø (2003), s. 31.

²⁸ Jf. henholdsvis dekl. kapittel 8 og gbl. § 26.

ettersom han kan velge å motregne dersom B ikke betaler sin gjeld med likvide midler. Retten til tvungen motregning kan dermed virke kredittskapende, som er ønskelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv.²⁹ Den som er i motregningsposisjon skulle dermed i utgangspunktet stå sterkt både dersom innehaveren av hovedkravet avhender dette, og ved hovedkravsinnhavers konkurs.

Det er ikke med dette sagt at tvungen motregning er helt uten betenkeligheter.³⁰ Særlig hensynet til skyldnerens likviditet, som han kan ha behov for å disponere til andre nødvendige utgifter, kan tale mot at han skal tåle tvungen motregning. Motregnerens opptreden ved stiftelsen av motkravet kan også medføre at tvungen motregning fremstår urimelig overfor skyldneren.

2.2 Vilkår for motregningsrett

Vilkårene for motregningsrett bygger i stor grad på slutninger fra alminnelige pengekravsrettslige regler om hva som utgjør frigjørende betaling og når slik betaling kan kreves.³¹ Motregningen skal erstatte oppgjør av motkravet og hovedkravet og medføre samme resultat som om begge parter hadde mottatt betaling og betalt gjeld på ordinært vis.³² Det varierer noe hvordan ulike forfattere fremstiller vilkårene, blant annet ved at noen deler opp enkelte vilkår, mens andre lar flere deler av et vilkår sees under ett. For denne fremstillingen er det tilstrekkelig å operere med tre grunnvilkår for motregningsretten.³³

Det første vilkåret er at både motkrav og hovedkrav må være *oppgjørsmodne*.³⁴ Vilkåret har to sider: (i) må motkravet være forfalt, slik at den som ønsker å innkreve motkravet gjennom motregning er berettiget til å kreve betaling på det aktuelle tidspunktet, og (ii) hovedkravets frigjøringstid må være kommet, slik at motregneren har rett til å foreta frigjørende betaling på motregningstidspunktet. Hensynene som begrunner motregningsrett, gir ikke grunnlag for å

²⁹ Motregningsrettens sikkerhetsfunksjon er ikke alltid kredittskapende, men dette ikke har vært til hinder for å gi motregningsretten et omfattende vern, jf. NOU 1972: 20 s. 328.

³⁰ Se Sæbø (2003), s. 34.

³¹ Se Sæbø (2003), s. 37.

³² Se Sæbø (2003), s. 68.

³³ Bergsåker (2015), s. 250-254 opererer med de samme tre vilkårene. Annerledes Sæbø (2003), s. 30, som deler opp vilkårene noe mer enn det som er nødvendig for denne oppgavens formål.

³⁴ Vilkåret er bl.a. behandlet i Sæbø (2003), kapittel 4.

gjøre unntak fra alminnelige pengekravsrettslige regler ved at motregneren skal få innkreve sitt tilgodehavende før forfall eller innfri sin gjeld før han er berettiget til det.

Det andre vilkåret stiller krav om såkalt *komputabilitet*.³⁵ I dette ligger det at fordringene må gå ut på det samme for at motregneren skal kunne innfri hovedkravet med sitt motkrav. Kravene trenger ikke å være av samme type eller bygge på samme rettsgrunnlag. Det sentrale er at det motkravet *går ut på* må være lovlig betalingsmiddel for å innfri hovedkravet for at en part skal ha rett til å motregne. Det mest praktiske er at både hovedkrav og motkrav lyder på penger, slik at kravene enkelt kan avregnes mot hverandre. Fremstillingen er av den grunn begrenset til å gjelde tilfellene hvor Cs direktekrav er et pengekrav.

Sist, men ikke minst, er det et grunnvilkår for motregningsrett at skyldforholdet er *gjensidig*.³⁶ Med dette menes at kravene må bestå på de samme parters hender – begge partene må både være i gjeld til den andre, og samtidig ha et tilgodehavende på denne. Det sier nærmest seg selv at A ikke uten videre kan kreve at hans krav på B skal komme til avregning i As gjeld til tredjemann C. I et slikt tilfelle vil det være B, og ikke C, som får slettet sin gjeld og på denne måten oppnår oppgjør fra A. Motregningen skal som nevnt komme i stedet for at A betaler til C, som igjen betaler til A, og motregning fra As side med krav på B vil da komme i stedet for betaling til B, ikke betaling til C. Resultatet blir at C ikke får oppgjør slik han ville fått ved ordinær betaling. Gjensidighetsvilkåret er kommet til uttrykk i blant annet Rt. 1928 s. 885 (Stalheim).

At vilkårene for å gjennomføre tvungen motregning er oppfylt, innebærer ikke at kravene automatisk gjøres opp ved motregning. Partene kan av ulike grunner se seg tjent med å foreta ordinær betaling ved forfall i stedet for å motregne kravene mot hverandre. Det kreves derfor i tillegg en *motregningserklæring* fra en av partene.

Selv der alminnelige motregningsvilkår er oppfylt, kan motregningsretten avskjæres i visse tilfeller der gode grunner tilsier det. Eksempelvis kan sosiale hensyn tale for å gi kontanthensynet og hensynet til isolert oppgjør gjennomslag overfor arbeidsgivers interesse i å motregne i arbeidstakers lønnskrav, se arbeidsmiljøloven³⁷ § 14-15. Motregningsretten kan også avskjæres på grunn av rettsmisbruk, jf. Rt. 2008 s. 385 (avsnitt 92).

³⁵ Vilkaeret behandles bl.a. i Sæbø (2003), kapittel 3.

³⁶ Vilkaeret behandles bl.a. i Sæbø (2003), kapittel 2.

³⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Der det er oppstilt motregningsforbud, gjøres det ofte unntak for krav som springer ut av samme rettsforhold – såkalte *konnekse krav*.³⁸ Et eksempel på konnekse krav er selgerens krav på kjøpesummen og kjøperens erstatningskrav som følge av selgerens mislighold av den samme kontrakten. Begrunnelsen for at motregningsretten gjerne utvides ved konnekse krav er at motregning fremstår desto mer rimelig der kravene har en så tett sammenheng, og at det motsatt ville virke ekstra urimelig om debitor for hovedkravet skal tåle å måtte gi kontant oppgjør uten noen form for sikkerhet for at hans motkrav fra samme rettsforhold vil bli betalt.³⁹ I tillegg kan det være retts teknisk vanskelig å skille mellom innsigelser mot hovedkravet og konnekse motkrav.⁴⁰

Det gjelder også unntak fra de alminnelige motregningsvilkårene i motsatt retning – i noen tilfeller tillates motregning selv om de alminnelige motregningsvilkårene ikke er oppfylt. Særlig aktuelt i denne sammenheng er gbl. § 26. Bestemmelsen medfører enkelt sagt at den motregningsretten debitor hadde overfor sin opprinnelige kreditor, på nærmere vilkår opprettholdes overfor den nye kreditor dersom hovedkravet avhendes og gjensidigheten dermed brytes. Vilkårene for at motregningsretten skal videreføres er at debitor ble eier av motkravet før han fikk vite om avhendelsen av hovedkravet, og at motkravet forfaller senest når debitor får vite om avhendelsen, eller samtidig som hovedkravet.⁴¹ Er kravene konnekse, utvides motregningsretten ved avhendelse av hovedkravet ytterligere.⁴²

For motregningsspørsmålet denne oppgaven skal omhandle, er det særlig gjensidighetsvilkåret og unntak fra dette som kommer på spissen. Der A ønsker å motregne overfor C med sitt krav på B, er ikke gjensidighetsvilkåret oppfylt. Det gjelder imidlertid unntak fra gjensidighetsvilkåret i visse tilfeller, som omtalt like ovenfor. Spørsmålet blir dermed om og i så fall når A kan motregne overfor Cs direktekrav på tross av den manglende gjensidigheten.

³⁸ Se utførlig om konneksitet i Sæbø (2003), kapittel 9.

³⁹ Jf. HR-2019-1662-A (Statens pensjonskasse) avsnitt 52, HR-2021-1106-A avsnitt (32) og Sæbø (2003), s. 191.

⁴⁰ Se Sæbø (2003), s. 191 med videre henvisning til Rt. 1907 s. 834.

⁴¹ Nærmere om gbl. § 26 i Sæbø (2003), kapittel 7.3.

⁴² Jf. Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans) s. 507 og Sæbø (2003), s. 152.

3 Direktekrav

3.1 Innledning

Dersom en kjøper C mottar en vare eller tjeneste som ikke samsvarer med de krav som følger av kontrakten, er dette en mangel kjøperen kan gjøre gjeldende overfor sin medkontrahent B som har ytet varen eller tjenesten.⁴³ I noen tilfeller er kjøperen C innrømmet mer vidtrekkende virkemidler i form av at han kan fremme krav også mot andre enn sin egen selger B. Her vil det særlig være aktuelt for C å rette sitt krav direkte mot Bs medkontrahent A fra en tidligere eller bakenforliggende kontrakt B har inngått vedrørende den mangelfulle kontraktsgjenstanden. I slike tilfeller taler man gjerne om *direktekrav*. Adgangen til å fremme krav direkte mot A kan være av stor verdi for C, eksempelvis der medkontrahenten B ikke er rustet til å forestå avhjelp eller ikke er søkegod for et eventuelt pengekrav.

Som nevnt innledningsvis er det variasjoner i både rettsgrunnlag og vilkår innenfor gruppen direktekrav. Selve bakgrunnen og begrunnelsen for at kjøpere innrømmes kontraktsavledet direktekravsadgang er imidlertid langt på vei felles, og jeg vil derfor redegjøre nærmere for dette før jeg går videre til forskjellene.

3.2 Bakgrunn og bærende hensyn

Utgangspunktet i norsk rett er relativitetsprinsippet – at en kontrakt kun kan skape rettigheter og plikter for partene.⁴⁴ Behovet for direktekrav har nødvendiggjort modifikasjoner i dette utgangspunktet ved at også C tillates å fremme krav ved As kontraktsbrudd. Utviklingen av direktekravslæren i norsk rett begynte med *Ørsted* allerede på 1800-tallet, og siden den gang har også Høyesterett og lovgiver utviklet direktekravsregler.⁴⁵ I dag finner man direktekravsregler i mange av de sentrale kontraktslovene.

Ved innføringen av den første norske lovbestemmelsen om direktekrav ble det fremhevet som en viktig del av regelens begrunnelse at "heimelsmannen ikke bør slippe ansvar for en mangel som kan tilbakeføres til ham, dersom kjøperen av en eller annen grunn ikke kan nå selgeren

⁴³ Jf. eksempelvis kjl. § 17.

⁴⁴ Se Jervell (1994), s. 907-908.

⁴⁵ Se *Ørsted* (1832), s. 138-139 og Tørum (2007), s. 29 og kapittel 12.1.

med sitt krav".⁴⁶ I forlengelsen av dette har det vært fremhevet – både av Høyesterett og i forarbeidsuttalelser – at A ikke har noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg krav som følge av misligholdet, såfremt kravet er begrenset til det A uansett måtte forvente å betale til sin kontraktspart B.⁴⁷ Tvert imot ville det representere en tilfeldig fordel på Cs bekostning dersom A skulle slippe ansvar for en mangel som kan tilbakeføres til ham, kun fordi B har videresolgt kontraktsgjenstanden og unnlater å fremme mangelskrav.⁴⁸ Også utenfor direktekravstilfellene har lovgiver som regel anerkjent at debitor for et krav ikke kan motsette seg kreditorskifte, såfremt hans beskyttelsesverdige interesser ivaretas ved at innsigelser og eventuell motregningsrett er i behold, se gbl. §§ 25 og 26.

Videreutviklingen av direktekravsinstituttet skyldes også at behovet for direktekrav har økt i takt med samfunnsutviklingen. Behovet for å kunne gå direkte på et tidligere kontraktsledd skyldes delvis at det i dag ofte er flere salgssledd enn det tidligere har vært, hvor noen av leddene bare har som oppgave å importere eller videreselge det ferdige produktet.⁴⁹ Selger i siste ledd har ikke nødvendigvis apparat og fagkunnskap til å avklare om det foreligger mangler, og i så fall rette disse.⁵⁰ Direktekravsadgang kan også medføre prosessøkonomiske og oppgjørstekniske fordeler, ettersom B kan holdes utenfor en eventuell prosess. At C slipper å gå veien om B kan også tenkes å gi mindre transaksjonskostnader.⁵¹

Direktekravsadgangen kan by på visse praktiske problemer for A, for eksempel ved at det som ellers ville blitt fremmet som ett stort regresskrav fra B, for eksempel en detaljist, i stedet skal fremmes av mange ulike forbrukere som har kjøpt enkeltvarer fra et mangelfullt vareparti.⁵² Slike ulemper for A vil imidlertid også kunne oppstå dersom B hadde *videresolgt* sine mangelskrav. Synspunktet her kan være at dersom A må finne seg i tilsvarende ulemper dersom B videreselger et krav, kan ulempen heller ikke være et avgjørende argument mot å tillate direktekrav.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 25 (1973–74) s. 50.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 136, Rt. 1976 s. 1117 (Siesta) s. 1122 og Rt. 1981 s. 445 (Davanger) s. 451.

⁴⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) s. 49 og Lilleholt (2017), s. 375.

⁴⁹ Se Jervell (1994), s. 924–925.

⁵⁰ Se Jervell (1994), s. 925 og Lilleholt (2017), s. 375.

⁵¹ Se Tørum (2007), s. 182.

⁵² Se Tørum (2007), s. 336.

3.3 Hovedmodellene for oppbygging av direktekrav

Vilkårene for direktekravsrett beror i stor grad på hvilken modell direktekravsadgangen er bygget etter. For direktekrav som er avledet av kontrakten mellom A og B, opereres det med to hovedmodeller for oppbygging av kravet – subrogasjonsmodellen og dobbeltbegrensningsmodellen.⁵³ Felles for disse er at B må ha et krav mot A, og at Bs krav utgjør ytterrammen for Cs direktekrav.

Den første hovedmodellen for oppbygging av direktekrav er *subrogasjonsmodellen*, som har fått sitt navn fordi C ikke anvender sitt eget krav, men *trer inn i* det mangelskrav B eventuelt måtte ha mot A.⁵⁴ Hovedvilkåret etter subrogasjonsmodellen er at B har et "tilsvarende krav" mot A. Som eksempel på en bestemmelse hvor subrogasjonsmodellen er anvendt, kan det vises til kjøpsloven § 84 første ledd, hvor det fremgår at "[k]jøperen [C] kan gjøre krav som følge av mangel gjeldende mot et tidligere salgsledd [A], for så vidt *tilsvarende krav* på grunn av mangelen kan gjøres gjeldende av selgeren [B]." (uthevet her). Vilkåret må forstås på bakgrunn av den bærende begrunnelsen bak direktekravsreglene – at A ikke skal ha beskyttelsesverdige interesser i å motsette seg direktekravet.

Inntredelseskonstruksjonen innebærer at C ikke får bedre rett overfor A enn B hadde.⁵⁵ C må derfor forholde seg til hva som er avtalt mellom A og B, herunder ansvarsbegrensninger, samt frister for reklamasjon og lignende. Samtidig innebærer det at C bruker Bs krav at C selv ikke behøver å ha noe mangelskrav, verken mot A eller B. C kan eksempelvis ha kjøpt en gjenstand "som den er", mens B på sin side hadde avtalt med A at gjenstanden skulle inneha visse kvaliteter som det viste seg at den manglet. Dersom C kan bygge sitt krav på en direktekravsregel etter subrogasjonsmodellen, vil "som den er"-forbeholdet ikke være til hinder for at han likevel kan bruke Bs mangelskrav.

Den andre hovedmodellen for oppbygging av direktekrav er *dobbeltbegrensningsmodellen*. Direktekravsregler etter dobbeltbegrensningsmodellen bygger på at C bruker *sitt eget krav mot B*, men i stedet fremmer dette mot A, i motsetning til å tre inn i Bs krav mot A. Det er denne modellen som er anvendt for blant annet forbrukeravtalelovene og i flere av

⁵³ Tørum (2007), s. 37 bruker begrepene subrogasjonsmodellen og dobbeltbegrensningsmodellen, men også "springende regress" er en mye brukt betegnelse på sistnevnte modell.

⁵⁴ Nærmere om subrogasjon nedenfor under punkt 4.2.

⁵⁵ At en rettsetterfølger ikke får bedre rett enn den han utleder sin rett fra, er et gammelt formuerettslig prinsipp som for avhendelse av fordringer kommer til uttrykk i gbl. § 25.

standardkontraktene utgitt av Norsk Standard. Her kan forbrkj. § 35 første ledd tjene som illustrasjon på hvordan direktekravsregler etter dobbeltbegrensningsmodellen kan formuleres. Bestemmelsen slår fast at "[f]orbrukeren [C] kan gjøre *sitt mangelskrav* mot selgeren gjeldende mot et tidligere yrkessalgsledd [A] for så vidt *tilsvarende krav* på grunn av mangelen kan gjøres gjeldende av selgeren [B]..." (uthevet her).

Grunnvilkåret etter subrogasjonsmodellen om at B må ha et "tilsvarende krav" mot A gjelder altså også for krav etter dobbeltbegrensningsmodellen, slik at Cs krav kun kan gjøres gjeldende innenfor rammene av Bs krav mot A. Dette kan medføre begrensninger både i art og i omfang. A og B har eksempelvis i forholdet mellom seg bestemt at visse kvalitetsfeil ikke skal regnes som mangler, eller B har fått kjøpe til en lavere pris enn C, slik at et eventuelt prisavslag på Bs hånd er mindre enn hva C kan kreve av B. C må også fremme sitt krav innenfor de reklamasjonsfrister som gjelder for Bs krav mot A. Størrelsen på og arten av Cs eget mangelskrav mot B utgjør også en begrensning – dersom C for eksempel har kjøpt en brukt vare av B, vil Cs prisavslagskrav kunne være mindre enn det kravet B kunne fremmet mot A, ettersom kjøpesummen gjerne er lavere.⁵⁶ Etter subrogasjonsmodellen vil som nevnt Cs eget krav (om han i det hele tatt har et krav) ikke innebære tilsvarende begrensning av direktekravet.

⁵⁶ Jf. Rt. 1998 s. 656 (Veidekke) hvor det på side 661 uttales at direktekrav etter denne modellen "er begrenset til det krav han kunne ha gjort gjeldende overfor selgeren, og som selgeren eller en annen kunne ha krevd regress for mot sin hjemmelsmann", samt Tørum (2007), s. 269 flg.

4 As motregningsrett i direktekrav etter subrogasjonsmodellen

4.1 Introduksjon

Spørsmålet i denne delen av analysen er i hvilken grad A kan benytte motkrav mot B til å motregne i Cs direktekrav etter subrogasjonsmodellen. Konklusjonen må bero på en tolkning av den enkelte direktekravsregel. I tillegg til den alt nevnte bestemmelsen i kjl. § 84, vil det i dette punktet redegjøres for direktekravsregelen i avhendingslova (avhl.)⁵⁷ § 4-16, samt rettspraksis hvor Høyesterett anvender ulovfestede direktekravsregler som følger subrogasjonsmodellen. Først vil det imidlertid knyttes noen bemerkninger til hva subrogasjon innebærer, og hvilke konsekvenser det kan ha for motregningsadgangen at direktekravet bygger på subrogasjon.

4.2 Subrogasjon

4.2.1 Subrogasjonsinstituttets innhold og relevans for motregningsspørsmålet

Direktekrav etter subrogasjonsmodellen bygger, som navnet tilsier, i stor utstrekning på en subrogasjonstankegang. For kjøpsloven § 84 fremkommer dette klart av forarbeidene, hvor det slås fast at regelen "fullt ut bygger på et subrogasjonssynspunkt".⁵⁸ En tilsvarende henvisning til "subrogasjonssynspunktet" finnes også i departementets uttalelser til avhendingslova § 4-16.⁵⁹ Fremhevelsen av subrogasjonstankegangen ved lovfestingen av direktekravsadgangen i sentrale kontraktslover gir grunn til å knytte noen bemerkninger til subrogasjon og hva subrogasjonstankegangen innebærer for As motregningsrett.

Subrogasjon er et rettslig fenomen hvor en ny kreditor trer inn i opprinnelig kreditors krav mot en tredjeperson uten overdragelse eller annen ordinær rettsovergang, og omtales ofte som

⁵⁷ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 136.

⁵⁹ Se Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 112: "Framlegget til fyrste ledd byggjer på det såkalla «subrogasjonssynspunktet»; kjøparen har ein rett etter lova til å tre inn i seljaren sitt krav mot tidlegare kontraktspartar.".

cessio legis, eller overdragelse i kraft av loven.⁶⁰ Fenomenet innebærer grovt sagt at den som trer inn i kravet overtar dette "med hud og hår", slik at blant annet eventuelle sikkerheter som er stilt i forbindelse med kravet eller innsigelser mot kravet følger med.⁶¹ Typiske tilfeller av subrogasjon er hvor noen innfrir en annens forpliktelse, og med det får et regresskrav mot denne, eksempelvis hvor kausjonisten innfrir kausjonsansvaret.⁶² I stedet for at den innfriende part må bruke et nystiftet regresskrav mot debitor, gis han rett til å tre inn i kreditorposisjonen for det opprinnelige kravet. Den innfriende parten får dermed benytte seg av egenskapene ved det innfridde kravet, som renter og sikkerheter.

4.2.2 Konsekvensene av at direktekravsadgangen bygger på en subrogasjonstankegang

Når subrogasjon gjerne omtales som cesjon i kraft av loven, er det ikke overraskende at det har blitt reist spørsmål i litteraturen om hvorvidt gjeldsbrevlovas regler om avhendelse av krav, eller cesjon, kommer til anvendelse når et krav er gått over ved subrogasjon.⁶³ For motregningsspørsmålet som er tema her, er det særlig av interesse hvorvidt den ovennevnte gbl. § 26 kan anvendes på subrogasjonstilfellene. Dette ville i så fall enkelt sagt innebære at As berettigede forventning om motregningsrett overfor B opprettholdes overfor C på tross av at gjensidigheten brytes.

Subrogasjon har mye til felles med cesjon, men det er også relevante forskjeller mellom instituttene som kan tale for at ikke alle gjeldsbrevlovas regler om avhendelse bør gis anvendelse. Reglene bør dermed vurderes hver for seg for å avklare om den enkelte regel egner seg for analogisk anvendelse på subrogasjonstilfellene.⁶⁴ At kravsovergang ved subrogasjon, i motsetning til regulær avhendelse, ikke er frivillig for "cedenten", kan blant annet gi grunnlag for å unnta noen av reglene som pålegger cedenten mer ansvar overfor cesjonaren ved avhendelse.⁶⁵

⁶⁰ Se bl.a. Bergsåker (2015), s. 167.

⁶¹ Hvilke kravsegenskaper den nye kreditor får overta ved subrogasjonen må imidlertid prinsipielt sett avgjøres for hvert enkelt subrogasjonstilfelle, jf. Rt. 2007 s. 877 avsnitt 36.

⁶² Se Krüger (1984), s. 138.

⁶³ Se blant annet Krüger (1984), s. 137 flg. og Bergsåker (2015) s. 170-171.

⁶⁴ Se Krüger (1984), s. 137 flg. og Bergsåker (2015) s. 170-171.

⁶⁵ Se eksempelvis Bergsåker (2015), s. 171 med videre henvisninger, hvor det legges til grunn at blant annet det såkalte veritasansvaret etter gbl. § 9 ikke bør gjelde ved subrogasjon.

Av en noe annen art er reglene i gjeldsbrevlova som søker å *bevare kravets identitet* etter avhendelsen. Kreditorskifte kan normalt gjennomføres uten samtykke for debitor, slik at hverken subrogasjon eller ordinær avhendelse forutsetter frivillighet hos ham. Det er derfor gitt visse regler for å verne om debtors innsigelser og motkrav der han tvinges til å forholde seg til en ny kreditor, se særlig gbl. §§ 25 og 26. Når en ny kreditor skal tre inn i kravet "med hud og hår" er det ingen grunn til at disse reglene som søker å opprettholde balansen i det opprinnelige skyldforhold ikke skal komme debitor til gode i samme utstrekning som ved regulær cesjon.⁶⁶ *Krüger* uttaler i denne retning at det "sjelden [vil] virke rimelig å stille regresskreditor sterkere enn om kravet var blitt tiltransportert ham".⁶⁷ Gjeldsbrevlova § 26 bør dermed i utgangspunktet komme analogisk til anvendelse ved subrogasjon.

At gbl. § 26 på generelt grunnlag bør anvendes analogisk ved subrogasjon, taler for at bestemmelsen også kan anvendes analogisk på direktekrav som bygger på subrogasjon. Likevel er det ikke gitt at alle synspunkter som kan knyttes til subrogasjon mer generelt også skal komme direkte til anvendelse for direktekrav. For det første kan lovgiver bevisst ha valgt en annen løsning, men det må kreves klare rettskildemessige holdepunkter for å kunne påvise slik vilje hos lovgiver. For det andre kan særlige forhold ved direktekravsreglene medføre at ikke alle deler av subrogasjonstankegangen er overførbare. At et direktekrav bygger på subrogasjonsmodellen kan dermed ikke automatisk medføre at A innrømmes den samme motregningsretten som han ville hatt ved cesjon, men kan snarere fungere som et argument for analogisk anvendelse av gbl. § 26.

4.3 Direktekrav etter kjøpsloven og avhendingslova

Direktekravsreglene i kjl. § 84 og avhl. § 4-16 bygger på subrogasjonsmodellen. Lovteksten i avhl. § 4-16 svarer til den alt siterte kjl. § 84, sett bort fra at avhendingslova benytter nynorsk. I avhendingslovas forarbeider slutter departementet seg også til begrunnelsen som er gitt i kjøpslovens forarbeider.⁶⁸ På bakgrunn av dette behandles bestemmelsene samlet.

Både kjøpsloven og avhendingslova er generelle lover som kan komme til anvendelse både for avtaler mellom næringsdrivende og mellom enkeltpersoner, samt for avtaler hvor det er

⁶⁶ Se Bergsåker (2015), s. 171 om ekstinksjonsregelen i gbl. § 15. Sæbø (2003), s. 124 tar til orde for analogisk anvendelse av gbl. § 26 ved subrogasjon.

⁶⁷ Se *Krüger* (1984), s. 139.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 112.

både en næringsdrivende og en privatperson.⁶⁹ Begge lovene har imidlertid en side til forbrukerkjøp, som er betegnelsen på kjøp hvor selgeren er næringsdrivende og kjøperen er en "forbruker" etter definisjonen i forbrkjl. § 1. Ved kjøp av løsøre mellom to forbrukere bestemmer kjl. § 84 andre ledd at forbrukerkjøper C kan gjøre gjeldende direktekrav mot næringsdrivende A etter reglene i forbrkjl. § 35. Når en forbruker på denne måten gjør gjeldende sitt direktekrav etter kjl. § 84 andre ledd, vil As motregningsrett være den samme som der forbrkjl. § 35 anvendes alene.⁷⁰ I denne delen av analysen vil det dermed være kjl. § 84 første ledd anvendt utenfor forbrukerkjøp som er tema.

Når det gjelder avhl. § 4-16 kommer denne til anvendelse både i og utenfor forbrukerkjøp, men slik at regelen er ufravikelig i forbrukerkjøp.⁷¹ Ettersom særlige forbrukerhensyn kan gjøre seg gjeldende ved forbrukerkjøp vil det knyttes noen bemerkninger til As motregningsrett i direktekrav etter avhl. § 4-16 i tilknytning til behandlingen av forbrukeravtalelovene i punkt 5.4.3. Drøftelsen i denne delen av analysen vil dermed begrense seg til anvendelsen av avhl. § 4-16 utenfor forbrukerforhold.

Der direktekravsadgangen har kommet til uttrykk i lov, har lovgiver avveid hensynet til de ulike partene, og kommet til at kjøper skal ha rett til å fremme direktekrav. Hvilke konsekvenser direktekravet skal ha for As motregningsrett med krav mot B er ikke nevnt i lovteksten, og det er dermed ikke eksplisitt tatt stilling til hvordan disse rettighetene skal avveies mot hverandre. At direktekravet bygger på subrogasjon tilsier imidlertid, som vist ovenfor i punkt 4.2.2, at A er ment å ha et tilsvarende vern som ved cesjon, ved at innsigelser og motkrav kan gjøres gjeldende i samme utstrekning som ved cesjon.

Departementet uttaler derimot i forarbeidene til kjøpsloven at A *ikke* kan motregne, og også avhendingslovas forarbeider henviser til begrunnelsene og drøftelsene i kjøpslovens forarbeider.⁷² Dette trekker i retning av at lovgiver ønsket å gi C et så sterkt vern gjennom innføring av direktekravsadgangen at As interesse i å kunne motregne må vike for Cs interesse i å få dekket mangelskravet.

⁶⁹ Løsørekjøp hvor selger er næringsdrivende og kjøper er en privatperson som omfattes av forbrukerbegrepet reguleres imidlertid av forbrukerkjøpsloven, jf. kjl. § 1 og forbrkjl. § 1.

⁷⁰ As motregningsrett i direktekrav etter forbrkjl. § 35 behandles i punkt 5.4.1.

⁷¹ Jf. avhl. § 1-2 andre ledd.

⁷² Henholdsvis Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 137 og Ot.prp. nr. 66 (1990–1991) s. 112.

Uttalelsen står imidlertid i sterk motstrid til den bærende begrunnelsen for direktekravsadgangen – at A ikke vil komme i noen dårligere stilling ved at C fremmer Bs krav og dermed ikke har beskyttelsesverdige interesser i å motsette seg et direktekrav. Departementet uttaler således at kjl. § 84 "fullt ut bygger på et subrogasjonssynspunkt. Det vil si at kjøperen *får samme rett overfor selgerens heimelsmenn som han ville fått ved en overdragelse av selgerens krav på disse*" (uthevet her).⁷³

Når departementet så plutselig uttaler at As motregningsrett går tapt uten at dette begrunnes nærmere, kan det fremstå som om synspunktet er hentet fra NU 1984: 5, hvor det samme ble uttalt ved behandlingen av forslaget § 88, som kun skulle gjelde i forbrukerforhold.⁷⁴ At en slik regel er foreslått for forbrukerforhold er imidlertid ikke tilstrekkelig til å begrunne at den samme løsningen skal gjelde etter den mer allmenne kjøpsloven, eller avhendingslova. Disse lovene kommer blant annet til anvendelse der en forbruker A selger til en næringsdrivende B, som så selger videre til næringsdrivende C. Da vil det være forbrukeren A som er det bakre kontraktsledd, og den svake part. A kan også være en næringsdrivende person som driver et enkeltpersonforetak med små marginer, mens C er en ressurssterk bedrift. Eventuelt kan partene være like ressurssterke, for eksempel ved salg mellom privatpersoner, eller ved salg mellom like ressurssterke næringsdrivende.

Dersom man kunne si noe generelt om styrkeforholdet mellom partene, kunne dette bidratt til løsning av motregningsspørsmålet ved at ulikheter i ressurssterkheter kan gi grunnlag for slutninger om *hvem som bør bære risikoen* for at A har uoppgjorte krav mot B, men at gjensidigheten mellom motkrav og hovedkrav er brutt gjennom direktekravsinstituttet. Som vist, kan man imidlertid ikke si noe generelt om styrkeforholdet mellom partene der forholdet er regulert av disse kontraktslovene. Spørsmålet om risikofordelingen mellom A og C for eventuelle inndrivelsesproblemer hos B må dermed løses ved argumentasjon etter andre linjer enn hvem som må antas å være den svake part.

Sæbø tar til orde for at gbl. § 26 kan anvendes analogisk ved subrogasjon generelt, og mener alternativet ville være at man ikke anser subrogasjonen som en form for overgang som bryter gjensidigheten i det opprinnelige kravsforholdet overhodet.⁷⁵ Ettersom forarbeidsuttalelsene

⁷³ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 136.

⁷⁴ Se NU 1984: 5 s. 382.

⁷⁵ Se *Sæbø* (2003), s. 124, som også viser til at det samme er lagt til grunn i tysk rett. Sml. Rt. 1992 s. 502 (Factoring Finans), hvor Høyesterett på s. 509 kom til at factoringavtalen ikke tilfredstilte kravet til avhendelse, og begrensningene i gbl. § 26 dermed ikke kom til anvendelse.

er motstridende, lar forfatteren subrogasjonssynspunktet få avgjørende vekt og konkluderer med at gbl. § 26 bør anvendes analogisk for direktekrav etter subrogasjonsmodellen. Også *Hov og Høgberg* og helst også *Lilleholt* fremhever gbl. § 26 som den regelen som gir et mest balansert resultat.⁷⁶

For kjøpsloven § 84s vedkommende, ønsker ikke *Jervell* å tillegge subrogasjonsbetraktningene i forarbeidene for vidtrekkende konsekvenser, og viser til at "betegnelsen subrogasjon må forstås som et navn på et resultat, og ikke som en begrunnelse for at subrogasjonsvirkninger skal inntre".⁷⁷ Forfatteren ønsker dermed kun å tillate motregning med konnekse krav. Det er noe uklart hva *Jervell* utleder av dette skillet mellom resultat og begrunnelse. I alle tilfeller kan innvendingen imidlertid like gjerne tale *for* motregningsrett som mot – når lovgiver først har uttalt at regelen "fullt ut bygger på et subrogasjonssynspunkt"⁷⁸ og på denne måten har satt merkelappen subrogasjon på resultatet, burde dette naturligvis også innebære at regelen innehar vanlige kjennetegn ved og virkninger av subrogasjon. Dersom C skal stilles bedre enn subrogasjonssynspunktet tilsier, bør dette derfor begrunnes nærmere.

Tørum er på linje med *Jervell*, og peker i sin avhandling på at subrogasjon kan gi en treffende avgrensning av kravets omfang, men ønsker likevel ikke å trekke noe mer ut av disse karakteristikkene når spørsmålet om As motregningsrett skal analyseres.⁷⁹ Når likhetene mellom cesjon og direktekrav beskrives, ser forfatteren likevel ut til å anvende gbl. § 25, som også gjelder tilfellet der "nokon avhender eit enkelt gjeldsbrev", direkte når han beskriver likhetene mellom cesjon og direktekrav.⁸⁰ Gjeldsbrevlova § 25 kan sees som utslag av et mer grunnleggende prinsipp om at ingen kan overføre bedre rett enn man selv har, og innebærer at debitor har sine innsigelser fra det opprinnelige kravforholdet i behold der kreditor avhender kravet. Gjeldsbrevlova § 26 har en sterk legislativ tilknytning til prinsippet i § 25,⁸¹ og den nære sammenhengen mellom bestemmelsene gjør at det krever en begrunnelse om kun én av dem skal anvendes. At gbl. § 26 ikke er "utformet med sikte på direktekrav, men med sikte på cesjon", synes ikke tilstrekkelig.

⁷⁶ *Hov og Høgberg* (2017), s. 358 flg. og *Lilleholt* (2017), s. 379.

⁷⁷ *Jervell* (1994), s. 932-933 med videre henvisninger.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 136.

⁷⁹ Se *Tørum* (2007), s. 601 og 604.

⁸⁰ Se *Tørum* (2007), s. 281.

⁸¹ Se *Sæbø* (2003), s. 110.

Tørum mener også at lovgrunnen bak gbl. § 26 sjelden vil gjøre seg gjeldende ved ikke-konnekse misligholdskrav, da A ikke har beskyttelsesverdig forventning om å motregne der hovedkravet er et misligholdskrav, og særlig dersom han kan bebreides for misligholdet, sml. regelen om at man ikke kan misligholde seg i motregningsposisjon og misbruksreservasjonen.⁸² Formålet bak og begrunnelsen for gbl. § 26 er å videreføre den motregningsrett A har berettiget forventning om, og A vil formodentlig ikke forvente at hans kontraktsleveranse skal være mangelfull slik at det oppstår et mangelskrav han kan motregne i.⁸³ Det kreves imidlertid ikke at A har hatt en *konkret* motregningsforventning for at hans motregningsrett skal videreføres, da dette ville innebære en innskrenkende fortolkning av gbl. § 26 uten støtte i ordlyden.⁸⁴ Det er for øvrig klart at A ville kunne motregne i mangelskravet dersom det ble fremmet av B, selv om det beror på mislighold av kontrakt. Heller ikke cesjon av et misligholdskrav står i veien for motregning dersom vilkårene i gbl. § 26 er oppfylt, og dette legges også til grunn av *Tørum* selv.⁸⁵ Det er dermed vanskelig å se at lovgrunnen bak gbl. § 26 generelt sett står i veien for As motregningsrett i direktekrav fra C.

Dersom A kan bebreides for misligholdet, kan dette riktignok være et argument for at As motregningsrett ikke er like beskyttelsesverdig i møte med Cs direktekrav. A har tross alt gjort seg skyldig i mislighold, og en del av begrunnelsen for direktekravsadgangen er at A ikke skal komme seg fri fra dette ansvaret bare fordi B ikke gjør gjeldende mangelskrav. I dagens kontraktslovgivning er imidlertid ikke skyld et vilkår for misligholdsansvar. For erstatningsansvaret er det gjerne kontrollansvaret som gjelder, se eksempelvis kjl. § 27. Kontrollansvaret er strengt, og den ansvarlige behøver ikke å ha opptrådt klanderverdig for å komme i ansvar, jf. eksempelvis den nokså strenge dommen i Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne). Utenfor de lovregulerte tilfellene har tradisjonelt det objektive ansvaret med unntak for force majeure kommet til anvendelse, som også er strengt. Det strenge erstatningsansvaret i kontrakt kan med dette sies å bære mer preg av å fordele risikoen for ulike forhold hos partene, enn å sanksjonere klanderverdig opptreden ved kontraktgjennomføringen. Mislighold av kontrakt kan dermed ikke automatisk medføre at misbruksreservasjonen kommer til anvendelse og stenger for motregning, verken overfor B eller overfor C. At misbruksreservasjonen *kan* komme til anvendelse og avskjære As motregningsrett der A har

⁸² Se *Tørum* (2007), s. 607.

⁸³ Se NUT 1935:1, s. 48.

⁸⁴ Slik også *Sæbø* (2003), s. 139.

⁸⁵ Se *Tørum* (2007), s. 599.

opptrådt tilstrekkelig klanderverdig, innebærer imidlertid at C vil nyte et visst minimumsvern ved at As motregningsrett avskjæres i de mest urimelige tilfellene.

Samtidig avbøtes konsekvensene av å innrømme A motregningsrett i direktekrav på generelt grunnlag dersom C kan unngå As motregning ved å gjøre gjeldende andre kravgrunnlag der A har opptrådt klanderverdig. Som nevnt under punkt 1.3, kan C tenkes å få et alminnelig deliktserstatningskrav uavhengig av kontrakten dersom A har opptrådt uaktsomt. I tillegg vil produktansvaret kunne komme inn som et alternativt grunnlag for å oppnå dekning hos A eller tidligere i kontraktskjeden. Når det etter disse grunnlagene stiftes et krav for C, uavhengig av kontraktskjeden og mellomledet B for øvrig, vil gjensidighetsvilkåret aldri ha vært oppfylt, og A vil være avskåret fra å motregne med krav mot B. I norsk rett er utgangspunktet at der debitor er ansvarlig på flere grunnlag, har kreditor valgt med hensyn til hvilket krav han vil gjøre gjeldende.⁸⁶ Dersom C kan fremme andre krav mot A innebærer dette i så fall at C nyter et visst minimumsvern ved uaktsom opptreden fra As side, selv om As tillates å motregne i *direktekravet*. Også dette tilsier at As motregningsrett ikke bør avskjæres kun under henvisning til at A har gjort seg skyldig i mislighold.

Cs valgt mellom å fremme krav etter direktekravsreglene eller etter deliktsreglene har imidlertid blitt problematisert i senere tid, særlig i HR-2017-1834-A (Branncelle). Etter en konkret vurdering av Cs behov for å fremme deliktskrav, konkluderte Høyesterett med at kravet for C bare kunne forfølges etter kontraktsrettslige regler.⁸⁷ At C på denne måten kan bli avskåret fra å forfølge kravet etter alternative rettsgrunnlag, svekker minimumsvernet for C, og dermed også vekten av argumentet som er omtalt i forrige avsnitt. Rettsutviklingen på dette punkt kan imidlertid også sees som en styrking av As vern mot mulige konsekvenser av videresalg, ved at C må forholde seg til kontraktsforholdet mellom A og B.

Selv der A ikke har opptrådt klanderverdig, vil C i mange tilfeller kunne avskjære As motregningsrett ved å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser som ikke går ut på penger, nærmere bestemt krav om avhjelp.⁸⁸ Der C fremmer slike misligholdskrav, vil vilkåret om at As pengekrav mot B må være komputabelt med Cs hovedkrav ikke være oppfylt, og motregning vil dermed være avskåret. A kunne heller ikke motregnet i avhjelpskravet dersom det var B som fremmet dette. Adgangen til å kreve avhjelp representerer dermed også et

⁸⁶ Jf. Rt. 2015 s. 276 (Bori) avsnitt 36, Ot.prp. nr. 48 (1965–66) s. 84 og Ot.prp.nr.38 (1977–78) s. 26.

⁸⁷ Nærmere om dommen og rettsutviklingen på dette punkt i Skjefstad og Tørum (2020), s. 129-141.

⁸⁸ Jf. avhl. § 4-10 og kjl. § 34.

minimumsvern for C uten at dette går på bekostning av As beskyttelsesverdige interesser, på tilsvarende måte som mulighetene for å bygge på alternative kravgrunnlag,

I forlengelse av klandersynspunktet kan man også spørre om det er rimelig at A stilles dårligere dersom han ikke blir oppmerksom på mangelen før direktekravet fremmes. Hvis A visste om mangelen før C fremmet direktekrav, kunne han umiddelbart erklært motregning overfor B, og på denne måten avskåret Cs mulighet til å fremme direktekrav. Det kan fremstå som urimelig at en uvitende A, som tror han har levert kontraktmessig, skal stilles dårligere med hensyn til adgangen til å bruke motkrav på B enn den som hele tiden har visst om sitt mislighold. Dette tilsier at As motregningsrett med krav mot B ikke bør beskjæres i for stor grad kun fordi A motregner først etter at Cs direktekrav fremmes.

Tørum peker videre på at der B er solvent, er dette et spørsmål om hvem av A og C som skal pålegges byrden med innkreving hos B, og at As motkrav mot B kan overstige Cs direktekrav, slik at A i så fall uansett må holde seg til B for differansen og "er nærmest like langt".⁸⁹ Synspunktet utbroderes ikke nærmere, men ser ut til å gå ut på at byrden for A med å innkreve sitt pengekrav mot B blir like stor, og at man dermed like gjerne kan spare C for å også måtte innkreve sitt mangelskrav hos B. Når *Tørum* her taler om "byrden" med å innkreve hos B, synes dette å være myntet på tilfeller hvor B er en vanskelig debitor. I så fall er det klart mer byrdefullt for A å ha et større, udekket krav på B, enn et mindre krav som er delvis innfridd ved motregning. Det er heller ikke klart hvorfor A skal "straffes" for å ha et større krav mot B enn det Cs direktekrav lyder på, dersom så skulle være tilfelle. Synspunktet kan også snus – C kan ha et mangelskrav på B som lyder på et høyere beløp enn Bs krav mot A, slik at C uansett må holde seg til B for å få mellomlegget. Etter mitt syn er det derfor ikke grunn til å legge vekt på at As motkrav mot B *kan* overstige Cs direktekrav.

Til slutt peker *Tørum* på at adgangen til å motregne med ikke-konnekse krav "ikke [er] like velbegrunnet" som ved konnekse krav, og at dette særlig gjelder retten til motregning ved Bs konkurs hvor As forventning om å kunne motregne "bare unntaksvis kan ha virket kredittskapende".⁹⁰ Det er imidlertid sikker rett at A kunne motregnet mot B med ikke-konnekse krav, både i og utenfor konkurs, slik at A *har* beskyttelsesverdige interesser i slik motregningsrett enten man skulle mene denne motregningsretten er velbegrunnet eller ei.

⁸⁹ Se *Tørum* (2007), s. 607.

⁹⁰ Se *Tørum* (2007), s. 608.

Et argument som taler mot at A tillates motregning, er at det vil være en ubehagelig overraskelse for C å bli møtt med et motkrav fra A som i verste fall gjør hans direktekrav verdiløst. Det kan være vanskelig for C å helgardere seg mot motregning ved å få rede på om A har krav på B som kan benyttes til motregning i et eventuelt direktekrav, ettersom det antakelig ikke er naturlig eller praktisk gjennomførbart å sjekke alle kontrakter og gjeldsforhold mellom kontraktsleddene når man kjøper en vare eller tjeneste. Motkravet på As hånd kan også oppstå etter at C inngår avtale med B, eksempelvis der det er tale om entreprisforhold som kan strekke seg over lang tid.

Likevel gir heller ikke lovgivningen ellers noe absolutt vern mot slike overraskelser. Også ved anvendelse av gbl. § 26 kan den nye kreditor C få seg en ubehagelig overraskelse dersom det viser seg at debitor A har et motkrav han vil bruke i oppgjøret. Synspunktet som ligger bak, er at C selv må ta risikoen for dette ettersom han kunne undersøkt forholdene med A før han kjøpte hovedkravet. I direktekravstilfellene vil riktignok C i utgangspunktet ikke forvente å få noe mangelskrav – han ønsker og forventer som regel å motta kontraktsmessig oppfyllelse. Denne forskjellen fra cesjonstilfellene, hvor C bevisst kjøper et krav, tilsier at Cs oppfordring til å undersøke om A har motkrav som kan bringes til motregning er mindre enn ved ordinær cesjon.

I denne sammenheng må det imidlertid minnes om at uavhengig av om A innrømmes motregningsrett i disse tilfellene eller ei, må C uansett belage seg på ubehagelige overraskelser når han ønsker å gjøre nytte av direktekravsadgangen. Cs krav vil i alle tilfelle måtte gjøres gjeldende innenfor rammene av Bs krav, som innebærer at C må respektere avtalte ansvarsbegrensninger eller annen regulering som begrenser eller fjerner Cs utsikter til dekning via direktekrav. Forholdet kan også være gjort opp før C får fremmet direktekravet enten ved alminnelig betaling eller motregningserklæring fra A eller B, eller fordi A og B har en avtale om at fordringer dem imellom gjøres opp ved automatisk motregning etter hvert som de stiftes.⁹¹ Det kan også vise seg at B overhodet ikke har noe krav mot A, eksempelvis fordi B ble opplyst om mangelen før kjøpsavtalen eller fordi Bs krav i ettertid har gått tapt som følge av manglende reklamasjon eller foreldelse. Uten å først sjekke forholdet mellom A og B vil C da ikke kunne ha en ubetinget forventning om å kunne få oppgjør av A dersom

⁹¹ Om sistnevnte alternativ, se Sæbø (2003), s. 228 og særlig s. 120 hvor forfatteren også vektlegger det at C måtte respektere en avtale mellom A og B om automatisk motregning i retning av at A bør innrømmes motregningsrett.

inndrivelse hos B viser seg å være problematisk. At C på denne måten bærer risikoen for hvordan A og B har ordnet seg, kan tilsi at C også må bære risikoen for at A har motkrav mot B som kan redusere eller fjerne et eventuelt mangelskrav C ønsker å bruke.

En del av begrunnelsen for å akseptere direktekrav er, som nevnt, at A ikke skal få en tilfeldig fordel eller ubegrunnet berikelse ved at han slipper unna sitt mangelsansvar overfor B så fort B videreselger tingen.⁹² Det kan dermed spørres om denne delen av begrunnelsen for direktekravsadgangen taler mot at A skal innrømmes motregningsrett overfor C med krav mot B. Dersom A får motregne, vil han imidlertid ikke slippe unna sitt mangelsansvar. A vil måtte gi slipp på sitt motkrav mot B, og dermed miste et formuesgode, selv om dette ikke bedrer Cs situasjon. A slipper riktignok å betale med likvide midler, men han må ofre sin fordring på B for å få gjort opp med C, og denne fordringen ville han jo ellers kunne inndrive hos B. Også om B slås konkurs, vil A i det minste kunne få dividende for fordringen. Om man likevel skulle mene at motregningsretten innebærer en berikelse for A, ettersom det klart nok kan være en fordel for A å slippe å gjøre opp med likvide midler og sitte igjen med et (kanskje usikret) pengekrav mot B, er en slik "berikelse" likevel ikke ugrunnet. Den motregningsrett A eventuelt innrømmes, er begrunnet med nettopp hensynene bak motregningsretten, særlig sikkerhetshensynet og at B ikke skal kunne komme seg unna motregning ved å avhende kravet. Også direktekravsreglens begrunnelse, som i stor grad bygger på at As byrder ikke skal økes i større grad enn det han måtte funnet seg i fra B, kan begrunne at A skal innrømmes den berikelse motregningsretten innebærer for ham. Det er med dette vanskelig å se at motregningsretten innebærer en urimelig berikelse eller fordel for A, som kun gjør opp sitt mangelsansvar på samme måte som han ville gjort dersom kravet ble fremmet av hans medkontrahent B.

Ettersom verken begrunnelsen bak direktekravsreglene eller avveiningen av hensynet til partene gir grunnlag for å avskjære As motregningsrett, må subrogasjonssynspunktet få gjennomslag, slik at gbl. § 26 anvendes analogisk for As motregningsrett i direktekrav.

⁹² Se Lilleholt (2017), s. 375.

4.4 Direktekrav med hjemmel i ulovfestet rett

Hvorvidt – og i så fall i hvilken grad – direktekrav kan bygges på ulovfestede bakgrunnsregler, er et omdiskutert spørsmål. Det ville føre for langt å foreta en full redegjørelse for adgangen til å fremme direktekrav på ulovfestet grunnlag, og i lys av oppgavens formål om å peke på sentrale argumenter og argumentasjonslinjer for løsning av motregningsspørsmålet synes dette heller ikke nødvendig. For dette formål er det tilstrekkelig å peke på at Høyesterett ved flere anledninger har fastslått direktekravsadgang på ulovfestet grunnlag, blant annet i dommene det redegjøres for nedenfor.

Det finnes også eksempler på at Høyesterett har hjemlet direktekravsadgangen i utvidende fortolkning av lovbestemmelser om direktekrav, hvor det kan være usikkert om Høyesterett egentlig har strukket lovregelen så langt at det i realiteten er tale om analogisk anvendelse eller annen anvendelse av ulovfestet bakgrunnsrett om direktekrav.⁹³ Dersom man ser det slik at Høyesterett bygger på ulovfestet rett i disse tilfellene, kan avgjørelsene gi mye veiledning om når direktekravsregler kan anvendes analogisk, men ikke nødvendigvis for motregningsspørsmålet denne fremstillingen omhandler. Når direktekravet hjemles i en konkret lovbestemmelse, må motregningsretten bero på en tolkning av den direktekravsregel som er anvendt. Også ved analogisk anvendelse av en lovbestemmelse må motregningsretten trolig være den samme som der direktekravsregelen kommer direkte til anvendelse. Dermed vil en analyse av slike tilfeller trolig ikke gi betydelig veiledning for løsning av motregningsspørsmålet i andre tilfeller hvor direktekravsadgangen bygges på ulovfestet rett, men er knyttet til en annen lovregel eller ikke forsøkt hjemlet i lov overhodet.

I tillegg har Høyesterett utviklet en ulovfestet direktekravsregel innenfor entrepriseretten, hvoretter A kan holdes ansvarlig dersom han har en "særlig stilling" under utførelsen av entreprisen.⁹⁴ Denne regelen synes imidlertid å bygge på at As "særlige stilling" etablerer en kontraktstilkende relasjon mellom A og C, og at det er denne kontakten mellom partene som gir grunnlag for Cs direktekrav.⁹⁵

Her avgrenses det mot slike tilfeller, hvor Høyesterett ikke bygger på en selvstendig, ulovfestet bakgrunnsregel hvoretter C utleder sin rett fra Bs krav mot A. I dette punktet vil to

⁹³ Se eksempelvis Rt. 1995 s. 486 (Nordland) og HR-2018-648-A (bruktbil).

⁹⁴ Se obiter dictumet i Rt. 1998 s. 656 (Veidekke) hvor læren formuleres, og senere HR-2018-2256-A (Atlant), særlig avsnitt 55-61 og 84-92.

⁹⁵ I denne retning også Hagstrøm (2011), s. 826.

sentrale dommer analyseres med sikte på å avklare rammene for As motregningsrett – Rt. 1976 s. 1117 (Siesta) og Rt. 1981 s. 445 (Davanger).

I Siesta-dommen hadde C engasjert transportforretningen B for å frakte og sjøsette en seilbåt, og B hadde i sin tur engasjert et svensk kranselskap A for å utføre deler av oppdraget. Under As løfteoperasjon ble seilbåten skadet, og Cs forsikringsselskap ønsket å fremme krav direkte mot A.

Høyesterett godtok at Cs forsikringsselskap gjorde gjeldende Bs krav mot A under henvisning til at B ikke hadde "motsatt seg dette" og "tvert imot støttet" C i saken, men lot det "stå åpent i hvilken grad [C] kunne reise dette krav uten hensyn til [Bs] holdning".⁹⁶ Fokuset på Bs holdning til Cs krav tyder på at Høyesterett forsøkte å påvise en form for vilje og aksept hos B for at kravet kunne fremmes av C. Dommen har også i litteraturen blitt forstått slik at den bygger på en form for stilltiende cesjon.⁹⁷

At B støttet Cs krav i Siesta-dommen var imidlertid ikke i seg selv nok til at direktekravet kunne fremmes. Høyesterett tok også hensynet til A i betraktning, og førstvoterende uttalte på side 1122 at han "kunne ikke se hvilke beskyttelsesverdige interesser [A] har i å motsette seg et slikt direkte krav. [...] Selskapets eneste interesse var og er at det ikke skal øke dets ansvar om [C] trer inn i [Bs] krav...". Avgrensningen av Cs direktekrav i dommen, samt begrunnelsen bak, synes derfor å være sammenfallende med hvordan direktekrav avgrenses etter de lovbestemte direktekravsreglene gjennomgått ovenfor i punkt 4.3.

Davanger-dommen tok for seg spørsmålet om direktekravsadgang ved salg av eiendom. A hadde oppført boliger for salg, og blant annet solgt en bolig til B. Da B senere videresolgte eiendommen til C ble det benyttet en standardkontrakt hvor B fraskrev seg ansvaret for skjulte feil og mangler. Etter noen år ble det avdekket sprekkdannelser i forstøtningsmuren som innebar kontraktsbrudd i forholdet mellom A og B, men ikke i forholdet mellom B og C, hvor Bs ansvarsfraskrivelse kom til anvendelse.

Høyesterett godtok også her at C fremmet Bs krav direkte mot A, men nå med en tydeligere forankring i avtalen mellom B og C. På tross av at det var tale om standardformuleringer "som partene neppe i synderlig grad overveier innholdet av ved kontraktsslutningen" ble en

⁹⁶ Se dommens s. 1122.

⁹⁷ Slik også Tørum (2007), s. 297 og Jervell (1994), s. 912.

klausul som fastslo at eiendommen skulle "overtas med samme rettigheter og forpliktelser hvormed den har vært eiet av selger" tolket som en overdragelse av Bs eventuelle mangelsbeføyelser mot A.⁹⁸ Til støtte for en slik tolkning trakk Høyesterett frem partenes etterfølgende opptreden, nærmere bestemt at B hadde avslått Cs henvendelse om hjelp til å gjøre mangelsbeføyelser gjeldende mot A under henvisning til at B ikke lenger hadde noe med saken å gjøre. Grunnlaget for at dette var partenes vilje er imidlertid nokså svakt, og det fremstår heller som om Høyesterett fingerer en cesjon basert på en bredere vurdering.

Dette inntrykket forsterkes av at Høyesterett også legger vekt på at A ikke hadde beskyttelsesverdige interesser i å motsette seg Cs direktekrav så lenge hans ansvar ikke ble økt, og at A ville sitte igjen med en "ugrunnet berikelse på [Cs] bekostning" dersom direktekravet ble nektet.⁹⁹ Dersom det først har funnet sted en overdragelse, er det i utgangspunktet ikke nødvendig med ytterligere argumentasjon rundt hensynet til A, ettersom krav som hovedregel er fritt overførbare. At hensynet til A likevel trekkes frem, trekker i retning av at Høyesterett ikke bygget direktekravsadgangen på cesjonen alene, men også bygget på ulovfestede direktekravsregler.¹⁰⁰

Begge dommene er nokså konkret begrunnet, og kan ikke sies å anerkjenne en generell adgang til å fremme direktekrav på ulovfestet grunnlag. Regelen som kan trekkes ut av Siesta-dommen og Davanger-dommen synes i stedet å være at der B i det minste ikke motsetter seg Cs direktekrav, og A ikke har beskyttelsesverdige interesser i å motsette seg Cs krav, skal det lite til før Bs mangelskrav anses overdratt.¹⁰¹

At avhendelse av krav som utgangspunkt er tillatt, kan sees som et uttrykk for at det som regel ikke vil være grunn til å ha store innvendinger mot at A må forholde seg til en ny kreditor. Når B uansett kunne avhendet kravet, er ikke As interesse i å forholde seg til B i seg selv beskyttelsesverdig. Reglene om at debitor i disse tilfellene beholder sine innsigelser og motkrav, jf. gbl. §§ 25 og 26, må imidlertid sees som uttrykk for at debitors interesse i å motregne er beskyttelsesverdig. Når Høyesterett har bygget direktekravene på cesjonsbetraktninger og i tillegg fremhevet at direktekrav ikke skal gå på bekostning av As

⁹⁸ Se dommens s. 451.

⁹⁹ Se dommens s. 451.

¹⁰⁰ Også Lilleholt (1986), s. 127 og Jervell (1994), s. 918 legger til grunn at Høyesterett i realiteten beveget seg over i ulovfestet bakgrunnsrett.

¹⁰¹ Slik også Tørum (2007), s. 301, som også generelt legger til grunn at hvilken beskyttelsesverdig interesse A har i å motsette seg direktekrav må være et tungtveiende argument ved spørsmål om direktekrav skal tillates på ulovfestet grunnlag.

beskyttelsesverdige interesser, synes det da naturlig at direktekravet begrenses etter de rammer lovgiver har satt opp for avhendelse av krav.¹⁰² Dette tilsier at As motregningsrett vil være i behold i den utstrekning gbl. § 26 gir anvisning på der C fremmer direktekrav etter denne ulovfestede regelen.

Når hensynet til As beskyttelsesverdige interesser er så sterkt fremhevet i dommene, er også argumentasjonen ovenfor i punkt 4.3 om hvordan hensynet til A og C bør avveies mot hverandre relevant her. Sammenholdt med at den ulovfestede direktekravsadgangen knyttes tett opp mot cesjonsbetraktninger, må konklusjonen være at As motregningsrett overfor C avgrenses etter de samme regler som ved faktisk cesjon, slik at gbl. § 26 gir rammene for hvilke motkrav A kan bringe til motregning i Cs direktekrav.

¹⁰² Også Lilleholt (1986), s. 134-135 avgrensar Cs direktekrav etter same rammer som om det hadde funnet stad en regulær avhendelse av mangelskravet når han anvender den ulovfestede direktekravsregelen for husleieforhold.

5 As motregningsrett i direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen

5.1 Introduksjon

I denne delen av analysen vil spørsmålet være i hvilken grad A kan benytte motkrav mot B til å motregne i Cs direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen. Også her må spørsmålet løses gjennom tolkning av den enkelte direktekravsregel. Det er likevel grunn til å knytte noen generelle bemerkninger til hvilken betydning det generelt må tillegges at C fremmer sitt eget krav i stedet for Bs krav.

I punkt 5.2 vil det først knyttes noen bemerkninger til hvilken betydning det generelt må tillegges at C fremmer sitt eget krav i stedet for å tre inn i Bs krav. Deretter vil motregningsspørsmålet analyseres for et utvalg av standardkontrakter, samt den alt nevnte forbrkjl. § 35, håndverkertjenesteloven (hvtjl.)¹⁰³ § 27 og bustadoppføringslova (buofl.)¹⁰⁴ § 37.

5.2 Betydningen av at C fremmer "sitt krav"

Det faktum at C fremmer *sitt eget krav* kan ved første øyekast tilsi at det ikke har skjedd noen overføring, verken ved subrogasjon eller cesjon, og gjør med dette at analogisk anvendelse av gbl. § 26 er mindre nærliggende. *Sæbø* holder fast ved at det her er tale om et krav som stiftes for C mot A, og ikke Bs krav som er overført til C, og mener at A derfor bare kan motregne med konnekse krav mot B.¹⁰⁵

Tørum synes å forstå dobbeltbegrensningsmodellen slik at det i realiteten kun er tale om å oppstille et ekstra vilkår, nemlig at C også må ha et krav mot sin kontraktspart B.¹⁰⁶ Også i forarbeidene til den tidligere kjl. § 84 andre ledd, som nå er flyttet til forbrkjl. § 35, fremgår det at uttrykket "sitt mangelskrav" er ment å markere at C må ha et tilsvarende krav mot B.¹⁰⁷

¹⁰³ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere.

¹⁰⁴ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.

¹⁰⁵ Se *Sæbø* (2003), s. 121. Manglende gjensidighet anses generelt ikke å være til hinder for motregningsrett dersom A har et konnekst motkrav, jf. *Sæbø* (2003), s. 213 med videre henvisninger.

¹⁰⁶ Se *Tørum* (2007), s. 208 flg..

¹⁰⁷ Se Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 138.

Dersom formålet med formuleringen kun er å få frem vilkåret om at C må ha et krav mot B, bør det ikke uten videre trekkes konklusjoner om As motregningsrett fra denne formuleringen.

Grunnvilkåret om at B må ha et "tilsvarende krav" mot A som setter de ytre rammene for Cs direktekrav gjelder også etter dobbeltbegrensningsmodellen. Dermed må C, også når hans direktekrav er bygget på dobbeltbegrensningsmodellen, enten undersøke kontraktsforholdet mellom A og B på forhånd, eller belage seg på ubehagelige overraskelser. I tillegg er også direktekravsadgangen etter begge modeller begrunnet i den samme avveiningen av hensynet til A og C, hvor synspunktet er at det er rimelig at C får fremme direktekrav der dette ikke går på bekostning av As beskyttelsesverdige interesser. Dette innebærer at også synspunktene om hvordan hensynet til A og C bør avveies mot hverandre som er skissert ved omtalen av kjøpslovens og avhendingslovas direktekravsregler i punkt 4.3 bør tillegges vekt også her.

Det kan i forlengelsen av dette hevdes at heller ikke dobbeltbegrensningsmodellen har fjernet seg helt fra subrogasjonstankegangen, ettersom Cs krav også her lener seg på Bs krav og begrenses av dette.¹⁰⁸ Her har riktignok ikke lovgiver eller Høyesterett beskrevet det som skjer med merkelappen subrogasjon, og det skjer strengt tatt ingen inntreden i Bs krav, men direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen er likevel avhengig av og begrenset til Bs krav i samme grad som etter subrogasjonsmodellen. Kravet som fremmes av C vil da ha tydeligere likhetstrekk med Bs mangelskrav enn det mangelskravet C opprinnelig har mot B. I de fleste tilfeller vil jo Cs mangelskrav være større enn Bs, blant annet fordi kjøpesummen gjerne øker for hvert omsetningsledd, slik at hvert enkelt omsetningsledd kan oppnå en fortjeneste ved sin salgsvirksomhet. Fra As ståsted er det da gjerne ikke forskjell på om det formelt sett er tale om Bs eller Cs krav i den grad kravet i begge tilfeller begrenses av Bs krav. Heller ikke fra Cs ståsted er det så stor forskjell på om man fremmer sitt eget krav eller Bs, dersom man først må holde seg innenfor rammen av Bs krav og det som er avtalt mellom A og B.

Ettersom C fremmer sitt eget krav, altså et krav som er stiftet for C, kan det spørres om dette er mer sammenlignbart med krav som stiftes for C etter erstatningsreglene enn med direktekrav etter subrogasjonsmodellen. Direktekravsadgangen kan også minne om en form for lovbestemt, betinget garantiforpliktelse for A. Cs krav etter disse grunnlagene vil generelt

¹⁰⁸ Se også Tørum (2007), s. 601 i denne retning. Heller ikke Hov og Høgberg (2017), s. 360 ser ut til å skille mellom modellene når det legges til grunn at gbl. § 26 kan anvendes analogisk.

sett måtte anses som et selvstendig krav for C, slik at A ikke uten videre kan bringe sine krav mot B til motregning i kravet.¹⁰⁹ Også direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen er imidlertid uløselig knyttet til Bs mangelskrav mot A. For det første er Bs mangelskrav mot A en sentral forutsetning for Cs direktekrav mot A, mens det verken er nødvendig eller tilstrekkelig for ansvar etter de andre kravgrunnlagene at A har misligholdt sin kontrakt med B. For det andre er det klart at selv om C formelt sett fremmer sitt eget krav som direktekrav, vil direktekravet også medføre at Bs krav mot A "brukes opp".¹¹⁰ Dersom C fremmer krav mot A etter produktansvarsreglene fordi en mangel har medført en produktansvarsrettslig relevant skade, avskjærer jo ikke dette Bs mulighet til å likevel kreve prisavslag av A for den samme mangelen. Hvis C i stedet fremmer *direktekrav* på grunn av mangelen etter dobbeltbegrensningsmodellen, vil dette imidlertid medføre at Bs krav "brukes opp" i den utstrekning det innfris ved betaling til C. Når Cs direktekrav er så tett knyttet til Bs krav mot A fremstår det som noe kunstig og formalistisk å behandle Cs direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen på samme måte som enhver annen form for krav som formelt sett er stiftet for C mot A.

Når Cs direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen både er avhengig av og "brukes opp" Bs krav mot A, har konstruksjonen mer til felles med sikkerhet i Bs fordring på A enn et selvstendig mangelskrav for C mot A. Tilfellet er sammenlignbart med andre former for sikkerhet i fordringer, eksempelvis avtalepant og utleggspant. Dersom C hadde hatt en slik sikkerhetsrett i Bs fordring, ville man se det slik at C kunne innkreve Bs fordring i den utstrekning C har et krav mot B som fordringen er stillet som sikkerhet for. Dette svarer fullt ut til avgrensningen av Cs direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen. Slike sikkerhetsretter i fordringer følger alminnelige regler om prioritet, og måtte stilt seg bak As motregningsrett i fordringen i samme utstrekning som etter gbl. § 26, jf. pantel. §§ 4-6 tredje ledd og 5-7 femte ledd. At As motregningsrett ved sammenlignbare former for sikkerhetsstillelse i fordringer er underlagt samme regler som cesjon, både der sikkerhetsstillelsen er frivillig og ufrivillig fra Bs side, tilsier dette at C også må tåle As motregning i direktekrav.

Også etter dobbeltbegrensningsmodellen leder en avveining av hensynet til A og C, samt paralleller til regler om sammenlignbare tilfeller, til at As motregningsrett helst bør være i

¹⁰⁹ Se omtalen i punkt 1.3.

¹¹⁰ Se Tørum (2007), s. 366.

behold innenfor rammene av gbl. § 26. Når grunnvilkåret om at B må ha et "tilsvarende krav" mot A er det samme som etter subrogasjonsmodellen, og heller ikke det at C formelt sett bruker sitt eget krav utgjør et viktig argument, blir konklusjonen at A kan motregne i direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen i samme utstrekning som der direktekravet er bygget etter subrogasjonsmodellen, og som ved cesjon.

5.3 Direktekrav etter standardkontrakter

Flere standardkontrakter inneholder bestemmelser som gir C direktekravsrett. Spørsmålet er om A kan motregne i direktekrav etter disse avtalebestemmelsene. Hovedfokuset vil være på et utvalg av standardkontrakter for landentreprise: NS 8405, NS 8407 og NS 8415.

Tolkningen av standardkontrakter som er utarbeidet av interesseorganisasjoner som representerer begge parter skiller seg gjerne fra alminnelig avtaletolkning, ettersom kontraktene minner mer om en form for privat lovgivning enn et uttrykk for partenes konkrete vilje.¹¹¹ Utgangspunktet må dermed tas i kontraktens ordlyd. Standardkontraktene skiller seg likevel klart fra lovgivning ved at de ikke nyter autoritet og demokratisk legitimitet, og det er heller ikke offentliggjort forarbeider eller lignende dokumenter som kan belyse nærmere hva interesseorganisasjonene har ment å få frem i standardkontraktene.

Formuleringen av direktekravsadgangen i de tre nevnte standardkontraktene er likelydende, sett bort fra at partene og interne henvisninger i kontrakten avviker noe. Som eksempel kan det dermed vises til NS 8405 punkt 37¹¹² hvor det slås fast at "[b]yggherren [C] har rett til å benytte *sine mangelskrav* [...] direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere [A] i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren [B]" (uthevet her). I tillegg må inndrivning hos B enten være umulig eller vanskeliggjort på grunn av Bs insolvens for at Cs direktekravsrett skal utløses.

Ordlyden på dette punkt gir ikke avklaring av As motregningsadgang, utover det som følger av at direktekravet bygger på dobbeltbegrensningsmodellen og dermed forutsetter at C må bygge på Bs krav mot A. NS-standardene inneholder imidlertid også en eksplisitt omtale av As motregningsrett. I NS 8405 punkt 37 andre ledd er det bestemt at A "har rett til å motregne

¹¹¹ Se Bull (1988) og Tørum (2007), s. 203.

¹¹² Sml. NS 8415 punkt 37 og NS 8407 punkt 43.

overfor kravet i *den utstrekning dette er tillatt etter gjeldende rett*" (uthevet her).¹¹³

Henvisningen til gjeldende rett kan tolkes på flere måter.

På den ene siden kan det tenkes at klausulen ikke bør tillegges vekt i noen retning, men kun må forstås som en henvisning til bakgrunnsretten om motregning. At motregningsretten er eksplisitt avtalt kan blant annet ha den fordel at motregning kan gjennomføres selv om underentreprenørens motkrav er foreldet, jf. foreldelsesloven (fl.)¹¹⁴ § 26 bokstav a, slik at det kan være fordelaktig å avtale motregningsrett så langt det er grunnlag for motregning etter bakgrunnsretten. Det er kanskje diskutabelt om en slik bestemmelse som kun henviser til alminnelige motregningsregler er tilstrekkelig til å anse motregningsretten som "avtalt" etter fl. § 26, og det tas ikke endelig stilling til dette spørsmålet her. Se likevel Rt. 2015 s. 678 avsnitt 67, hvor Høyesterett uttaler at det "ikke [kan] oppstilles som en forutsetning for motregning etter foreldelsesloven § 26 bokstav a at motregningsretten bare har sitt grunnlag i en avtale" og dermed konkluderte med at motregningsretten var "avtalt", selv om avtaleklausulen ikke ga bedre motregningsrett enn bakgrunnsretten.

På den andre siden kan den uttrykkelige omtalen av As motregningsrett tolkes som at partene som har utformet standardavtalene har *sett* gjensidighetsproblemet med direktekrav, og forutsatt at A *kan og skal* ha motregningsretten med krav på B i behold selv om gjensidigheten er brutt.¹¹⁵ Men en slik tolkning vil innebære å lese mye ut av en knapp og tvetydig henvisning til gjeldende rett. Man risikerer med dette å tillegge interesseorganisasjonene som har utformet standardkontrakten, og for så vidt også partene som har anvendt den, en vilje som ikke har kommet klart til uttrykk. Der det kan påvises en slik vilje eller enighet mellom partene, vil jo dette ofte være avgjørende for hvordan avtalen skal tolkes. Overdreven spekulasjon i hva partene har ment kan dermed medføre at argumenter som i realiteten er rettsanvenderens egne opphøyes til en langt mer tungtveiende rettskilde enn det er grunnlag for.

Det at direktekravsadgangen her grunner seg på *avtale* kan gi en viss veiledning. Når det her er tale om en avtalt rett til å fremme misligholdskrav direkte overfor A innenfor rammene av Bs krav, blir parallellene til andre former for avtalte rettsstiftelser i Bs krav enda mer nærliggende enn der direktekravsadgangen bygger på en formell lovregel. Man kan gjerne se

¹¹³ Sml. NS 8415 punkt 37 og NS 8407 punkt 43.

¹¹⁴ Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer.

¹¹⁵ Se i denne retning Hov og Høgberg (2017), s. 359.

det slik at partene har avtalt en automatisk, stilltiende overdragelse av eventuelle mangelskrav som utløses ved at de ytterligere vilkårene for å gjøre gjeldende direktekrav foreligger. Ved cesjon, kommer som nevnt gbl. § 26 til anvendelse og opprettholder langt på vei As motregningsrett. Men ettersom NS 8405 punkt 37 bygger på dobbeltbegrensningsmodellen, slik at direktekravet også begrenses av Cs eget krav, minner konstruksjonen mest om en form for avtalebasert sikkerhetsstillelse i Bs krav mot A. C er gitt en rett til å bruke opp Bs krav mot A for å få dekning for sitt eget krav mot B – verken mer eller mindre. Dette innebærer at en analogi fra reglene om avtalebasert pantsettelse av fordringer, hvor gbl. § 26 kommer til anvendelse, er nærliggende.¹¹⁶

Det kan i tillegg pekes på at B etter femte ledd må "varsle sine kontraktsmedhjelpere [A] om byggherrens [Cs] krav". Dette kan tilsi at det er tale om en rett som kan ekstingveres ved konkurs eller av annen tredjemann dersom C ikke får rettsvern for kravet, sml. gbl. § 29 dersom man ser dette som en form for betinget cesjon, eller eventuelt pantel. § 4-5 analogisk dersom man ser direktekravsavtalen som en sikkerhetsrett for C.¹¹⁷ Skal først de alminnelige regler om prioritet og rettsvern anvendes, kan det tilsi at også gbl. § 26, som gir rammene for når As motkrav (og dermed sikkerhetsrett) må være stiftet for å få gjennomslag overfor en ny kreditor.

Det er kanskje i dette perspektivet man må forstå kommentarutgavene til NS 8407 og NS 8405 når forfatterne uten ytterligere problematisering anvender gbl. § 26 direkte.¹¹⁸ Også *Tørum* behandler slike standardkontrakter under synspunktet cesjon.¹¹⁹

Gjeldsbrevlova § 26 ble også anvendt direkte i LB-2015-94057 (Fasadeeksperten), hvor entreprenøren B og underentreprenøren A hadde benyttet NS 8415. Om motregningsadgangen etter NS 8415 punkt 37 uttaler lagmannsretten:

Ved direktekravstilfellene er det motregning mellom underentreprenøren og byggherren som er aktuelt, og de står ikke i kontraktsforhold til hverandre. Det følger imidlertid av gjeldsbrevloven § 26 at dersom underentreprenøren (Fasadeeksperten) har et krav mot entreprenøren (Balder) som oppstod før overdragelsen av entreprenørens krav mot underentreprenøren, vil dette kunne benyttes av underentreprenøren i motregning mot

¹¹⁶ Jf. pantel. § 4-6 tredje ledd.

¹¹⁷ Slik også Marthinussen mfl. (2016), s. 632.

¹¹⁸ Se Nordtvedt mfl. (2013), s. 657 og Marthinussen mfl. (2016), s. 634-635.

¹¹⁹ Se Tørum (2006), s. 452 flg..

byggherren. Forutsetningen er at underentreprenøren ble eier av kravet før han fikk vite om avhendelsen.¹²⁰

Lagmannsretten ser med dette ut til å behandle direktekravsbestemmelsen som en klausul om overdragelse av mangelskravene, slik at gbl. § 26 kommer til anvendelse. Underrettspraksis har i utgangspunktet liten rettskildemessig vekt, og spørsmålet vies ikke mye oppmerksomhet i avgjørelsen. Dommen kan dermed ikke tillegges nevneverdig vekt, utover at den kan kaste et visst lys over hvordan direktekravsbestemmelsene i NS-standardene praktiseres.

Det avgjørende er dermed at det samlet sett er gode grunner for at As motregningsrett her bør være i behold i samme utstrekning som ved cesjon, jf. gbl. § 26. Både avveiningen av hensynet til A og C, konsekvens og det at direktekravsadgangen beror på kontrakt taler for denne løsningen. Grunnlaget for å tillate motregning med krav mot B i dette tilfellet kan også ha overføringsverdi til andre standardkontrakter som ikke er redegjort nærmere for i denne fremstillingen.¹²¹

5.4 Direktekrav fremmet av forbrukere

5.4.1 Forbrukerkjøpsloven § 35

Den eneste lovbestemmelsen som eksplisitt tar for seg As adgang til motregning med krav mot B, er den alt nevnte forbrkjl. § 35 sjette ledd. Her avskjæres motregningsadgangen ved at det fastsettes at "[t]idligere salgslodd [A] kan ikke motregne overfor forbrukeren [C] med krav mot selgeren [B]". Motregningsforbudet gjelder også der forbrukeren C trer inn i Bs krav etter kjl. § 84, jf. forbrkjl. § 35 femte ledd, samt når forbrukeren bruker adgangen i kjl. § 84 andre ledd til å fremme krav etter forbrkjl. § 35 selv om hans egen avtalepart B ikke er næringsdrivende.¹²²

I forarbeidene "antar" utvalget videre at heller ikke As konnekse motkrav kan avskjære forbrukerkjøperens direktekrav.¹²³ Når motregningsforbudet her har kommet til uttrykk i lov, og ikke bare fremstår som en enkeltstående og ubegrunnet kommentar, bør forarbeidenes løsning få gjennomslag i dette tilfellet. Forbrukerkjøpsloven § 35 sjette ledd må dermed tolkes

¹²⁰ LB-2015-94057 under punktet "Om Fasadeeksperten kan gjøre motkrav gjeldende".

¹²¹ Se Tørum (2006), s. 456 flg. hvor også skipsbyggings- og oljefabrikasjonskontrakter trekkes inn, samt Kaasen (2018), s. 597 om NF 15 og NTK 15 artikkel 23.4.

¹²² Slik også Sæbø (2003), s. 121.

¹²³ Se NOU 1993: 27 s. 102.

slik at tidligere salgsledd As motregningsrett er helt avskåret, selv med konnekse krav, og at A kun kan fremme innsigelser.¹²⁴

5.4.2 Håndverkertjenesteloven § 27 og bustadoppføringslova § 37

Håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova er også forbrukerlover, og direktekravsadgangen som er gitt i lovene er i stor grad bygget over samme lest som direktekravet etter forbrukerkjøpsloven § 35. Likevel inneholder verken hvtjl. § 27 eller buofl. § 37 noen direkte omtale av As motregningsrett. Dette reiser spørsmål ved om forbrkj. § 35 sjette ledd har betydning for As motregningsrett i direktekrav etter de andre forbrukerlovene, enten ved at den anvendes analogisk eller som et argument for begrensninger i As motregningsrett i tråd med systembetragtninger.

Der næringsdrivende inngår avtaler med privatpersoner har lovgiver ofte funnet grunn til å regulere kontraktsforholdet på en måte som i større eller mindre grad avviker fra de mer generelle kontraktsrettslige lovregler og prinsipper. I et slikt partsforhold er det gjerne særlige hensyn som gjør seg gjeldende – først og fremst det faktum at styrkeforholdet mellom partene som regel vil være skjevt. Dersom man faller innenfor forbrukerbegrepet slik det er definert i forbrkj. § 1, gis man dermed styrkede rettigheter i møte med næringsdrivende medkontrahenter. Hovedsynspunktet som ligger bak er at forbrukere nok ikke har den samme oppfordringen eller de samme forutsetningene til å forstå hva ulike avtaleklausuler vil innebære for dem, og de står gjerne heller ikke i noen forhandlingssituasjon i møte med næringsdrivende tilbydere av varer eller tjenester.

Når det gjelder direktekrav spesielt, er forbrukere også her gitt en særlig styrket posisjon. Det er gjennomgående i forbrukeravtalelovene at forbrukerens får fremme sitt eget mangelskrav, som hovedregel innenfor rammen av Bs krav mot A, men med den forskjell at avtaler i tidligere kontraktsledd som innskrenker forbrukerens rettigheter (eksempelvis ansvarsfraskrivelser) *ikke kan gjøres gjeldende overfor forbrukeren*. Forbrukeren forholder seg også kun til reklamasjonsfristen etter sin avtale med B, ikke fristene i avtalen B og A.¹²⁵ Disse modifikasjonene i vilkåret om at B må ha et tilsvarende krav styrker inntrykket av at det faktum at forbrukeren bruker sitt eget krav faktisk er ment å ha en realitet. Forbrukervernet

¹²⁴ Slik også Sæbø (2003), s. 121 og Tørum (2006), s. 602.

¹²⁵ Se andre og tredje ledd i forbrkj. § 35, hvtjl. § 27 og buofl. § 37.

som her er gitt innebærer at forbrukeren tillates å fremme direktekrav selv der B ikke kunne fremmet et "tilsvarende krav", for eksempel der Bs reklamasjonsfrist har løpt ut.

Synspunktene skissert ovenfor i punkt 5.2 om at direktekrav etter dobbeltbegrensningsmodellen er sammenlignbart med en sikkerhetsstillelse i Bs krav får mindre vekt når forbrukerens direktekrav på denne måten kan gå lenger enn Bs krav mot A.

Dommen i HR-2018-648-A (bruktbil) gir også holdepunkter for at det er rom for å utvide vernet av forbrukeren på ulovfestet grunnlag. Spørsmålet for Høyesterett var om privatpersonen C som hadde kjøpt en bruktbil kunne fremme krav mot en yrkesutøver A som hadde utført mangelfullt arbeid på bilen, selv om direktekravsbestemmelsen kun åpnet for krav mot "tidligere yrkessalgssledd", jf. kjl. § 84 andre ledd. Etter en omfattende analyse hvor det blant annet ble vist til tilgrensende lovgivning og begrunnelsen for denne, fant Høyesterett grunn til å supplere de lovfestede direktekravsreglene slik at forbrukervernet ble mer konsekvent. Også for motregningsspørsmålet fremstår det som nokså svakt begrunnet og inkonsekvent om kun forbrukere som fremmer krav etter forbrkjl. § 35 nyter vern, mens eksempelvis forbrukerbyggherrens krav, som også er selvstendiggjort fra Bs krav, kan bli avspist med motkrav fra andre mellomværender mellom A og B.

Til støtte for et forbud mot å motregne med ikke-konnekse krav kan det til slutt hevdes at forbrukere nok ikke har den samme oppfordringen eller de samme forutsetningene til å gjøre nærmere undersøkelser i B mellomværender med A, og en enkelt privatperson står gjerne heller ikke i noen forhandlingsposisjon. Da kan det være rimelig at man unnlater å skyve risikoen for forfalte motkrav hos A over på forbrukeren. Når lovgiver langt på vei har bestemt at forbrukeren skal kunne fremme krav mot A selv om B ikke kunne fremmet et slikt krav, innebærer allerede dette at A må forvente ubehagelige overraskelser og økt ansvar der det er en forbruker, og ikke B selv, som fremmer mangelskrav.

Gode grunner taler altså for at A ikke bør få motregne i forbrukerens direktekrav med ikke-konnekse krav mot B.¹²⁶ Forbrukerkjøpsloven § 35 sjette ledd må imidlertid forstås slik at også motregning med konnekse krav er avskåret, se punkt 5.4.1. En fullstendig analogisk anvendelse av motregningsforbudet i forbrkjl. § 35 skulle således lede til at A heller ikke kan motregne med konnekse motkrav mot B.

¹²⁶ I denne retning også Lilleholt (2017), s. 383.

Mot analogisk anvendelse kan det påpekes at regelen er svakt begrunnet og utpreget positivrettslig.¹²⁷ Forbrukerkjøpslovens forarbeider viser til uttalelsen i kjøpslovens forarbeider om at A ikke kan motregne med krav på B, og "en fjern analogi" fra finansavtaleloven (finansavtl.)¹²⁸ § 54 b hos *Krüger* som hverken departementet eller forfatteren selv forklarer nærmere.¹²⁹ Det er ikke opplagt hva *Krüger* mener at kan trekkes ut av finansavtl. § 54 b, men etter mitt syn gir bestemmelsen ikke grunnlag for å trekke klare slutninger om As motregningsrett i direktekrav.

Det skal også gjennomgående mye til for å avskjære retten til å motregne med konnekse motkrav.¹³⁰ Det gjelder som nevnt et generelt unntak fra gjensidighetsvilkåret der kravene er konnekse.¹³¹ At B må ha et "tilsvarende krav" tilsier også at i alle fall innsigelser vil være relevante begrensninger i forbrukerens direktekrav etter de nevnte bestemmelser, og konnekse motkrav likebehandles i mange tilfeller med innsigelser ettersom skillet mellom dem ofte kan være vanskelig å trekke.¹³²

Utenfor forbrukerkjøpslovens anvendelsesområde synes det dermed for strengt å avskjære As rett til å motregne med konnekse krav, særlig når forbrkj. § 35 sjette ledd er så svakt begrunnet.¹³³ Forbrukerkjøpsloven § 35 sjette ledd anvendes dermed ikke analogisk for motregningsspørsmålet etter hvtjl. § 27 og buofl. § 37. Bestemmelsen kan likevel fungere som et argument, sammen med andre forhold ved direktekrav etter forbrukeravtalelovene, for å avskjære As motregningsrett med ikke-konnekse krav mot B. Konklusjonen er at As motregningsrett med konnekse krav er i behold i møte med forbrukerens direktekrav etter hvtjl. § 27 og buofl. § 37, men at A ikke kan motregne med ikke-konnekse motkrav han har mot B.

¹²⁷ Slik også Tørum (2006), s. 602 og Sæbø (2003), s. 121, som betegner regelen som "klart utilstrekkelig gjennomtenkt" og anser regelen som så svakt begrunnet at det bør utvises stor varsomhet ved å la den komme til anvendelse utenfor sitt opprinnelige virkeområde.

¹²⁸ Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag.

¹²⁹ Se NOU 1993: 27 s. 102 og *Krüger* (1999), s. 492.

¹³⁰ Sæbø (2003), s. 194 antar generelt – med videre henvisninger til Rt. 1907 s. 834 – at lov- eller avtalebestemmelser som begrenser retten til å motregne etter alminnelige regler som alminnelig utgangspunkt ikke omfatter konnekse krav.

¹³¹ Se Sæbø (2003), s. 213 med videre henvisninger.

¹³² Jf. punkt 2.2 med videre henvisninger.

¹³³ I denne retning Sæbø (2003), s. 121 og Lilleholt (2008), s. 169. Helst slik også Tørum (2006), s. 602.

5.4.3 Forbrukerkjøp av fast eiendom

Kjøp av fast eiendom mellom en forbrukerkjøper og en næringsdrivende selger reguleres av avhl. § 4-16. Som behandlingen ovenfor i punkt 4.3 viser, taler de beste grunner for at As rett til motregning opprettholdes i den grad gbl. § 26 foreskriver når bestemmelsen anvendes utenfor slike forbrukerkjøp. I lys av det som er sagt like ovenfor om betydningen av at det dreier seg om et forbrukerkjøp, kan det stilles spørsmål ved om slike forbrukerhensyn også bør tillegges vekt der avhl. § 4-16 anvendes i forbrukerkjøp.

Avhendingslova representerer et forsøk fra lovgiver på å gi balanserte løsninger som skal gi et rimelig resultat, både der partene er like ressurssterke og i forbrukerkjøp. Loven opererer imidlertid med to *forskjellige* forbrukerbegreper. Der en forbruker har kjøpt en "nyoppført eigarbustad som ikkje har vore brukt som bustad i meir enn eitt år på avtaletida" fra en selger som har handlet som ledd i næringsvirksomhet, er hele loven ufravikelig til gunst for forbrukeren, og forbrukeren kan i tillegg fremme sitt direktekrav etter boufl. § 37, jf. avhl. §§ 1-2 andre ledd og 4-16 tredje ledd. I disse tilfellene vil A altså være avskåret fra å motregne i forbrukerens direktekrav med ikke-konnekse motkrav mot B, jf. ovenfor under punkt 5.4.2.

I tillegg opererer loven med et forbrukerbegrep som ikke stiller krav om at selger er næringsdrivende, og salg av fast eiendom mellom to privatpersoner som ikke handler som ledd i næringsvirksomhet vil dermed også omfattes av definisjonen, jf. avhl. § 1-2 andre ledd. Også slike forbrukere er gitt et ekstra vern ved at flere av reglene om mangler, herunder direktekravsregelen i avhl. § 4-16, er gjort ufravikelige, jf. avhl. § 1-2 andre ledd, andre punktum. Denne gruppen av forbrukere må imidlertid forholde seg til reklamasjonsfrister og lignende i forholdet mellom A og B, på samme måte som der bestemmelsen anvendes mellom to næringsdrivende, jf. avhl. § 4-16 andre ledd, andre punktum.

Det kan stilles spørsmål ved om det bør oppstilles en tilsvarende motregningsbegrensning som etter hvtjl. § 27 og boufl. § 37 der det er tale om salg av fast eiendom fra en næringsdrivende til en forbruker. De ovennevnte forbrukervernhensynene gjør seg imidlertid ikke gjeldende i alle kjøp som omtales som "forbrukarkjøp" etter avhendingslova, ettersom definisjonen også omfatter tilfeller hvor partene er likeverdige. Forbrukeren er videre forsøkt ivaretatt gjennom at avhl. § 4-16 er gjort ufravikelig i forbrukerkjøp, og at boufl. § 37 kommer til anvendelse i visse tilfeller. For å gi forbrukere et ytterligere vern i møte med næringsdrivende, kunne man oppstilt et *tredje* forbrukerbegrep etter de samme linjer som

forbrukeravtalelovene, og operert med tilsvarende begrensninger i As motregningsrett med ikke-konnekse krav mot B som etter hvtjl. § 27 og buofl. § 37.

Å operere med et tredje forbrukerbegrep er imidlertid en retts teknisk krevende løsning som overhodet ikke har fotfeste i bestemmelsens ordlyd. Det er her tale om en bestemmelse som også skal gjelde utenfor de tilfellene hvor forbrukerhensynet gjør seg gjeldende.

Forbrukerhensynet bør dermed anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom ufravikelighet og at buofl. § 37 i visse tilfeller gis anvendelse. Utenfor disse tilfellene beholder A sin motregningsrett i samme grad som ved cesjon, jf. gbl. § 26 og punkt 4.3.

Kilderegister

Norske lover

Gjeldsbrevlova (gbl.)	Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev
Foreldelsesloven (fl.)	Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
Panteloven (pantel.)	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant
Dekningsloven (deknl.)	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
Kjøpsloven (kjl.)	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Produktansvarsloven (prodansvl.)	Lov 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar
Håndverkertjenesteloven (hvjtl.)	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere
Avhendingslova (avhl.)	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom
Bustadoppføringslova (buofl.)	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m
Finansavtaleloven (finansavtl.)	Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag
Forbrukerkjøpsloven (forbrkjl.)	Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp
Arbeidsmiljøloven (aml.)	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Forarbeider

Utredninger

NUT 1935: 1	Utkast til Lov om Gjeldsbrev.
NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs.
NU 1984: 5	Nordiska köplagar. Forslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagsstiftning – NU 1984: 5.
NOU 1993: 27	Forbrukerkjøpslov.

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 48 (1965–66)	Om lov om skadeserstatning i visse forhold.
Ot.prp. nr. 25 (1973–1974)	Om lov om endringer i kjøpsloven 24 mai 1907 nr. 2, særlig med sikte på forbrukervern.
Ot.prp. nr. 38 (1977–78)	Om Lov om forelding av fordringer.
Ot.prp. nr. 80 (1986–1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980.
Ot.prp. nr. 66 (1990–1991)	Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1907 s. 834

Rt. 1928 s. 885 (Stalheim)

Rt. 1976 s. 1117 (Siesta)

Rt. 1981 s. 445 (Davanger)

Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans)

Rt. 1998 s. 656 (Veidekke)

Rt. 1995 s. 486 (Nordland)

Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinne)

Rt. 2007 s. 877

Rt. 2008 s. 385

Rt. 2015 s. 678

HR-2018-648-A (bruktbil)

HR-2018-2256-A (Atlant)

HR-2019-1662-A (Statens pensjonskasse)

HR-2021-1106-A

Lagmannsretten

LB-2015-94057 (Fasadeeksperten)

Standardkontrakter

NS 8405 Norsk Standard NS 8405. Norsk bygge- og anleggskontrakt. 2. utgave 1. oktober 2008, utarbeidet av Standard Norge.

- NS 8415 Norsk Standard NS 8415. Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider. 1. utgave 1. oktober 2008, utarbeidet av Standard Norge.
- NS 8407 Norsk Standard NS 8407. Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. 1. utgave 1. juli 2011, utarbeidet av Standard Norge.
- NF 15 Norsk fabrikasjonskontrakt 2015. Utarbeidet i samarbeid mellom Norsk Industri og Norsk olje og gass, datert 19. januar 2016.
- NTK 15 Norsk totalkontrakt 2015. Utarbeidet i samarbeid mellom Norsk Industri og Norsk olje og gass, datert 20. oktober 2015.

Litteratur

- Askeland (2004) Askeland, Bjarte, "Om analogi og abduksjon" i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004, s. 499-547.
- Bergsåker (2015) Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utgave, Gyldendal norsk forlag 2015.
- Bull (1988) Bull, Hans Jacob, "Avtalte standardvilkår som privat lovgivning" i *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus*, Thor Falkanger og Hans Jacob Bull (red.), Universitetsforlaget 1988, s. 99-114.
- Hov og Høgberg (2017) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Papinian 2017.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2011.
- Jervell (1994) Jervell, Stephan L., «Misligholdskrav mot tidligere salgssledd», i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1994, s. 905-1007.

- Kaasen (2018) Kaasen, Knut, *Tilvirkningskontrakter. Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*, Universitetsforlaget 2018.
- Krüger (1984) Krüger, Kai, *Pengekrav*, 2. utgave, Universitetsforlaget 1984.
- Krüger (1999) Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4. utgave, Alma Mater Forlag AS 1999.
- Marthinussen mfl. (2016) Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, *NS 8405 med kommentarer*, 4. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2016.
- Nordtvedt mfl. (2013) Nordtvedt, Henning, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik og Johnny Johansen, *NS 8407. Kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2013.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.
- Skjefstad og Tørum (2020) Skjefstad, Arnt og Tørum, Amund Bjøranger, «Rettsutvikling og rettsavklaring i erstatningsretten – illustrert gjennom de såkalte Bori-dommene», i *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 2020/2, s. 129-141.
- Sæbø (2003) Sæbø, Rune, *Motregning*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke 2003.
- Tørum (2007) Tørum, Amund Bjøranger, *Direktekrav: Særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entrepris. Formuerettslige analyser i komparativ belysning*, Universitetsforlaget 2007.
- Lilleholt (1986) Lilleholt, Kåre, *Personskifte i husleigeforhold*, Universitetsforlaget 1986.
- Lilleholt (2000) Lilleholt, Kåre, "Bruk av reelle omsyn i formueretten", i *Jussens Venner* 2000, s. 49-60.

- Lilleholt (2008) Lilleholt, Kåre, *Avtale om ny bustad*, Universitetsforlaget 2008.
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Cappelen Damm akademisk 2017.
- Ørsted (1832) Ørsted, Anders Sandøe, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, 5. bind, Boghandler A. Soldin 1832.