

UiO : **Det juridiske fakultet**

Motregning og overdratte krav

etter gjeldsbrevloven § 26 og dekningsloven § 8-2 første ledd

Kandidatnummer: 625

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 17 137



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Definisjoner	1
1.3	Avgrensninger.....	3
1.4	Den videre fremstilling.....	4
2	RETTSKILDER.....	7
2.1	Lover.....	7
2.1.1	Gjeldsbrevloven.....	7
2.1.2	Dekningsloven.....	8
2.1.3	Forholdet mellom gjeldsbrevloven og dekningsloven	9
2.1.4	Internasjonal rett.....	10
2.2	Forarbeider.....	11
2.3	Rettspraksis.....	11
3	MOTREGNINGSINSTITUTTET	13
3.1	Generelt om motregning	13
3.2	Hensyn bak motregningsinstituttet	14
3.3	Vilkårene for tvungen motregning.....	15
3.3.1	Gjensidighet.....	15
3.3.2	Komputabilitet.....	16
3.3.3	Oppgjørsmodne fordringer	17
3.4	Begrensninger i motregningsretten.....	17
4	OVERDRAGELSE AV KRAV	20
4.1	Generelt om overdragelsesadgangen; hovedregel og unntak	20
4.2	Når er overdragelsen av kravet gjennomført?.....	22

4.2.1	Motregner – cesjonar	22
4.2.2	Motregner – skyldnerens konkursbo	24
5	MOTREGNINGSADGANGEN MED OVERDRATTE KRAV	27
5.1	Utgangspunkter	27
5.2	Forskjellen mellom motregning overfor cesjonar og overfor skyldnerens konkursbo.....	28
5.3	Er det en forutsetning at det forelå en motregningsadgang mellom opprinnelig debitor og kreditor før overdragelsen?.....	30
5.3.1	Motregner – cesjonar	30
5.3.2	Motregner – skyldnerens konkursbo	32
5.4	Vilkårene for en motregningsrett med overdratte krav	33
5.4.1	Tidsvilkåret.....	34
5.4.2	Kravet om god tro.....	42
5.4.3	Tilleggsvilkår for motregnerens adgang til å motregne med cedent	48
6	UTVIDET MOTREGNINGSADGANG VED KONNEKSE KRAV?.....	51
6.1	Innledning	51
6.2	Når foreligger konnekse krav?.....	52
6.3	Konneksitetens betydning for forholdet motregner – cesjonar.....	54
6.4	Konneksitetens betydning for forholdet motregner – skyldnerens konkursbo	55
7	BØR DET VÆRE EN MOTREGNINGSADGANG MED OVERDRATTE KRAV?.....	58
7.1	Motregner – cesjonar	58
7.2	Motregner – skyldnerens konkursbo.....	60
	LITTERATURLISTE	63

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for avhandlingen er motregning med overdratte krav. Fremstillingen tar utgangspunkt i gjeldsbrevloven¹ (heretter forkortet gbl.) § 26, og dekningsloven² (heretter forkortet deknl.) § 8-2 første ledd. Gbl. § 26 regulerer motregningsadgangen overfor en solvent skyldner, mens deknl. § 8-2 første ledd, regulerer adgangen til å motregne når skyldneren er insolvent. Felles for både gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd, er at de begge trekker opp rammene for adgangen til å motregne med krav som ikke lenger består mellom de opprinnelige kravshaverne. I avhandlingen drøftes vilkårene for å kunne benytte overdratte krav til motregning, herunder om motregningsadgangen blir utvidet dersom kravene springer ut av samme rettsforhold. Etter omtalen av gjeldende rettsstilstand er det avslutningsvis en de lege ferenda vurdering av reglene i gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd.

1.2 Definisjoner

For å skille de ulike partene og kravene fra hverandre er det nødvendig innledningsvis å klargjøre begrepene som benyttes i avhandlingen.

Med *krav* forstås en fordring som en person (kreditor) har om at en annen person (debitor) skal gjøre eller unnlate noe, og som kan håndheves med rettsapparatets hjelp.³ Begrepet brukes først og fremst om pengekrav, men omfatter også krav på naturalytelser.⁴

Ved *motregning* avregnes to krav mot hverandre og faller bort så langt kravene dekker hverandre.⁵ Skylder for eksempel A og B hverandre 100 kr hver, kan kravene avregnes mot

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

² Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59.

³ Gisle (2005) s. 90.

⁴ l.c.

hverandre i sin helhet. Motregning innebærer således både en inndrivelse og innfrielse av begge krav.

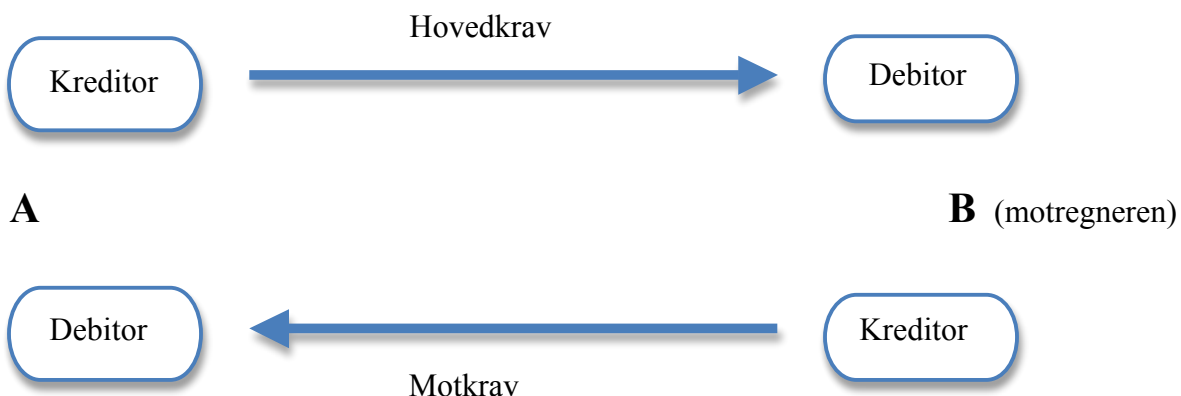
Det skilles mellom *avtalt* og *tvungen* motregning. Ved avtalt motregning inngår partene i motregningsoppjøret selv avtale om å avregne krav de har mot hverandre. Motregningsadgangen beror da på en tolkning av avtalen mellom partene. Ved tvungen motregning bygger derimot motregningsadgangen ensidig på den ene debitors motregningserklæring.

Når den ene part krever motregning, kalles det krav motparten har mot ham for *hovedkrav* og det kravet han har mot motparten, kalles for *motkrav*. Det som avgjør om noe er et hovedkrav eller et motkrav er altså hvilken part som krever motregning. Ved motregning etter dekningsloven kapittel 8 der skyldneren er under insolvensbehandling, vil motkravet være et dividendekrav, mens hovedkravet vil utgjøre en del av bomassen. Skillet mellom hva som er hovedkrav og hva som er motkrav er av betydning når det skal avgjøres om vilkårene for tvungen motregning er oppfylt.

Overdragelse av krav omtales i noen tilfeller som *cesjon*. Den som overdrar kravet kalles *cedent*, mens den som får kravet overdratt til seg kalles *cesjonar*. *Debitor cessus* er skyldneren av et overdratt krav.

⁵ Bergsåker (2011) s. 225.

Følgende illustrasjon gir en oversikt over parter og krav:



Figur 1

I avhandlingen kommer jeg til å betegne B i figuren ovenfor som ”motregneren”. Motregneren vil alltid være innehaver av motkravet.

1.3 Avgrensninger

Det er flere bestemmelser i lovgivningen som regulerer adgangen til å motregne med overdratte krav. Et eksempel som kan nevnes i denne sammenheng er finansavtaleloven⁶ § 55 første ledd. Bestemmelsen innebærer at kredittkunden kan fremme de samme innsigelser og motkrav mot den som har ervervet eller fått pant i kredittfordringen som overfor opprinnelig kreditor. Et annet eksempel er lov om finansiell sikkerhetsstillelse⁷ (heretter forkortet finansikl.) § 6. Loven har som formål å sikre at blant annet det offentlige, finansielle foretak, sentralbanker, børser og andre markedsplasser skal kunne gjennomføre sluttavregninger seg imellom utenfor de ordinære motregningsreglene. Dette er nødvendig blant annet for å sikre hensiktsmessige betalingssystemer og verdipapiroppgjør. Avhandlingen vil imidlertid være begrenset til motregningsadgangen

⁶ Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46.

⁷ Lov om finansiell sikkerhetsstillelse av 23. mars 2004 nr. 17.

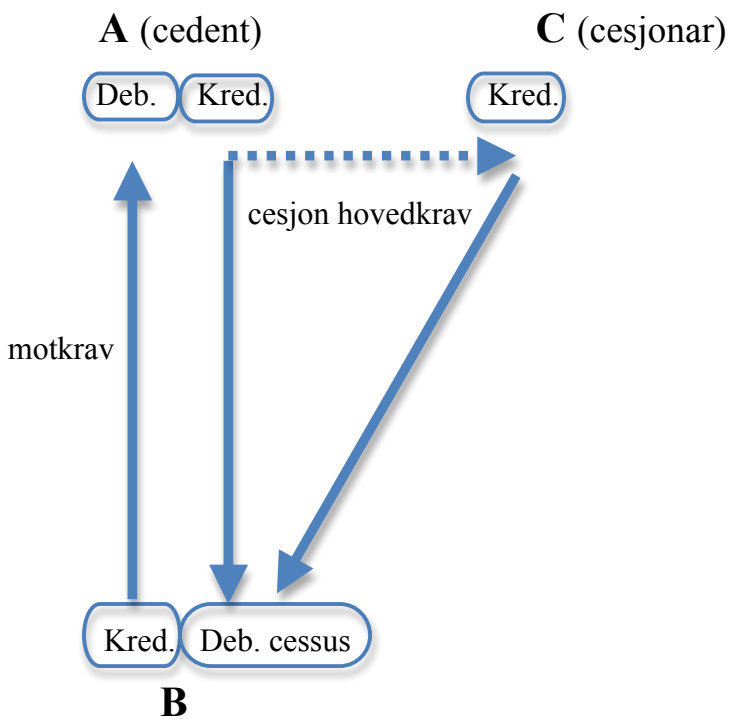
etter gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd. Det er fordi disse bestemmelsene har et generelt og bredt anvendelsesområde, og derfor godt illustrerer adgangen til å motregne med overdratte krav. Det som skiller gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd, fra finansikl. § 6 er først og fremst det at adgangen til å motregne med overdratte krav må avtales skriftlig mellom partene. Det er en tolking av avtalen, ikke lovbestemmelsen, som avgjør partenes motregningsrett.

I tolkningen av gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd, vil det likevel være aktuelt å trekke inn annen lovgivning som eksempler. Også rettspraksis knyttet til andre bestemmelser eller ulovfestet rett vil kunne være av betydning for tolkningen av gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd. I og med at avhandlingen gjelder motregningsadgangen med krav som er overdratt vil det være naturlig å reise spørsmål om grunnlaget for overdragelsen er av betydning for motregningsadgangen, typisk om overdragelsen er frivillig eller ikke. Utlegg er et eksempel på en ikke frivillig overdragelse av krav. Avhandlingen er imidlertid avgrenset mot andre enn frivillige overdragelser.

1.4 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil det først bli gjort rede for rettskildebildet. Som bakgrunnen for de problemstillingene som drøftes er det nødvendig kort å omtale motregningsinstituttet, og den generelle adgangen til å overdra krav. Hoveddelen i avhandlingen gjelder motregningsrett med overdratte krav med utgangspunkt i gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd. Det vil bli særskilt drøftet om motregningsadgangen utvides når de overdratte kravene er konnekse. Som nevnt innledningsvis vil avhandlingen bli avsluttet med en de lege ferenda drøftelse av adgangen til å motregne når krav er overdratt.

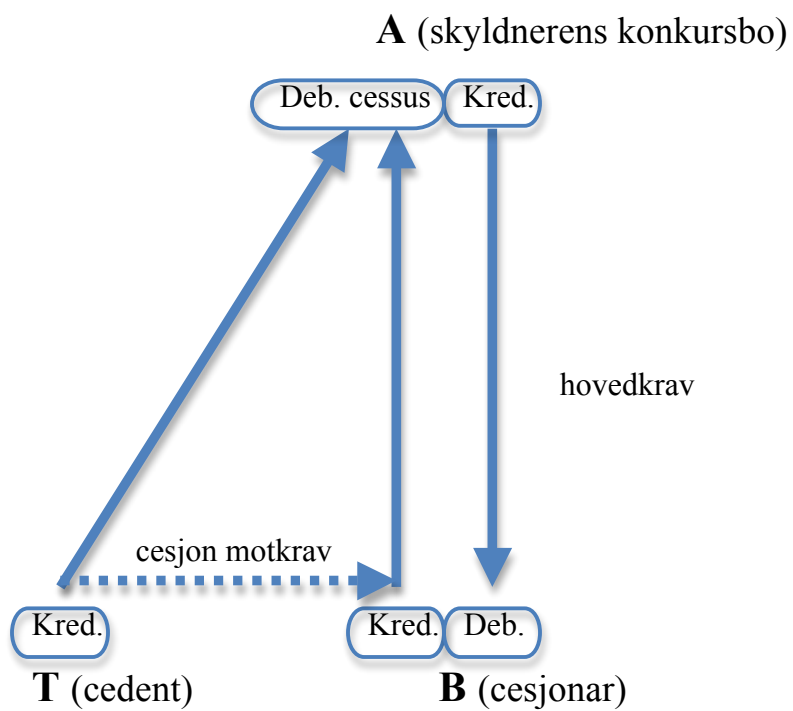
Gbl. § 26 regulerer debitor cessus' rett til å motregne overfor cesjonaren med krav han har mot cedenten. Situasjonen kan illustreres slik:



Figur 2

Spørsmålet er om B i figuren har rett til å opprettholde den motregningsrett han hadde overfor A når A har overdratt hovedkravet til C.

Deknl. § 8-2 første ledd, regulerer cesjonarens adgang til å motregne overfor debitor cessus når sistnevnte er gått konkurs. Situasjonen etter dekl. § 8-2 første ledd, kan illustreres slik:



Figur 3

Spørsmålet er om B har rett til å motregne overfor A's konkursbo med et krav han har ervervet fra tredjemann (T).

2 Rettskilder

Det rettslige grunnlaget for å kunne kreve motregning er utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori.⁸ Motregningsretten er et av de grunnleggende obligasjonsrettslige prinsippene i formueretten. Selv om det rettslig grunnlaget er ulovfestet, inneholder lovgivningen flere bestemmelser hvor motregningsadgangen er kommet til uttrykk. Utviklingen har også her, som på mange andre områder i formueretten, gått i retning av økt lovregulering.⁹ Gbl. § 26 og dekl. § 8-2 første ledd, er eksempler på dette. Nedenfor vil jeg blant annet gi en kort presentasjon av disse to lovene.

2.1 Lover

2.1.1 Gjeldsbrevloven

Gjeldsbrevloven inneholder de viktigste reglene om enkle gjeldsbrev, omsetningsgjeldsbrev og innskuddsbøker. Begrepet ”gjeldsbrev” er ikke definert i loven, men det fremgår av lovens forarbeider at det må dreie seg om ”*skriftlige og i det ytre selvstendige løfter om å betale penger*”.¹⁰ Det er i dag sikker rett at tre vilkår må være oppfylt for at det kan sies å foreligge et gjeldsbrev; det må være (1) skriftlig og (2) inneholde et i det ytre selvstendig løfte (3) om å betale penger.¹¹

Adgangen til å motregne med overdratte krav etter gbl. § 26 er regulert i lovens kapittel 3. Selv om kapittel 3 kun gjelder for enkle gjeldsbrev kommer bestemmelsene også analogisk til anvendelse for andre pengekrav og fordringer i sin alminnelighet.¹² Gbl. § 26 har følgende ordlyd:

⁸ Sæbø (2003) s. 14.

⁹ *ibid.* s. 42.

¹⁰ Utkast til lov om gjeldsbrev s. 13.

¹¹ Hagstrøm (2011) s. 908–909.

¹² Selvig, note (*).

”Krav på avhendaren kan skyldnaren nytta til motrekning, når han vart eigar av kravet før han fekk veta om avhendinga eller fekk noen tanke om henne. Var motkravet ikkje forfalle på den tid, lyt det dessutan vera forfalle seinast samstundes med hovedkravet”.

2.1.2 Dekningsloven

Med lovreformen i 1984 ble dekningsloven og konkursloven¹³ vedtatt. I det vesentligste inneholder konkursloven de prosessuelle reglene ved konkurs, mens dekningsloven inneholder de materielle reglene.¹⁴

Reglene om motregning i konkurs er i hovedsak regulert i dekningslovens kapittel 8. Hovedregelen fremgår av dekl. § 8-1¹⁵, men det finnes bestemmelser i kapittelet som utvider, presiserer eller innskrenker denne hovedregelen. Deknl. § 8-2 første ledd, er en bestemmelse som innskrenker adgangen til å motregne i konkurs. Bestemmelsen lyder slik:

”En fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før fristdagen, kan ikke benyttes til motregning overfor en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin

¹³ Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58.

¹⁴ Wiker, note (*), det følger av forarbeidene til dekningsloven (NOU 1972:20 s. 253) at loven ”ment som en generell lov om de materielle regler for [fordringshavernes] dekningsrett”.

¹⁵ Det følger av dekl. § 8-1 at “[d]en som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren som kan meldes i boet, kan benytte den til motregning med dens fulle beløp overfor en fordring som da tilkommer skyldneren, men som inngår i boet.

Motregning kan ikke skje dersom motregning på grunn av fordringenes beskaffenhet ville vært utelukket selv om skyldneren var solvent. At motfordringen opprinnelig gikk ut på noe annet penger, eller at motfordringen forfaller senere enn skyldnerens fordring, utelukker likevel ikke motregning. Motregning kan imidlertid ikke kreves når skyldnerens fordring var forfalt før boåpning, mens motfordringen først forfaller etter dette tidspunkt.

Er etter foranstående regler motregning utelukket på ett stadium av insolvensbehandlingen, kan motregning heller ikke skje på senere et tidspunkt”.

fordring. Det samme gjelder uten hensyn til tidspunktet for ervervelsen, dersom erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent”.

Videre følger det av dekl. § 1-6 annet ledd, at ”reglene i kapitlene 6 – 8 gjelder under gjeldsforhandling og konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo, når ikke annet er bestemt”. Når jeg i avhandlingen taler om motregning i konkurs, vil det også omfatte motregning under gjeldsforhandling og offentlig skifte av insolvent dødsbo selv om dette ikke presiseres nærmere.

2.1.3 Forholdet mellom gjeldsbrevloven og dekningsloven

Når et krav overdras, regulerer gjeldsbrevloven motregningsadgangen mellom debitor cessus og cesjonaren. Dersom cesjonaren eller debitor cessus går konkurs er det dekningsloven som regulerer motregningsadgangen mellom partene. Hvilken lov som kommer til anvendelse, beror altså på om skyldneren etter motkravet er solvent eller insolvent.

Tidsskillet for hvilken lov som skal benyttes, er åpning av bobehandlingen.¹⁶ Frem til konkurs åpnes i skyldnerens bo¹⁷, er det gjeldsbrevloven som skal benyttes. Etter at bobehandlingen er påbegynt, er det dekningsloven som gjelder. Med mindre det foreligger begrensninger i overdragelsesadgangen¹⁸, står konkursboet fritt til å overdra krav videre til en tredjeperson. Når krav igjen består mellom solvente parter, er det følgelig gjeldsbrevloven som regulerer forholdet mellom debitor og kreditor.

¹⁶ Se dekl. § 1-4.

¹⁷ Se dekl. § 1-4, tredje ledd.

¹⁸ Se punkt 4.1.

2.1.4 Internasjonal rett

Selv om denne avhandlingen kun skal gi en fremstilling av motregningsadgangen med overdratte krav etter norsk rett, synes jeg at det er verdt å nevne at motregningsreglene også er kommet til uttrykk i internasjonal rett. Et illustrerende eksempel er PECL¹⁹. PECL er utarbeidet av en selvoppnevnt og uavhengig arbeidsgruppe som har søkt å foreta en kodifikasjon av den internasjonale kontraktsretten, men er kun anbefalte løsninger uten annen vekt enn den som ligger i deres overbevisningskraft.²⁰ PECL art 13:101 lyder slik:

”If two parties owe each other obligations of the same kind, either party may set off that party’s right to performance (“claim”) against the other party’s claim, if and to the extent that, at the time of set-off, the first party:

- (a) is entitled to effect performance; and*
- (b) may demand the other party’s performance.”*

Et annet eksempel kan hentes fra tysk rett hvor BGB²¹ har en liknende regel som den norske gbl. § 26.²² Det følger av BGB § 406 at

”[d]er Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerb der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist”.

Som en følge av at de materielle reglene om motregning, herunder gjeldsbrevloven og dekningsloven, i stor grad er et resultat av et nordisk lovsamarbeid, har landene langt på vei

¹⁹ Principles of European Contract Law.

²⁰ Hov, note (1), Hagstrøm (2011) s. 62.

²¹ Bundesrepublik Deutschland Bürgerliches Gesetzbuch.

²² Sæbø s. 44.

sammenfallende regler om motregning, både i og utenfor konkurs.²³ Svensk og dansk rettspraksis og teori er derfor av interesse for løsning av motregningsspørsmål også etter norsk rett.²⁴

2.2 Forarbeider

Ved tolking av lover legger domstolene normalt stor vekt på uttalelser i forarbeidene. Det er blant annet fordi de beskriver hva lovgiver mente da bestemmelsene ble utformet og derfor har stor vekt i avgjørelsen av hvordan lovbestemmelser er å forstå. Graden av hvor detaljert forarbeidene er, varierer fra lov til lov, og forarbeidenes vekt vil da følgelig variere tilsvarende. Jo mer gjennomtenkt forarbeidene fremstår, jo mer vekt vil forarbeidene tillegges. Et annet moment er for eksempel forarbeidenes alder. Jo nyere loven og forarbeidene er, jo større vekt kan det legges på forarbeidene.²⁵ Grunnen til at forarbeidene kan få redusert betydning etter hvert som tiden går, er fordi samfunnsforhold og oppfatninger endrer seg, men også fordi det dannes presedens for hvordan bestemmelsene skal tolkes når de blir praktisert.²⁶ Gjeldsbrevloven og dens forarbeider er for eksempel mange år eldre enn dekningsloven og dens forarbeider.

2.3 Rettspraksis

Motregningsretten er innført gjennom rettspraksis.²⁷ Regelen om at en debitor etter motkravet under visse betingelser må finne seg i motregning, ble kodifisert i Kong Christian Den Femtis Norske Lov²⁸, men bestemmelsen er senere blitt opphevet.²⁹

²³ Utkast til lov og gjeldsbrev s. 3, NOU 1972:20 s. 3-4.

²⁴ Sæbø (2003) s. 44.

²⁵ Boe (1996) s. 188 og s. 235.

²⁶ Rettskildelære (2000) s. 154.

²⁷ Hagstrøm (2011) s. 729.

²⁸ Lov av 15. april 1687, forutsetningsvis ved NL. 5-13-4: *"Imod rigtige og pure Haandskrifter bør ej omtvistet Giæld, eller Regnskaber, at anseis; Men Regnskab imod Regnskab bør at komme til Afregning"*.

²⁹ Hagstrøm (2011) s. 729.

Rettspraksis er også det helt sentrale rettslige grunnlaget for adgangen til å motregne, og for å fastlegge rekkevidden av motregningsretten. Det er en omfattende rettspraksis som regulerer adgangen til å motregne i forskjellige situasjoner. Rettspraksis har for eksempel lenge anerkjent adgangen for debitor og kreditor til å motregne med overdratte krav og kan derfor ha betydning for tolkningen av lovbestemmelser der lovgivningen er i samsvar med denne praksis.

3 Motregningsinstituttet

3.1 Generelt om motregning

Ved avtalt motregning er det en tolkning av partenes avtale som avgjør rekkevidden av partenes motregningsrett. Det vil være alminnelige avtalerettslige regler på kontraktsrettens område som kommer til anvendelse. En avtale om motregning vil mellom solvente parter alltid kunne legges til grunn, med mindre noe annet følger av avtalerettslige ugyldighetsregler, eller lignende. Tvungen motregning forutsetter derimot at tre ulovfestede vilkår er oppfylt før den ene kreditor ensidig kan kreve motregning; gjensidighet, komputabilitet og oppgjørsmodne fordringer. I det følgende skal disse vilkårene kort gjennomgås.

Det er ikke et vilkår at kravene må springe ut av samme rettsforhold, m.a.o. at kravene må være konnekse for adgangen til å motregne. Likevel er det alminnelig antatt at dersom kravene er konnekse, er adgangen til å motregne utvidet. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 6.

Utgangspunktet er at motregning må erklæres. Med mindre det foreligger en avtale som regulerer motregningstidspunktet, skjer ikke motregning automatisk. En motregningserklæring regnes som et påbud. Påbud er utsagn som skaper plikt for adressaten og får virkning så snart utsagnet er kommet frem til den annen part.³⁰ Det er på erklæringstidspunktet at de ulovfestede vilkårene for motregning må foreligge. Når motregning erklæres, inntreer en rekke andre rettsvirkninger i tillegg til at forpliktelsen om å betale hovedkravet bortfaller i den grad det dekkes av motkravet. En typisk virkning vil for eksempel være opphør av forpliktelsen til å betale renter.³¹

³⁰ Jf. avtaleloven § 2, første ledd, Hagstrøm (2011) s. 730, Bergsåker (2011) s. 239 og Hov note (2).

³¹ Bergsåker (2011) s. 239.

3.2 Hensyn bak motregningsinstituttet

Det er flere hensyn som begrunner motregningsinstituttet.³² Generelt kan det hevdes at en motregningsrett bygger på effektivitetsbetraktninger balansert mot *rimelighet og rettferdighetsbetraktninger*. Når begge parter er innehaver av krav mot hverandre, må det anses for både rimelig og rettferdig at kravene avregnes mot hverandre, slik at begge får dekket kravene mot den annen så langt dette lar seg gjøre.

Videre taler hensynet til en *enkel og praktisk oppgjørsmåte* for motregning. Begge parter vil i utgangspunktet være tjent med denne oppgjørsmåten da partene slipper å bytte penger eller overføre penger til hverandre. Det synes rimelig at den ene parten alene bør kunne forlange en slik forenkling av oppgjøret uten at samtykke fra den annen er nødvendig. Imidlertid er ikke hensynet like tungtveiende i dag som tidligere, siden teknologien nå gjør det svært enkelt å overføre penger. Det er heller ikke alltid partene vil være best tjent med en slik oppgjørsmåte. Den ene part kan for eksempel befinne seg i en situasjon hvor han trenger kontanter til å gjøre opp andre krav for å avverge en konkursbegjæring, eller forebygge at en kontrakt med tredjemann som er viktig for han blir hevet. Her er det *kontanthensynet* som gjør seg gjeldende. Også hensynet til et *isolert oppgjør* taler mot en motregningsadgang. Illustrerende her er arbeidstakers krav på å få lønnen ubeskåret, jf. arbeidsmiljøloven³³ § 14-15 annet, tredje og fjerde ledd, hvor det følger et forbud mot å motregne med arbeidstakers lønn.

En motregningsrett sikrer en effektiv ”inkasso” for den som har fått en dårlig betaler som debitor. Dersom en part har rett til å kreve motregning, enten på bakgrunn av avtale eller som følge av at de ulovfestede vilkårene for motregning er oppfylt, vil han ha sikkerhet for motfordringen så langt motkravet dekkes av hovedfordringen. *Sikkerhetskensynet* går ut på at den som har ervervet et motkrav mot innehaver av hovedkravet får en berettiget forventning om å kunne motregne kravene mot hverandre. Som en følge av at motregneren

³² Til det flg. se Hagstrøm (2011) s. 728 - 729 og Bergsåker (2011) s. 229-237.

³³ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.

får en berettiget forventning om å kunne motregne kravene, bør han vernes mot risiko for tap ved at hovedkravet innfris mens motkravet blir stående igjen uoppgjort. Utenfor konkurs ivaretar sikkerhetshensynet motregnerens sikkerhet i form av at han slipper å måtte innfri hovedkravet uten å få oppgjør for motkravet.³⁴ Motregning blir da nærmest en form for privat tvangsfullbyrdelse. Dersom debitor ikke betaler, vil det være kostnads- og tidsbesparende å kreve motregning i stedet for å gå til søksmål for å innkreve gjelden. I konkurs ivaretar sikkerhetshensynet motregnerens rett til å motregne med motkravets fulle beløp, og ikke bare en dividende av motkravet.³⁵

3.3 Vilkårene for tvungen motregning

3.3.1 Gjensidighet

Det første vilkåret går ut på at hovedkravet og motkravet må bestå mellom samme parter, se figur 1.³⁶ Dersom A skylder B 10 000 kroner, og B også skylder A 10 000 kroner, vil vilkåret være oppfylt. Gjensidighetsvilkåret vil derimot ikke være oppfylt dersom A for eksempel overdrar sitt krav til C. C vil da ha et krav mot B, men B har ikke et krav mot C. Imidlertid kan det ved avtalt motregning avtales at motregning likevel skal tillates, selv om kravene ikke består mellom samme parter.

Det kan altså oppstå situasjoner der gjensidighetsvilkåret har vært oppfylt, men ikke lenger er det når en part ønsker å motregne. Det kan også oppstå situasjoner hvor gjensidighetsvilkåret blir oppfylt som følge av at krav blir overdratt. I utgangspunktet er kravet om gjensidighet absolutt, men det finnes enkelte unntak. Et eksempel er lovfestede unntak som gir motregneren en motregningsrett overfor cesjonaren med kravet han har mot cedenten. Gbl. § 26 er et eksempel på en slik bestemmelse. Det finnes altså lovregler som utvider de ulovfestede reglene om motregning. Det finnes

³⁴ Sæbø (2003) s. 109.

³⁵ *ibid.* s. 420.

³⁶ Se punkt 1.1.

imidlertid også lovbestemmelser som innskrenker adgangen til å motregne selv om gjensidighetsvilkåret er oppfylt. Deknl. § 8-2 første ledd, illustrerer dette. I punkt 5 nedenfor skal jeg se nærmere på adgangen til å motregne når gjensidighetsvilkåret er oppfylt og når gjensidigheten mellom partene er brutt.

3.3.2 Komputabilitet

Det andre vilkåret er at hovedkrav og motkrav må gå ut på samme type ytelser. Det vanlige er å motregne pengeforpliktelser, men også andre typer forpliktelser kan motregnes. Det er først og fremst standardiserte ytelser som det her vil kunne være aktuelt å motregne med, for eksempel gull eller annet som enkelt kan konstateres som ”samme” vare eller tjeneste.

Det kan forekomme situasjoner hvor forpliktelsene i utgangspunktet ikke er komputable, men at de blir det på et senere tidspunkt. Det avgjørende er ikke hvordan forholdene en gang i tiden forelå, men hva situasjonen er når motregning erklæres. Illustrerende her er deknl. § 8-1 annet ledd, annet punktum, første alternativ: *”At motfordringen opprinnelig gikk ut på noe annet enn penger, (...), utelukker likevel ikke motregning”*. Dersom omdanning av motkravet til en pengefordring³⁷ leder til etterfølgende komputabilitet, kan kravene avregnes mot hverandre.³⁸ Et annet eksempel er der selger ikke klarer å levere avtalt vare. Konsekvensen er at kjøper får et erstatningskrav overfor selger. Her vil selger skylde kjøper penger som følge av erstatningskravet og kjøper vil skylde selger penger for varen. Også komputabilitetsvilkåret kan imidlertid partene avtale seg vekk fra ved avtalt motregning.

³⁷ Jf. deknl. § 6-4.

³⁸ Se Wiker, note (280).

3.3.3 Oppgjørsmodne fordringer

At kravene må være oppgjørsmodne betyr for det første at frigjøringstiden for hovedkravet må være kommet og for det andre at motkravet må være forfalt.

Frigjøringstiden er det tidspunkt debitor tidligst kan oppfylle en betalingsforpliktelse. Dersom frigjøringstiden for hovedkravet ikke er kommet og kreditor ikke ønsker at debitor skal oppfylle forpliktelsen sin ennå, vil det ikke kunne skje noen motregning fordi debitor må ha rett til å innfri hovedkravet for at det skal kunne motregnes i et slikt tilfelle. Ved motregning er det hovedkravet i forpliktelsesforholdet som blir innfridd, mens motkravet blir inndrevet og tvunget igjennom. I denne sammenheng kan det påpekes at debitor etter gbl. § 5 har rett til å oppfylle når han vil, om ”*det ikke [er] fastsett noko om betalingstid*”. Er betalingstid avtalt, kan det ikke motregnes før frigjøringstiden etter avtalen er kommet.

Forfallstiden er det tidspunkt kreditor tidligst kan kreve oppfyllelse. Kreditor kan ikke inndrive et krav som debitor ikke er forpliktet til å betale. Han kan følgelig ikke tvinge gjennom og kreve motregning før forfallstiden for motkravet er kommet.

Hovedkravet og motkravet endrer verken frigjøringstid eller forfallstid selv om den ene part ønsker å gjøre opp begge krav ved motregning. Imidlertid kan det også her følge av avtale mellom partene eller lovbasert motregning at vilkåret om at kravene må være oppgjørsmodne, ikke skal gjelde.

3.4 Begrensninger i motregningsretten

Selv om motregning i utgangspunktet er tillatt, kan det likevel være begrensninger i avtale, lov eller ulovfestet grunnlag (se nedenfor).

Hvorvidt motregning er utelukket som følge av avtalen mellom partene, beror på en tolking av hva partene har avtalt. Partene kan ha avtalt at motregningsretten skal være avskåret i nærmere angitte situasjoner. Eksempelvis kan det avtales at motregning ikke er tillatt etter et bestemt tidspunkt, eller dersom den ene parten går konkurs.

Begrensninger i motregningsretten kan også følge direkte av lov. I disse tilfellene har lovgiver funnet at enkelte krav er så viktig at blir oppgjort som forutsatt at det har vært nødvendig å verne disse mot motregning. Også her kan arbeidsmiljøloven § 14-15 annet, tredje og fjerde ledd benyttes som et eksempel. Av denne fremkommer det at arbeidsgiver ikke kan motregne overfor arbeidstakers krav på lønn. Bestemmelsen har til hensikt å beskytte lønsmottakerens likviditet. En arbeidstaker skal få lønnen utbetalt ubeskåret slik at man har mulighet til å forsørge seg selv og sin husstand. Et annet eksempel er kommunelovens³⁹ § 53. Bestemmelsen forbyr den som skylder skatter, avgifter eller gebyrer til en kommune eller fylkeskommune å gjøre opp sin gjeld ved motregning. Forbudet er satt av hensyn til kommunens eller fylkekommunens likviditet. Videre følger det av forsikringsavtaleloven⁴⁰ § 8-3 første ledd, og § 18-3 første ledd, at et forsikringsselskap ikke kan motregne overfor sikredes krav på forsikringsoppgjør med andre krav enn selskapet har mot han som følge av forfalt forsikringspremie fra samme eller andre forsikringsforhold med selskapet.

Motregningsbegrensninger kan også følge av ulovfestede regler. For eksempel dersom det vil være illojalt å motregne ut fra den avtale som ligger til grunn for hovedkravet og de omstendigheter som den er inngått under.⁴¹ I Rt. 1927 s. 767 hadde assuranseselskapet Norske Lloyd satt av midler på en egen havarikonto hos sin bankforbindelse. Banken ble nektet å motregne midlene med selskapets gjeld til banken. En enstemmig Høyesterett uttalte (s. 768):

”Naar Norske Lloyd har oprettet en konto som den i saken omhandlede ”Havarikonto Sviatagor v/ A/S Norske Lloyd”, kan jeg ikke finde det tvilsomt, at det har været selskapets hensigt at utskille disse penger fra dets egne midler og avse dem til dækning av de forpligtelser, som ”Sviatagor”s havari medfører. Dette

³⁹ Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107.

⁴⁰ Lov om forsikringsavtaler av 16. juni 1989 nr. 69.

⁴¹ Hagstrøm (2011) s. 742.

mener jeg ogsaa at banken maa ha forstaat. Som det er uttalt i den erklæring, [side 769] som er indhentet fra Den norske Bankforening, har Fællesbanken derved i ethvertfald faat besked om, at indbetalingerne ønskedes holdt helt adskilt fra selskapets øvrige mellemværende med banken, og maatte derfor være forberedt paa, at beløpene helt eller delvis kunde tilhøre andre. Og forsaavidt det saa viser sig, at beløpene virkelig tilhørte andre end Norske Lloyd, maa banken være forpligtet til at respektere dette forhold og finde sig i, at pengene anvendes overensstemmende med den hensigt, som er knyttet til kontoens oprettelse.”

I Rt. 1936 s. 828 ble en banks motregningskrav med penger som var mottatt i gave for bygging av et gamlehjem og satt inn på konto kalt ”Bjugn gamlehjem ved Bjugn kommune”, nektet som følge av at pengene var øremerket for et bestemt formål og banken visste om dette. Flertallet i Høyesterett kom til (s. 829)

”[a]t en kompensasjonsadgang for banken under disse omstendigheter vilde staa i en aapenbar strid med forusetningene for kontoens oprettelse og at banken burde forstaa dette, finnes ikke tvilsomt”.

Et annet eksempel på en motregningsbegrensning som følger av ulovfestet rett, er det som i rettspraksis og teori blir omtalt som misbruksreservasjonen. Det kan i noen tilfeller bli aktuelt å nekte motregning med den begrunnelse at motregning vil være å anse som eller bidra til å fremme rettsmisbruk. Illustrerende er dersom A, som har et krav mot B, rettsstridig tilegner seg Bs formuesgode og erklærer motregning i Bs krav på tilbakeføring eller erstatning.⁴² I Rt. 2008 s. 385 uttalte Høyesterett (avsnitt 92) at ”[d]et er (...) bred enighet om at motregning kan bli nektet for å hindre rettsmisbruk (...)”, hvilket ble gjentatt i en Lagmannsrettdom fra 2009 (LB-2009-0724).

⁴² Sæbø (2003) s. 297.

4 Overdragelse av krav

4.1 Generelt om overdragelsesadgangen; hovedregel og unntak

Et krav er en formuesgjenstand som kan skifte eier på samme vis som andre formuesgjenstander.⁴³ Overdragelse av krav kan skje ved vanlig rettshandel mellom parter som for eksempel kjøp, bytte, gaver mv., men krav kan også overdras ved arv, skifte eller med tvang, eksempelvis konkurs.⁴⁴ Det kan være flere grunner til at en kreditor ønsker å overdra et krav til en annen.⁴⁵ For eksempel kan kreditor ha behov for å *frigjøre kapital* fordi han selv skylder en kreditor penger.

Hovedregelen er at krav fritt kan overdras. Overdragelse trenger ikke debtors samtykke, og debitor har heller ingen mulighet til å motsette seg overdragelsen.⁴⁶ Denne hovedregelen har klart kommet til uttrykk i rettspraksis. Illustrerende her er Rt. 2008 s. 385 hvor det fremgår at ”[u]tgangspunktet i norsk rett er at formuesrettslige krav kan overdras”.⁴⁷

Kreditor står imidlertid ikke alltid fritt til å overdra krav mot debitor til en ny kreditor. Begrensninger i overdragelsesadgangen kan følge direkte av lov, eller av avtale mellom debitor og kreditor, eller mellom cedent og cesjonar (se nedenfor).

Lovgivningen har en rekke bestemmelser som begrenser adgangen til å overdra krav.⁴⁸ Hvorvidt det foreligger en overdragelsesbegrensning og rekkevidden av denne, beror på en tolkning av den aktuelle lovbestemmelse. Begrunnelsen for hvorfor lovgiver har grepet inn

⁴³ Hagstrøm (2011) s. 883–884.

⁴⁴ *ibid.* s. 884.

⁴⁵ I det flg. se Hagstrøm (2011) s. 883.

⁴⁶ Bergsåker (2011) s. 245.

⁴⁷ Se avsnitt 61. Saken gjaldt spørsmål om en gjeldsovertakelse og den senere tilbakebetaling av forpliktelsen gjennom oppfyllelse av en entreprisekontrakt var i strid med aksjeloven § 3-6 om utdeling til aksjeeier, og om det i tilfelle kunne kreves tilbakebetaling fra entreprenøren, som var en annen aksjeeier.

⁴⁸ Hagstrøm (2011) s. 886.

i overdragelsesadgangen for cedenten, vil varierer fra bestemmelse fra bestemmelse. Illustrerende i denne sammenheng er skadeerstatningsloven⁴⁹ § 3-10 første ledd, første og annet punktum, hvor det følger at

”[e]rstatningskrav etter dette kapitlet⁵⁰ kan ikke overdras eller pantsettes så lenge kravet ikke er godkjent eller rettskraftig avgjort. Retten kan likevel samtykke i overdragelse av et slikt erstatningskrav etter at kravet er oppstått”.

Her har lovgiver valgt å sette et forbud mot overdragelse frem til det er avgjort om kravet i det hele tatt eksisterer og hva beløpet eventuelt lyder på. Dette blant annet for å hindre at nye konflikter oppstår da cesjonaren kan risikere å få overdratt et inntil helt verdiløst krav, eller at verdien på kravet er høyere eller lavere enn det partene gikk ut fra ved overdragelsen. Et annet eksempel er kommuneloven § 54 som forbyr overdragelse av krav på skatter og avgifter. Begrunnelsen følger av bestemmelsens forarbeider:

”Overdragelse av krav på skatter og avgifter vil lett ha karakter av utnyttelse av de siste reserver, og av at man prøver å skyve problemene foran seg. Det har også klart betenkelige sider i forhold til debitorerne - borgerne - som vil kunne oppleve kreditorskiftet som en klar forverring av sin situasjon - både mht. mulighet til å forhandle seg fram til en akseptabel nedbetalingsordning, mht. inndrivningsform og -hastighet, og ut fra et personvernsynspunkt.”⁵¹

Det kan også avtales begrensninger i adgangen til å overdra krav, både mellom opprinnelig debitor og kreditor, samt mellom cedent og cesjonar. En avtale som forbyr overdragelse vil være bindende mellom partene, men vil også kunne ha betydning for den tredjemann som forsøker å erverve kravet i strid med avtalen. Hvis for eksempel kreditor til tross for avtalen

⁴⁹ Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26.

⁵⁰ Kapittel 3 gjelder erstatning for skade på person, for andre personlig krenkinger m.m og for tap av forsørger.

⁵¹ NOU 1990:13 s. 396.

med debitor overdrar kravet til en cesjonar, vil det foreligge avtalebrudd mellom opprinnelige kreditor og debitor. Er det et enkelt pengekrav som overdras, vil debitor likevel kunne forholde seg til opprinnelig debitor ut fra prinsippet i gbl. § 25⁵².⁵³

En grunn til at det avtales overdragelsesforbud kan være fordi debitor ikke ønsker å forholde seg til en annen kreditor. En annen grunn kan være at cedenten har et nært forhold til debitor cessus slik at han ikke ønsker at debitor cessus skal få andre kreditorer enn cesjonaren. Hvem som omfattes og hvilke overdragelsesforbud som gjelder o.l., beror på en tolkning av avtalen hvor vanlige kontraktsrettslige regler kommer til anvendelse.

4.2 Når er overdragelsen av kravet gjennomført?

I det følgende skal jeg gjøre rede for når hovedkravet må anses som endelig overdratt fra cedent til cesjonar etter gbl. § 26, og når motkravet etter dekl. § 8-2 første ledd, er ervervet, ved frivillige overdragelser.⁵⁴ Dette er av betydning for om motregneren har motregningsrett etter bestemmelsene.

4.2.1 Motregner – cesjonar

Det fremkommer ikke av gbl. § 26 når overdragelse av hovedkravet anses gjennomført. Heller ikke forarbeidene til loven eller rettspraksis gir noen veiledning ut over hovedregelen om at krav fritt kan overdras. Ordlyden i gbl. § 26 taler imidlertid om ”avhendaren” og ”avhendiga”, noe som trekker i retning av at en gyldig rettshandel må være kommet i stand mellom partene. Det må altså ha skjedd en eller annen form for avtalebasert overgang av hovedkravet. Cesjonsavtaler reguleres på samme måte som andre avtaler. Også her kommer avtalelovens⁵⁵ (heretter forkortet avtl.) regler om tilbud og

⁵² Det følger av gbl. § 25 at ”[n]år nokon avhender eit enkelt gjeldsbrev, får ikkje mottakaren betre rett enn avhendaren, om inkje anna fylgjer av serlege rettsreglar”.

⁵³ Bergsåker (2011) s. 81.

⁵⁴ Se punkt 1.3.

⁵⁵ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4.

aksept, fullmakt og ugyldighet mv. til anvendelse.⁵⁶ Det kan forutsetningsvis av avtl. § 7 utledes at avsender av et tilbud er bundet når tilbudet er ”kommet frem” til mottakeren. Dersom mottaker aksepterer, foreligger det en bindende avtale mellom partene fra det tidspunkt aksepten når tilbyders kunnskap og denne er kommet frem innen avtalelovens angitte frister, jf. avtl. § 2 og § 3. Avtalerettsregler er ikke rettsvernsregler. Det avgjørende overdragelsestidspunktet kan derfor etter en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd ikke være når cesjonaren har skaffet seg rettsvern for overdragelsen, men når en endelig, gyldig avtale foreligger mellom partene. Rettsvern har ingen betydning inter partes, det er kun for å skaffe cesjonaren beskyttelse mot kreditorer og suksessorer.

I forarbeidene til dekningsloven finnes det uttalelser som kan støtte opp under en slik tolkning av bestemmelsen. Ettersom dekningsloven og dens forarbeider er nyere enn gjeldsbrevloven kan dens uttalelser også være relevant for tolking av gjeldsbrevloven dersom den for eksempel gir uttrykk for endrede samfunnsoppfatninger. Det følger av forarbeidene til dekn. § 8-2 første ledd, at

*”[d]et avgjørende må være det tidspunkt da overdragelsen er definitiv i forholdet mellom [tredjeperson] og [motregneren], ikke det (senere) tidspunkt da [skyldneren] får underretning om overdragelsen i egenskap av debitor cessus, og [motregneren] ifølge gbl. § 29 får rettsvern i forhold til [tredjepersons] kreditorer og suksessorer”.*⁵⁷

Lovgiver har her lagt til grunn at overdragelsen er endelig når den er definitiv mellom partene. Forarbeidene angir med andre ord når motkravet anses for å være ervervet etter dekn. § 8-2 første ledd, men i realiteten beskrives når en overdragelse av et krav anses for å være gjennomført ved frivillige overdragelser. Dette trekker i retning av at dekningslovens forarbeider også kan gi støtte for når et hovedkrav anses for å være overdratt fra cedent til cesjonar i relasjon til gbl. § 26. Overdragelsesakten ved frivillige

⁵⁶ Bergsåker (2011) s. 85.

⁵⁷ NOU 1972:20 s. 332.

overdragelser er den samme, uavhengig av om det er hovedkravet eller motkravet som overdras. Hvorvidt det er hovedkravet eller motkravet som er overdras er kun et spørsmål om terminologi. Avgjørende for hvilken terminologi som benyttes er hvem som krever motregning. Er det erververen som krever å motregne med kravet, er det motkravet som er blitt overdratt. Og motsatt, dersom erververen får en motregningserklæring rettet mot seg, er det hovedkravet som har vært gjenstand for overdragelse.

Etter dette må situasjonen de lege lata være at overdragelse av hovedkravet er gjennomført når en avtalebasert overgang av kravet er definitiv mellom partene.

4.2.2 Motregner – skyldnerens konkursbo

Overdragelsen av motkravet er etter dekningsloven § 8-2 første ledd, gjennomført når kravet er *”ervert fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg”*. En naturlig forståelse av ordlyden taler for at det må ha skjedd en overgang av motkravet fra cedent til cesjonar. Ervervelse på annen måte enn ved overdragelse eller utlegg⁵⁸ faller således utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Dette støttes også av bestemmelsens forarbeider⁵⁹, se ovenfor⁶⁰, hvor det fremkommer at fordringen anses for ”ervert” fra det tidspunkt da overdragelsen ble definitiv mellom partene. Det er altså ikke rettsvernstidspunktet som er avgjørende for når overdragelsen er gjennomført. Avgjørende etter forarbeidene, er tidspunktet når avtale om overdragelse er endelig.

Forarbeidenes uttalelser er imidlertid blitt diskutert i teorien. Andenæs⁶¹ mener på sin side at det er forhold som *”kan tale for å sette seg utover forarbeidenes forutsetning”* ved å heller anvende prinsippet i deknl. § 5-10. Han tar her utgangspunkt i deknl. § 5-6 første ledd. Det følger av deknl. § 5-6 første ledd, at

⁵⁸ Andre ervervelser enn frivillige overdragelser er det avgrenset mot i punkt 1.3.

⁵⁹ NOU 1972:20 s. 332.

⁶⁰ Se punkt 4.2.1.

⁶¹ Andenæs (2009) s. 331–332.

”[m]otregning med en fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes i den utstrekning motregningen er skjedd med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring. Det samme gjelder uten hensyn til tidspunktet for ervervelsen, dersom erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent”.

Bestemmelsen har nærmest identisk ordlyd som deknl. § 8-2 første ledd. Forskjellen mellom bestemmelsene er likevel at deknl. § 5-6 første ledd, regulerer omstøtelse av motregning foretatt til tross for motregningsforbudet i deknl. § 8-2 første ledd. Ingen av bestemmelsene er til hinder for selve ervervelsen av motkravet, men begge bestemmelsene setter forbud mot at motregning skjer med det ervervede kravet. Dersom motregningsforbudet i deknl. § 8-2 første ledd, er overtrådt, er virkningen at disposisjonen kan omstøtes i medhold av deknl. § 5-6 første ledd.

Videre følger det av forarbeidene til deknl. § 5-6 at formålet med regelen i første ledd er å unngå at *”det aktivum som debtors utestående fordringer utgjør, blir unndradd boet ved at debtors planmessig kjøper opp fordringene til underkurs”*.⁶² Det er også det samme hensyn, likhetsprinsippet⁶³, som ligger til grunn for begge bestemmelsene.

Andenæs mener at man i stedet for å legge til grunn det tidspunkt når overdragelsen er definitiv mellom partene, heller bør anvende prinsippet i deknl. § 5-10.⁶⁴ Det følger av deknl. § 5-10 første punktum, at

”[v]ed anvendelse av reglene i dette kapittel anses en disposisjon som først oppnår ordinært rettsvern ved tinglysning eller annen sikringsakt, ikke foretatt før slik sikringsakt er iverksatt”.

⁶² NOU 1972:20 s. 293.

⁶³ Se definisjon og nærmere om likhetsprinsippet som begrunnelse for deknl. § 8-2 første ledd, i punkt 5.1.

⁶⁴ Andenæs (2009) s. 332.

Slik Andenæs' henvisning til dekl. § 5-10 er å forstå, mener han at kravet først er "ervert" når sikringsakten er gjennomført. Han ønsker altså å legge til grunn det motsatte av hva som fremkommer av forarbeidene. Sæbø er derimot ikke enig med Andenæs. *"I alle fall når det i forarbeidene klart markeres at rettsvernsreglene ikke får anvendelse i den relasjon som her drøftes, kan det ikke komme på tale å anvende slike regler – som ifølge rettspraksis skal tolkes strengt – analogisk"*.⁶⁵ Sæbø har støtte for sin oppfatning blant flere juridiske forfattere.⁶⁶ Deres oppfatning må i dag også være de lege lata da det ikke synes å finnes et rettskildemessig grunnlag til støtte for Andenæs' syn.

⁶⁵ Sæbø (2003) s. 496.

⁶⁶ Se blant annet Falkanger i JV 1987 s. 326 (*"Avgjørende her er når overdragelsen (cessionen) var definitiv mellom cedent og cessionar (...), ikke når rettsvern ble oppnådd*) og Huser (1992) s. 346 (*"§ 5-10 får ikke anvendelse her, da dens anvendelsesområde må antas å være begrenset til fristberegningen i relasjon til disposisjoners rettsvern overfor debtors kreditorer"*).

5 Motregningsadgangen med overdratte krav

5.1 Utgangspunkter

Når krav som opprinnelig fylte de alminnelige vilkår for å være hovedkrav eller motkrav overdras, slik at kravene ikke lenger består mellom samme parter, er den som ønsker å motregne avskåret fra dette etter de alminnelige motregningsregler så langt gjensidighetsvilkåret rekker.⁶⁷ Når lovgiver likevel i enkelte tilfeller har valgt å gi motregneren en rett til å motregne med overdratte krav, skyldes dette først og fremst sikkerhetshensynet.⁶⁸ Lovgiver har hatt et ønske om å beskytte motregneren mot disposisjoner foretatt av den annen part, fordi motregneren kan ha fått en berettiget forventning om å kunne motregne da gjensidighetsvilkåret var oppfylt.⁶⁹ Gbl. § 26 er et eksempel på en bestemmelse hvor lovgiver, forutsatt at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, har bestemt at motregningsadgangen skal være i behold selv om gjensidighetsvilkåret ikke er oppfylt. Situasjonen kan illustreres slik⁷⁰; hvis to parter har et krav mot hverandre, brytes gjensidigheten mellom dem ved at den ene parten (cedenten) overdrar kravet sitt til en annen (cesjonaren). Debitor cessus (motregneren) ønsker å motregne med kravet han har mot cedenten, men cedenten har ikke lenger et krav mot debitor cessus. En motregningsadgang for debitor cessus (motregneren) overfor cesjonaren med kravet han har mot cedenten, vil her utgjøre et unntak fra gjensidighetsvilkåret. Selv om hovedkrav og motkrav ikke lenger består mellom samme parter, får motregneren dersom vilkårene i gbl. § 26 er oppfylt, likevel rett til å opprettholde den motregningsrett han hadde mot cedenten, overfor cesjonaren. Motregnerens motregningsrett blir med andre ord utvidet.

⁶⁷ Sæbø (2003) s. 108.

⁶⁸ Se punkt 3.2.

⁶⁹ Sæbø (2003) s. 109.

⁷⁰ Se figur 2 under punkt 1.4.

Motsatt kan det oppstå situasjoner hvor gjensidighetsvilkåret ikke var oppfylt på et tidligere tidspunkt, men senere blir oppfylt som følge av at krav er blitt overdratt. Det er ikke et vilkår for å kunne motregne at kravene er oppstått på kreditors og debitors hånd. At kravene er ervervet ved overdragelse fra en tredjeperson, utelukker ikke oppfyllelse av gjensidighetsvilkåret. Det avgjørende er om gjensidighetsvilkåret er oppfylt når motregning ensidig erklæres. Lovgiver har likevel i enkelte situasjoner funnet at cesjonarens (motregnerens) motregningsadgang ikke er beskyttelsesverdig selv om han kan ha fått en berettiget forventning om å motregne fordi de alminnelige motregningsvilkårene er oppfylt. Dette vil typisk være når debitor er insolvent og en motregningsadgang overfor debitor vil gå på bekostning av kreditorfellesskapet ved at dividenden i debitors bo reduseres. Lovgiver har derfor oppstilt regelen i dekl. § 8-2 første ledd, som regulerer adgangen til å benytte ervervede krav til motregning når skyldneren er gått konkurs. Bestemmelsen innskrenker motregnerens motregningsrett ved at den i enkelte tilfelle forbyr motregning selv om de ulovfestede vilkårene er oppfylt. Til grunn for bestemmelsen ligger dekningslovens likhetsprinsipp, som går ut på at kreditorenes fordringer skal dekkes med innbyrdes likhet når debitor går konkurs. Deknl. § 8-2 første ledd, har til hensikt å hindre at en motregner setter seg i en posisjon som bryter med likhetsprinsippet.

I det følgende skal jeg gi en fremstilling av motregningsadgangen for motregner overfor cesjonaren med krav han har mot cedenten, jf. gbl. § 26, og for motregneren overfor skyldnerens konkursbo når debitor cessus er gått konkurs, jf. dekl. § 8-2 første ledd. På bakgrunn av fremstillingene skal jeg deretter se om det finnes likheter og forskjeller i motregningsadgangen når det motregnes overfor en solvent og en insolvent skyldner.

5.2 Forskjellen mellom motregning overfor cesjonar og overfor skyldnerens konkursbo

Det som først og fremst skiller gbl. § 26 og dekl. § 8-2 første ledd, fra hverandre, er det at dekl. § 8-2 første ledd, oppstiller et forbud mot motregning på tross av at det foreligger gjensidighet mellom partene, mens gbl. § 26 gir motregneren en rett til å motregne selv om gjensidigheten mellom partene er brutt. Utgangspunktet etter dekningsloven kapittel 8, er at

motregneren har en motregningsrett dersom de ulovfestede vilkårene for motregning er oppfylt, men dersom vilkårene i deknl. § 8-2 første ledd er til stede, vil denne retten likevel være avskåret. Etter gbl. § 26, er derimot utgangspunktet at motregneren ikke har en motregningsrett ettersom vilkåret om at kravene må bestå mellom samme parter ikke lenger er oppfylt. Gbl. § 26 gir motregneren likevel en rett til å motregne, noe som vil innebære et unntak fra det ulovfestede gjensidighetsvilkåret. Utgangspunktene for bestemmelsene er således forskjellig da motregning etter gjeldsbrevloven egentlig er utelukket, mens motregning etter dekningsloven i utgangspunktet er tillatt. Oppsummert kan en si at gbl. § 26 utvider adgangen til å motregne, mens motregningsretten blir innskrenket etter deknl. § 8-2 første ledd, i forhold til det som ville vært tilfelle etter de alminnelige vilkår for motregning.

Forskjellen mellom bestemmelsene sett fra motregnerens ståsted, er at etter deknl. § 8-2 første ledd, så ønsker motregneren å sette seg i en motregningsposisjon overfor skyldneren, mens etter gbl. § 26 så er det debitor cessus som ønsker å opprettholde motregningsadgangen mot cedenten overfor cesjonaren. Etter deknl. § 8-2 første ledd, vil det for eksempel være mer fordelaktig for motregneren å erverve et krav til underpris og benytte dette kravet til å gjøre opp egen gjeld til skyldneren. Det er derfor motregneren ønsker å erverve en motregningsposisjon. Cedenten vil som regel være villig til å selge kravet til underpris for å oppnå et høyere vederlag enn han ville oppnådd ved en dividende i boet. Etter gbl. § 26 ønsker derimot motregneren å bevare de fordeler som en motregningsrett gir.⁷¹ Ved overdragelse av krav kan disse fordelene gå tapt, men gbl. § 26 gjenoppretter disse fordelene ved å utvide motregningsretten for motregneren.

En annen ulikhet mellom bestemmelsene er hvilket krav som overdras. Etter gbl. § 26 er det hovedkravet som overdras fra cedent til cesjonar, mens etter deknl. § 8-2 første ledd, er det motkravet som overdras fra cedent til motregneren.

⁷¹ Sml. punkt 3.2.

5.3 Er det en forutsetning at det forelå en motregningsadgang mellom opprinnelig debitor og kreditor før overdragelsen?

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt det er en forutsetning for motregnerens motregningsrett, at det forelå en motregningsadgang mellom opprinnelig debitor og kreditor dersom overdragelsen ikke hadde funnet sted.

5.3.1 Motregner – cesjonar

Det fremgår ikke uttrykkelig av gbl. § 26, men det er klart at en forutsetning for motregnerens motregningsrett overfor cesjonaren med krav mot cedenten, er at debitor cessus hadde hatt anledning til å motregne overfor cedenten om overgangen av hovedkravet ikke hadde funnet sted.⁷² Var motregneren avskåret fra å motregne overfor cedenten da gjensidighetsvilkåret var oppfylt, er han følgelig også avskåret fra å motregne overfor cesjonaren når gjensidighetsvilkåret ikke lenger er oppfylt. Dette er også kommet til uttrykk i rettspraksis. Illustrerende her er Rt. 1892 s. 696 og Rt. 1997 s. 811. Sistnevnte rettsavgjørelse gjaldt en konflikt mellom arresthaver og en bank om bankens adgang til å motregne i forbindelse med betalingsformidling. Høyesterett uttalte her (s. 814) at begrensninger i motregningsretten overfor betalingsmottager *”vil (...) også tilgodese en arresthaver som utleder sin rett fra mottakeren”*. Høyesterett kom altså til at dersom det er knyttet særlige begrensninger i debitors rett til å gjøre opp kravet, må disse begrensningene følge med når kravet blir overdratt. Har for eksempel debitor gitt avkall på sin rett til å motregne overfor cedenten, kan han ikke senere gjøre krav på motregning med et krav mot cedenten når cesjonaren er blitt eier av kravet. I og med at alle motregningsbegrensningene følger kravet, kan det utledes av avgjørelsen at det er en forutsetning for motregnerens motregningsrett overfor cesjonaren at det forelå en motregningsadgang mellom motregner og cedent før kravet ble overdratt.

⁷² Se blant annet Sæbø (2003) s. 149, Arnholm (1978) s. 196 (*“(…) og selvsagt gjelder det bare for krav som etter sin art kunne ha vært brukt til motregning overfor cedenten”*) og Augdahl (1978) s. 73 (*”Det må imidlertid også her fastholdes at et krav på den tidligere innehaver ikke kan brukes til kompensasjon overfor en senere innehaver, dersom det ikke kunde ha vært brukt til kompensasjon overfor den tidligere innehaver.”*)

Det kan oppstå situasjoner der cedenten etter å ha overdratt kravet til cesjonaren, går konkurs. Debitor cessus' motregningsrett overfor cedentens konkursbo samsvarer ikke fullt ut med hans rett til å motregne overfor cedenten.⁷³ Det kan derfor problematiseres om det at cedenten er gått konkurs vil få noen konsekvenser for debitor cessus' rett til å motregne med et krav han har mot cedenten overfor cesjonaren. Spørsmålet er altså om debitor cessus' rett til å motregne med kravets fulle beløp overfor cesjonaren går tapt, som følge av at cedenten senere er gått konkurs. Ordlyden i gbl. § 26 gir ingen veiledning for om motregning i slike tilfeller vil være avskåret. Forarbeidene er tause, og spørsmålet er ikke løst i rettspraksis. I Rt. 1992. s. 504, Factoring Finans⁷⁴, anførte cesjonaren at motregning var avskåret fordi debitor cessus ikke kunne motregne overfor cedentens konkursbo. Høyesterett forkastet anførselen idet retten viste til at debitor cessus kunne ha motregnet overfor konkursboet. Avgjørelsen kan derfor ikke sies å gi støtte i den ene eller annen retning. Utgangspunktet bør etter Sæbøs oppfatning være at det er den motregningsretten debitor cessus har når han får kunnskap om overgangen av hovedkravet, som kan gjøres gjeldende overfor cesjonaren etter gbl. § 26:

*”Det er denne motregningsretten [motregneren] kan ha hatt forventning om å ha. Åpnes det konkurs i cedentens bo **før** [motregneren] får kunnskap om overgangen av hovedkravet, og hovedkravet ville vært omfattet av konkursbeslaget dersom overgangen ikke hadde funnet sted, bør det kreves at [motregneren] har motregningsrett overfor cedentens konkursbo for at han skal kunne motregne overfor cesjonaren. Åpnes det konkurs i cedentens bo **etter** at [motregneren] fikk kunnskap om overgangen av hovedkravet, får konkursåpningen etter dette utgangspunktet ingen betydning for [motregnerens] motregningsrett overfor cesjonaren. Hadde [motregneren] motregnet overfor cedenten iht. alminnelige*

⁷³ Sæbø (2003) s. 149.

⁷⁴ Saken gjaldt spørsmål om debitor cessus' motregningsrett overfor cesjonaren, et factoringselskap, med et krav mot cedenten, jf. gbl. § 26.

motregningsregler før overgangen av hovedkravet, måtte cedenten- og cesjonaren jf. gbl. § 25 – godtatt dette”⁷⁵ (min uthevelse).

På den ene side kan det virke urimelig at motregneren har motregningsretten i behold når cedenten er gått konkurs etter overdragelsen, mens cesjonaren blir avspist med et krav på dividende i boet som følge av at han har fått overdratt et opptil helt verdiløst krav. På den annen side ligger det i overdragelsens natur at det er cesjonaren som bærer risikoen for om han får innkrevd kravet han har ervervet.

Min mening de lege ferenda er at gjeldende rett bør være i samsvar med Sæbøs fremstilling. Avgjørende bør være motregnerens motregningsadgang når han får kunnskap om at kravet er blitt overdratt. En annen regel vil være kompliserende dersom hovedkravet ble overdratt flere ganger. Det vil da kunne oppstå spørsmål i forhold til hvilken av tidligere eiere av hovedkravet som skulle vært avgjørende for motregnerens motregningsadgang; den som opprinnelig var eier av hovedkravet, eller den som sist eide kravet før cesjonaren? Et annet problem som vil kunne oppstå, er å finne vedkommende som opprinnelig var eier av kravet. Hensynet til en klar lovregel og for å kutte båndene til tidligere eiere av hovedkravet når kravet overdras, taler etter min mening for at regelen bør være slik at motregnerens motregningsadgang avhenger av den motregningsrett han har når han får kunnskap om at kravet er blitt overdratt til den aktuelle cesjonar. Det begrunnes også med at det er motregnerens berettigede forventning på overdragelsestidspunktet om å kunne motregne som begrunner utvidelsen av motregningsadgangen etter gbl. § 26.⁷⁶

5.3.2 Motregner – skyldnerens konkursbo

Dernest er det spørsmål om det gjelder en tilsvarende forutsetning etter dekl. § 8-2 første ledd, slik at det er en forutsetning for cesjonarens motregningsrett overfor skyldnerens konkursbo at cedenten også kunne motregne overfor skyldnerens konkursbo etter dekl. §

⁷⁵ Sæbø (2003) s. 150.

⁷⁶ Se punkt 3.2.

8-1. Heller ikke her kan det utledes noen holdepunkter av ordlyden i den aktuelle bestemmelsen, her deknl. § 8-2 første ledd. Likevel må det være klart at det etter deknl. § 8-2 første ledd, ikke kan oppstilles en tilsvarende forutsetning som etter gbl. § 26. Det er fordi gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd, regulerer to helt forskjellige situasjoner. For det første er debitor cessus etter gbl. § 26 solvent, mens han etter deknl. § 8-2 første ledd, er insolvent. For det annet er det debitor cessus som ønsker å motregne overfor cedenten etter gbl. § 26, i motsetning til deknl. § 8-2 første ledd, hvor det er cesjonaren som ønsker å motregne overfor skyldnerens konkursbo (debitor cessus). Etter deknl. § 8-2 første ledd, erverver motregneren et krav i den hensikt å kunne sette seg i en motregningsposisjon overfor skyldneren, mens motregneren etter gbl. § 26 ønsker å opprettholde den motregningsrett han hadde overfor cedenten før kravet ble overdratt. For å kunne opprettholde en motregningsrett forutsettes det da at vilkårene for motregning, herunder gjensidighetsvilkåret, var oppfylt før overdragelsen. Når cedenten overdrar kravet til cesjonaren brytes gjensidigheten mellom partene. Dersom vilkårene for motregning ikke var oppfylt før kravet ble overdratt, ville motregning aldri vært aktuelt og motregneren vil ikke ha en berettiget forventning om å kunne motregne. Annerledes er det etter deknl. § 8-2 første ledd, hvor gjensidighet mellom debitor og kreditor normalt ikke har eksistert før overdragelsen. Motregning har derfor følgelig ikke vært aktuelt før motkravet ble ervervet. Dette trekker i retning av at det ikke kan oppstilles et tilsvarende krav etter deknl. § 8-2 første ledd. En forutsetning for å kunne motregne etter dekningsloven kapittel 8, er nettopp det at de alminnelige ulovfestede vilkårene for motregning er oppfylt når motregning erklæres, sml. deknl. § 8-1. Dette vil ikke være tilfelle før overdragelsen er gjennomført. De lege lata må etter dette være at det ikke kan oppstilles en tilsvarende forutsetning etter deknl. § 8-2 første ledd. Det er altså ikke en forutsetning for cesjonarens motregningsrett at cedenten hadde en motregningsrett overfor skyldnerens konkursbo.

5.4 Vilkårene for en motregningsrett med overdratte krav

I det følgende skal det redegjøres for noen likheter og forskjeller i vilkårene for motregning med overdratte krav når det gjelder motregnerens motregningsrett overfor cesjonaren med

krav mot cedenten jf. gbl. § 26, og overfor skyldnerens konkursbo, jf. dekl. § 8-2, første ledd.

5.4.1 Tidsvilkåret

Etter en naturlig forståelse av gbl. § 26 og dekl. § 8-2 første ledd, oppstiller begge bestemmelsene et tidsvilkår for når motregneren må ha ervervet motkravet mot skyldneren. Gbl. § 26 krever at skyldneren må ha blitt eier av motkravet mot cedenten før han fikk vite om eller mistanke om at hovedkravet var overdratt fra cedent til cesjonaren. Dekl. § 8-2 første ledd, setter som vilkår at overdragelsen må ha skjedd senest tre måneder før fristdagen.⁷⁷ Forskjellen mellom ervervestidspunktvilkårene skyldes det at det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Dette skal jeg gjøre nærmere rede for under punkt 5.4.1.3. Felles for bestemmelsene er at de inneholder et tidsvilkår som må være oppfylt for at motregning skal være tillatt.

5.4.1.1 Motregner - cesjonar

Motregneren må som nevnt ovenfor, blitt eier av kravet "før" han fikk vite om eller mistanke om overdragelsen. Dette vilkåret er også lagt til grunn i rettspraksis. Avgjørelsene som skal omtales i det følgende er fra før gjeldsbrevlovens vedtagelse. Rettsavgjørelsene vil likevel være av relevans ettersom gjeldsbrevloven i stor utstrekning kodifiserer det som var gjeldende rett.⁷⁸ Allerede før gjeldsbrevlovens vedtagelse anerkjente rettspraksis en vidtrekkende adgang for debitor cessus til å motregne overfor cesjonaren med krav mot cedenten.⁷⁹

Saken i Rt. 1926 s. 32 omhandlet en aksjonær i et aksjeselskap som hadde pantsatt aksjene sine til banken. Banken ga underretning til selskapet om overdragelsen som hadde funnet

⁷⁷ Om fristdagen, se dekl. §§ 1-1 – 1-3.

⁷⁸ Villars-dahl (2005) s. 27.

⁷⁹ Sæbø (2003) s. 123.

sted og anmodet om at utbyttet skulle bli utbetalt til seg. Selskapet erkjente overdragelsen uten reservasjoner, men da utbytte skulle utbetales nektet selskapet å utbetale dividende til banken, i det den ville benytte utbyttet til å likvidere aksjonærens gjeld til selskapet. Det ble ikke godtgjort at denne gjelden bestod på det tidspunkt da banken ga selskapet underretning om pantsettelsen, og selskapet ble derfor pliktig til å utbetale dividende til banken. Ut av dommen kan det utledes at Høyesterett ville gitt selskapet (debitor cessus) medhold i kravet om motregning, selv om selskapet (cedenten) hadde overdratt aksjene sine til banken (cesjonaren), dersom det var på rene at gjelden oppstod før overdragelsen.

I Rt. 1936 s. 851 kom derimot Høyesterett til at motregningsretten fortsatt var i behold. Bakgrunnen for dette var at motregningsrett forelå før overdragelsen. Saken gjaldt et firma A som henvendte seg til et amerikansk selskap med forslag om å få representasjon for dette, vitende om at B hadde kontrakt på eneforhandling i Norge for selskapet. Henvendelsen var ledsaget av usanne opplysninger om B, og det antas at det vesentlig skyldtes denne henvendelsen at det amerikanske selskapet hevet kontrakten med B og overdro retten til å være eneforhandler til A. På bakgrunn av dette ble A dømt til å erstatte B's tap. Det at B, før saken kom opp for Høyesterett, hadde overdratt sitt erstatningskrav til en tredjemann, var ikke til hinder for at B med tredjemanns samtykke, innkrevde kravet i eget navn. B måtte imidlertid finne seg i kompensasjon i motkrav som A senere hadde fått overdratt fra det amerikanske selskapet. Førstvoterende uttalte her (s. 854):

"Fra Nordisk Specialolje A/S' side har det riktignok vært hevdet at der ikke kan tas noget hensyn til denne overdragelse, fordi den er skjedd efterat Andersen & Ødegaard i skrivelse av 31 august 1933 var underrettet om at Nordisk Specialolje A/S' krav paa dem var overdratt til advokat Otto R. Rød. Som før nevnt mener jeg imidlertid at naar saken føres av den oprinnelige fordringshaver, maa han finne sig i at saksøkte gjør gjeldende alle de innsigelser han har mot saksøkeren uten at denne kan paaberope sig at nogen av dem er avskaaret paa grunn av fordringens overdragelse".

Motregneren må som rettspraksis her illustrerer, blitt eier av motkravet før han fikk vite eller mistanke om at overdragelse av hovedkravet har funnet sted. I punkt 4.2.1 er det gjort rede for når overdragelsen av hovedkravet anses for å være gjennomført mellom cedent og cesjonar. Det spørsmål som skal drøftes i det følgende er når motregneren må ha blitt eier av motkravet mot cedenten for at han skal kunne opprettholde sin motregningsrett overfor cesjonaren. Videre skal det drøftes hva som ligger i kravet til kunnskap om overdragelsen i gbl. § 26 og den nærmere forståelsen av *”krav på avhenderen”*, jf. bestemmelsens ordlyd.

(a) Når ble motregneren eier av motkravet?

Det følger av gbl. § 26 at motregneren ervervet motkravet da han *”vart eigar”* av kravet. En naturlig forståelse av ordlyden trekker i retning av at motregneren ble eier av kravet da kravet ble stiftet eller da han fikk kravet overdratt til seg ved en gyldig rettshandel, arv o.l.. I motsetning til dekl. § 8-2 første ledd, krever ikke gbl. § 26 at motkravet ble ervervet fra en tredjeperson. Dette taler for at også andre ervervelser enn frivillige overdragelser faller inn under bestemmelsens ordlyd. I forarbeidene benyttes uttrykket *”motfordringens erhvervelse”*.⁸⁰ Dette trekker også i retning av motregneren kan ha blitt eier på flere måter, ikke bare ved frivillige overdragelser fra en tredjeperson. Sæbø og Walin⁸¹ er enige om at utgangspunktet for når kravet er stiftet i relasjon til gbl. § 26, bør være grunnlaget for kravet. Sæbø skriver at *”utgangspunktet må være at alminnelige regler om stiftelse av krav er avgjørende for om og når [motregneren] er blitt ’eigar’ (...)*”.⁸² Det finnes liten veiledning i rettspraksis som direkte angår gbl. § 26. Rettspraksis knyttet til andre bestemmelser som lar det være avgjørende når krav skal anses som stiftet, vil også kunne være av betydning for forståelsen av gbl. § 26.⁸³

⁸⁰ Utkast til lov om gjeldsbrev s. 48.

⁸¹ Walin (1987) s. 21 (*”(...) den allmänna frågn när en fordran skall anses ha uppkommit. Den vägledande synspunkten är här att grunden för fordringen är avgörande (...)*”).

⁸² Sæbø (2003) s. 129.

⁸³ *ibid.* s. 130.

Saken i Rt. 1999 s. 2073 HRKj gjaldt gyldigheten av et utlegg. Høyesteretts kjæremålsutvalg ga her bemerkninger i forhold til spørsmålet om hva som ”tilhørte skyldneren på beslagstiden”, jf. dekl § 2-2 jf. tvfl. § 7-1 annet ledd.

”Dersom det ikke finnes hjemmel for annet, må fordringen være oppstått på det tidspunkt utlegg tas. (...) For at et krav skal anses oppstått, er det tilstrekkelig at det er oppstått en rettslig begrunnet betalingsforpliktelse. Fordringen trenger ikke være fastslått eller være kommet til uttrykk på noen bestemt måte. Det er heller ikke til hinder for utlegg at fordringen er betinget eller omtvistet”.

Noen krav er betinget av at bestemte vilkår er oppfylt for kravets fulle eksistens. Betingelsen utsetter altså den endelige stiftelse av kravet inntil betingelsen er oppfylt.⁸⁴ Opsjoner er for eksempel en egen gruppe betingede krav. Opsjoner defineres som krav hvis endelig stiftelse av kravet er betinget av en persons valg.⁸⁵ Innehaver av en opsjon har en rett, men ikke en plikt til å benytte seg av opsjonen. Dersom han velger å benytte seg av sin rett, er motparten bundet av dette. Forpliktelser som bygger på en annen løsningsrett eller -plikt er en annen gruppe betingede krav. En løsningsbegivenhet er faktum som stifter det endelige krav.⁸⁶ Illustrerende er en forkjøpsrett eller salg av ting. Poenget er altså at motkravet anses for ervervet når motregneren ikke lenger kan ”unngå å bli kreditor” overfor cedenten.

Etter dette synes de lege lata å være at en motregner ”*vart eigar*” av kravet da han fikk motkravet overdratt eller når ervervelse av motkravet ikke lenger kan unngås. Det avgjørende da er hvilket rettsområde som man befinner seg på. Illustrerende; motregneren må sies å ha blitt eier av et krav da den skadegjørende handling inntraff, dersom det oppstod et erstatningskrav som følge av den skadegjørende handling.⁸⁷ Det kan innenfor

⁸⁴ Hagstrøm (2011) s. 692.

⁸⁵ l.c.

⁸⁶ l.c.

⁸⁷ Sæbø (2003) s. 130.

noen rettsområder likevel være uklart når motkravet anses for ervervet. Avhandlingen er imidlertid begrenset til avtaleerverv og problemstillingen vil derfor ikke bli drøftet nærmere.⁸⁸

(b) Kunnskapskravet

For å kunne avgjøre om tidsvilkåret er oppfylt må det materielle innholdet i kunnskapskravet klarlegges nærmere. Gbl. § 26 oppstiller to alternative tidspunkter. Motregneren må ha blitt eier av kravet før han (1) ”*fekk veta om avhendinga*” eller (2) ”*fekk nokon tanke om henne*”. I tilfeller der det er klart at motregner har slik kunnskap er det ikke vanskelig å konkludere med at kunnskapskravet er oppfylt. Kunnskapskravet kan imidlertid reise spørsmål om god tro. Denne problemstillingen drøftes senere i punkt 5.4.2.1 og det vises derfor her til det punktet.

(c) Krav på avhenderen

Til slutt må det avgjøres hva som ligger i uttrykket ”*krav på avhendaren*”. En naturlig forståelse av ordlyden taler for at motregneren overfor cesjonaren kun kan rette motregningskrav mot cesjonarens umiddelbare rettsforgjenger. Det ville i så fall medføre at en motregningsrett overfor opprinnelig kreditor er avskåret dersom kravet er blitt overdratt flere ganger. Formålet med motregningsretten etter gbl. § 26 trekker imidlertid i motsatt retning.⁸⁹ Lovgiver har ved utformingen av bestemmelsen hatt til hensikt å ivareta motregnerens berettigede forventning om å kunne motregne med krav mot tidligere kreditorer. Også i juridisk teori er det enighet om at det ikke bare er krav mot cesjonarens umiddelbare rettsforgjenger som kan benyttes til motregning.⁹⁰ Selv om kravet er blitt

⁸⁸ Se punkt 1.3.

⁸⁹ Sæbø (2003) s. 138.

⁹⁰ Sæbø (2003) s. 138 (”*Til tross for ordlyden er det klart at [motregnerens] motregningsrett ved overgang av hovedkravet står seg ved lag selv om hovedkravet transporteres flere ganger.*”), Hagstrøm (2011) s. 735 (”*Har et krav vært overdratt flere ganger, må dets innehaver finne seg i å bli avkompensert, ikke bare på sin*

overdratt flere ganger er det klart at motregneren har en motregningsrett overfor cesjonaren med krav mot alle tidligere rettsforgjengere, forutsatt at han ervervet motkravet før han fikk kunnskap om videre overdragelse av kravet. Av retts tekniske grunner er det ikke et vilkår at motregneren selv kjente til rettsforgjengerens erverv av hovedkravet.⁹¹ Det er fordi med at en annen regel vil skape unødvendig usikkerhet.⁹² Hensikten bak regelen om å kunne motregne med tidligere rettsforgjengere av hovedkravet er å hindre ubehagelig overraskelser. En regel som tillater motregning selv om motregneren ikke kjente tidligere rettsforgjenger vil derimot innebære en behagelig overraskelse for debitor cessus.⁹³

5.4.1.2 Motregner – skyldnerens konkursbo

Deknl. § 8-2 første ledd, første punktum, oppstiller et motregningsforbud ved at ervervelse av kravet ikke må ha skjedd ”*senere enn tre måneder før frisdagen*”. Bestemmelsen oppstiller her en objektiv og absolutt frist. Har motregneren ervervet kravet før denne fristen, er motregningsadgangen som utgangspunkt fortsatt i behold. Er derimot kravet ervervet i denne tremåneders fristen, er det et motregningsforbud. Den absolutte ervervelsesfristen er dermed en større begrensning i motregningsadgangen enn hva som følger av de alminnelige motregningsreglene, jf. dekl. § 8-1. I forarbeidene er dette begrunnet med at

*”[m]an [bør] [ikke] godta at [motregneren], som kjenner til [debitors] insolvens, arrangerer en motregningsrett ved oppkjøp av fordringer på [debitor], for på denne måten å skaffe dekning for allerede eksisterende gjeld til [debitor]”.*⁹⁴

egen hjemmelsmann, mens også med krav på tidligere innehavere av kravet”), Augdahl (1984) s. 73 og Villars-Dahl (2005) s. 133.

⁹¹ Villars-Dahl (2005) s. 133.

⁹² Hagstrøm (2011) s. 735.

⁹³ l.c.

⁹⁴ NOU 1972:20 s. 332.

Videre medfører en objektiv regel om motkravets ervervelsestidspunkt at boet slipper å føre bevis for motregnerens subjektive forestilling.

*”Når motfordringen er ervervet i de siste tre måneder før frisdagen (...) av [motregneren] som da var i gjeld til skyldneren, er det en viss formodning for at [motregneren] har vært klar over [debitors] svake stilling og derfor har søkt å arrangere en motregningsrett. Den objektive regel, som fritar boet fra den ofte vanskelige oppgave å føre bevis for [motregnerens] onde tro, vil derfor stort sett ramme tilfelle hvor [motregneren] ved ervervet visste om eller burde vite om [debitors] insolvens”.*⁹⁵

Det vil altså være en presumsjon for at motregneren visste eller burde vite at skyldneren stod økonomisk svakt når motkravet blir ervervet så sent som tre måneder eller senere før frisdagen. Lovgiver har derfor valgt å innføre et objektivt motregningsforbud som medfører en bevisteknisk forskyvning til fordel for debitors bo.⁹⁶

Som det fremkommer av forarbeidene vil de tilfellene hvor det er en presumsjon for at motregneren har opptrådt illojalt i forhold til kreditorfellesskapet, bli rammet av det objektive tidsvilkåret. På den annen side vil også de tilfeller hvor motregneren faktisk var i god tro med hensyn til debitors insolvens omfattes. På denne måte virker dekl. § 8-2 første ledd, som en risikoregel.

*”Den som erverver fordringer på sin kreditor, må være klar over at han ikke vil kunne gjøre opp sin gjeld ved motregning, dersom kreditor åpner for gjeldsforhandlinger eller går konkurs innen tre måneder”.*⁹⁷

Det følger av bestemmelsen at ervervet må ha skjedd ”ved overdragelse eller utlegg”. I og med at oppgaven er avgrenset mot andre erverv enn frivillige overdragelser, vil ikke

⁹⁵ NOU 1972:20 s. 332.

⁹⁶ Wiker, note (282).

⁹⁷ NOU 1972:20 s. 332.

utleggssituasjonen bli omtalt nærmere.⁹⁸ I punkt 4.2.2 er det drøftet når overdragelsen av motkravet er gjennomført. Spørsmålet er her hva slags erverv som kan tenkes omfattet av ordlyden "overdragelse". Ordlyden taler for at alle overdragelser ved rettshandel, arv ol. faller innunder begrepet. I henhold til forarbeidene faller imidlertid motkrav ervervet ved arv utenfor.⁹⁹ Sæbø konkluderer på sin side med at "[v]ilkået om 'overdragelse' må som utgangspunkt forstås slik at det kreves avtalebasert overføring av motkravet fra [cedent] til [motregner]"¹⁰⁰ (min understrekning). Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig. Det er enkelt å omgå forbudet om avtalebasert overdragelse av motkravet tre måneder eller senere før frisdagen. For eksempel kan det gjøres ved at motregneren innfrir en tredjemanns krav mot skyldneren og på den måten får et kompensabelt regresskrav mot skyldneren.¹⁰¹ Forbudet er også utsatt for omgåelse ved grensedragningen mellom overdragelse og stiftelse av motkrav. Fordi dekl. § 8-2 første ledd, ikke forbyr motregning med krav som stiftet innenfor bestemmelsens angitte tidsfrister vil også grensedragningen mellom hva som er stiftelse av motkrav og hva som er overdragelse av motkrav være av betydning for rekkevidden av forbudet.¹⁰² For å hindre omgåelse av motregningsforbudet i dekl. 8-2 første ledd, må det derfor stilles visse klarhetskrav til disposisjonen for at motkravet anses for å være stiftet og ikke vært gjenstand for overdragelse.

5.4.1.3 Likheter og forskjeller

Både adgangen for motregneren til å motregne overfor cesjonaren med krav mot cedenten, og til å motregne overfor skyldnerens konkursbo, forutsetter at et tidsvilkår er oppfylt. I begge tilfeller er det avgjørende når motregneren har ervervet motkravet. Dersom tidsfristen er oversittet, vil motregningsadgangen være avskåret. Selv om dette er situasjonen både etter gbl. § 26 og dekl. § 8-2 første ledd, er begrunnelsen for tidsvilkåret

⁹⁸ Se punkt 1.3.

⁹⁹ NOU 1972:20 s. 332-333.

¹⁰⁰ Sæbø (2003) s. 497.

¹⁰¹ l.c.

¹⁰² Sæbø (2003) s. 499.

forskjellig. Dette skyldes det at bestemmelsene ivaretar forskjellige interesser. Hensikten bak gbl. § 26 er å utvide motregningsretten, mens hensikten bak dekl. § 8-2 første ledd, er å begrense en motregningsadgang som i utgangspunktet hadde vært tillatt.

I gbl. § 26 første punktum, er det sikkerhetshensynet som slår igjennom.¹⁰³ Lovgiver har hatt til hensikt å beskytte skyldnerens berettigede forventning om å kunne motregne med krav mot opprinnelig kreditor. Mangler debitor kunnskap og heller ikke burde hatt slik kunnskap om overdragelsen, kan debitor motregne overfor cesjonaren med krav mot cedenten selv om motkravet er ervervet etter overdragelsen. I et slikt tilfelle vil ikke cesjonaren lenger ha et krav mot debitor så langt hovedkravet dekkes av motkravet. Cesjonaren har da overtatt et inntil helt verdiløst krav og må reise krav mot cedenten for sitt økonomiske tap.

Begrunnelsen for tidsfristen på tre måneder før fristdagen etter dekl. § 8-2 første ledd, er at en kreditor ikke skal kunne spekulere i å sette seg i en motregningsposisjon slik at han får en begunstige til skade for resten av kreditorfellesskapet. En kreditor som vet at hans skyldner står økonomisk svakt, skal ikke kunne gjøre opp sin gjeld ved motregning med fordringer ervervet i dette øyemed jf. forarbeidene.¹⁰⁴ Når overdragelse av motkravet finner sted senere enn 3 måneder før fristdagen, vil det være en presumsjon for at hensikten bak overdragelsen var å skaffe seg en fordel på bekostning av de øvrige kreditorene. Har motregneren til tross for motregningsforbudet likevel motregnet, vil omstøtelsesregelen i dekl. § 5-6 første ledd,¹⁰⁵ ivareta kreditorenes interesser om å bli behandlet likt.

5.4.2 Kravet om god tro

Både gbl. § 26 og dekl. § 8-2 første ledd, oppstiller et vilkår om at motregneren må ha vært i god tro. Gbl. § 26 krever at motregneren må ha vært i god tro med hensyn til at

¹⁰³ Se punkt 3.2.

¹⁰⁴ NOU 1972:20 s. 332.

¹⁰⁵ Se punkt 4.2.2.

overdragelse av hovedkravet ikke har funnet sted, mens dekl. § 8-2 første ledd, krever at motregneren på overdragelsestidspunktet for motkravet må være i god tro med hensyn til skyldnerens solvens. Det avgjørende tidspunkt for motregnerens gode tro er i begge henseender tidspunktet da motkravet ble ervervet.

5.4.2.1 Motregner – cesjonar

Det følger av gbl. § 26 at *”krav på avhendaren kann skyldnaren nytta til motrekning, når han vert eigar av kravet før han fekk veta om avhendinga eller fekk nokon tanke om henne”*. Som nevnt i punkt 5.4.1.1 (b) ovenfor, overlapper kunnskapskravet etter tidsvilkåret og kravet om god tro hverandre. I det følgende vil jeg gjøre rede for hva som ligger i ordlyden *”fekk veta om avhendinga eller fekk nokon tanke om henne”*.

Dette subjektive vilkåret krever at motregneren må ha hatt en berettiget forventning om en motregningsrett overfor cesjonaren med et krav mot cedenten. Vilkåret vil bare være oppfylt dersom motregneren var i god tro da han ervervet motkravet. Kun dersom motregneren verken hadde kunnskap eller noen mistanke om at overdragelse av kravet har funnet sted, vil motregnerens berettigede forventning om å kunne motregne fortsatt være i behold.

En naturlig forståelse av *”fekk veta om avhendinga”* tilsier at motregneren må ha positiv kunnskap om at hovedkravet er overdratt fra cedent til cesjonar. Motregneren vil typisk få slik positiv kunnskap dersom cesjonaren meddeler han ervervet, fordi han ønsker å oppnå rettsvern mot andre suksessorer eller kreditorer, jf. gbl. § 29.

Videre følger det av bestemmelsen at motregneren ikke er i god tro dersom *”han fekk nokon tanke om henne”*. Ordlyden angir her en lavere terskel for at kravet om god tro ikke anses for å være oppfylt. En naturlig forståelse av ordlyden taler for at motregneren må ha fått en subjektiv forestilling om at kravet kan være gått over på tredjeperson uten at det er

et krav om konkret kunnskap.¹⁰⁶ Har motregneren fått slik ”tanke” om overdragelsen, er ikke motregnerens forventning om å kunne motregne like beskyttelsesverdig. Dette støttes av bestemmelsens forarbeider hvor det følger at

*”[t]anken er at motregningsadgangen bare bør være i behold, hvis skyldneren alt fra motfordringens erhvervelse **kan** ha regnet med utsikten til å kunne bruke den til kvittering mot gjeldsbrevsfordringen når denne i sin tid forfaller”¹⁰⁷ (min uthevelse).*

I realiteten innebærer dette at motregningsadgangen fortsatt er i behold ved overdragelse av hovedkravet, selv om motregneren ikke på et tidligere tidspunkt har hatt en *konkret* forventning om å gjøre opp kravet ved motregning.¹⁰⁸

Dersom cesjonaren kan godtgjøre at motregneren hadde skjellig grunn til å anta at overdragelse har funnet sted, er det en tilstrekkelig grunn til å kunne avskjære en motregningsrett for motregneren.¹⁰⁹ Motregneren må i så fall ha hatt ”tanke” om overdragelsen. I kunnskapskravet etter gbl. § 26 første punktum, ligger det altså også et krav om at motregneren må ha vært i aktsom god tro med hensyn til overdragelsen. Imidlertid har motregneren ingen aktiv undersøkelsesplikt for å beholde motregningsretten sin.¹¹⁰

Et eksempel fra rettspraksis for å illustrere kravet til aktsomhet hos motregneren, er en lagmannsrettdom fra Eidsivating lagmannsrett fra 1993 (LE-1992-2302). Saken gjaldt tvist om motregning i fordring som var pantsatt i henhold til factoringavtale. DnB hadde factoringpant i alle ØPS’s fordringer. Avantor AS hadde opparbeidet et tilgodehavende hos ØPS før selskapet fikk kjennskap til factoringavtalen og skyldte samtidig et beløp til ØPS.

¹⁰⁶ Sæbø (2003) s. 128.

¹⁰⁷ Utkast til lov om gjeldsbrev s. 48.

¹⁰⁸ Sæbø (2003) s. 128 flg.

¹⁰⁹ Villars-Dahl (2005) s. 134.

¹¹⁰ l.c.

DnB tiltrådte sitt factoringpant etter at ØPS gikk konkurs og krevde betaling fra Avantor. Avantor motregnet og fikk lagmannsrettens medhold. Lagmannsretten uttalte:

*”Den omstendighet at Avantor er en næringsdrivende med et relativt omfattende forretningsforhold til ØPS, kan ikke ses å ha utslagsgivende betydning i spørsmålet om hvorvidt Avantor ’fikk nokon tanke’ om factoringavtalen før i november 1989. Det foreligger i saken ikke særlige omstendigheter som skulle tilsi at Avantor hadde særlig oppfordring til å foreta undersøkelse i Løsøreregisteret om det var tinglyst andre factoringavtaler enn den avtale om administrativ factoring som var påført ØPS’ fakturaer. **Det kan ikke oppstilles som et alminnelig krav at en næringsdrivende [(motregneren)] uten særlig foranledning skal måtte foreta fortløpende forespørsler til Løsøreregisteret for at han skal være i aktsom god tro etter gjeldsbrevloven §26**” (min uthevelse).*

5.4.2.2 Motregner – skyldnerens konkursbo

Det følger av dekl. § 8-2 første ledd, annet punktum, at en fordring ikke kan benyttes til motregning *”uten hensyn til ervervelsen, dersom erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent”*. Bestemmelsen oppstiller altså et ytterligere forbud mot motregning dersom motregneren på ervervestidspunktet visste eller burde vite at skyldneren var insolvent uavhengig av hvilket tidspunkt ervervelsen fant sted.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden må skyldneren faktisk være insolvent når motkravet erverves. Vilkåret for insolvens følger konkursloven § 61:

”Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelse, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene.”

I motsetning til motregningsforbudet etter dekl. § 8-2 første ledd, første punktum, er insolvens et vilkår for at annet punktum kommer til anvendelse. Dersom skyldneren ved overdragelsen var solvent, kommer derimot ikke denne sikkerhetsventilen inn som en begrensning i motregningsretten. I praksis kan det være vanskelig å avgjøre hvilket tidspunkt skyldneren faktisk ble insolvent. Om skyldneren på ervervstidspunktet var insolvent, beror på en konkret bevisvurdering. Dommeren må her legge til grunn det faktum som fremstår som mest sannsynlig. Motregneren kan altså måtte finne seg i et motregningsforbud selv om skyldneren faktisk var solvent da han ervervet motkravet, fordi det motsatte ikke har latt seg bevise.

Hensynet bak regelen er at det ikke anses som rimelig at motregneren kan sette seg i en motregningsposisjon på bekostning av de øvrige kreditorene når skyldneren er insolvent. Dette kommer også til uttrykk i forarbeidene hvor det fremgår at motregneren

*”som skylder penger til (...) [skyldner], som han vet står økonomisk svakt, (...) ikke [bør] kunne gjøre opp sin gjeld ved motregning med fordringer på [skyldneren], som han har kjøpt fra [tredjemann] i dette øyemed”.*¹¹¹

Situasjonen likner på sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Det er ansett for urimelig at pantlover kan skaffe seg sikkerhet for gammel gjeld på bekostning av kreditorfelleskapet så nær i tid før konkursåpning og det er derfor en omstøtelsesadgang etter dekl. § 5-7. At motregning forbyes i en tilsvarende situasjon innebærer derfor en harmonisering av bestemmelsene.

Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i kravet om at motregneren ”visste eller burde vite” at skyldneren var insolvent.

¹¹¹ NOU 1972:20 s. 332.

En naturlig forståelse av ordlyden "visste" taler for at motregneren må ha hatt positiv kunnskap om skyldnerens insolvens ved ervervelse av motkravet. Vilkåret har etter forarbeidene til hensikt å sette "bom for bevisste manipulasjoner med motregningsretten".¹¹² Også de tilfeller hvor motregneren "burde vite" at skyldneren var insolvent omfattes. Dette er i forarbeidene begrunnet med bevistekniske hensyn:

"Av bevishensyn er imidlertid den uaktsomme uvidenhet også tatt med: [motregneren] kan heller ikke motregne hvis han på ervervstiden burde vite at [skyldneren] var insolvent".¹¹³

En naturlig forståelse av ordlyden "burde vite" taler for at motregneren må ha vært i aktsom god tro med hensyn til skyldnerens insolvens. Dette betyr at dersom motregneren har skjellig grunn til å anta at skyldneren ved overdragelsen var insolvent, vil motregningsforbudet gjelde.

Hva motregneren faktisk visste eller ikke visste kan i praksis være vanskelig å bevise. Hva han imidlertid burde vite kan være enklere å konstatere. Avgjørende er da hva en gjennomsnittlig person ville forstått i en tilsvarende situasjon. Bevisbyrden vil da være lempeligere for konkursboet. Det er opp til skyldnerens konkursbo å bevise hva motregneren hadde eller burde hatt kunnskap om.

Deknl. § 8-2 første ledd, stenger ikke for motregning dersom overdragelsen av kravet fant sted tidligere enn tre måneder før fristdagen og erververen var i aktsom god tro med hensyn til skyldnerens insolvens. Er motregning foretatt til tross for at motregneren ikke var i god tro, kommer dekn. § 5-6 inn som en sikkerhetsventil ved at den ulovlige disposisjonen kan omstøtes. Videre har dekn. § 8-2 annet ledd, en regel om erstatningsansvar for overdrageren dersom han ikke var i god tro med hensyn til skyldnerens insolvens på overdragelsestidspunktet.

¹¹² NOU 1972:20 s. 332.

¹¹³ l.c.

5.4.2.3 Likheter og forskjeller

Både adgangen for motregneren til å motregne overfor cesjonaren med krav mot cedenten, og til å motregne overfor skyldnerens konkursbo, forutsetter at motregneren er i god tro. Hva motregneren må ha vært i god tro om er imidlertid forskjellig etter gbl. § 26 og deknl. § 8-2 første ledd.¹¹⁴ Også hensynene som begrunner vilkåret om god tro er forskjellig etter de to bestemmelsene. Gbl. § 26 begrunner kravet om god tro først og fremst i motregnerens berettigede forventninger, mens deknl. § 8-2 første ledd, er begrunnet i hensynet til rimelighet overfor resten av kreditorfellesskapet. Forskjellen skyldes at motregneren etter gbl. § 26 skal beskyttes mot at motregningsretten hans går tapt som følge av at han nå har fått en ny kreditor, mens motregneren etter deknl. § 8-2 første ledd, skal hindre at noen skaffer seg en bedre dekningsposisjon enn de øvrige kreditorene gjennom motregning. Hensynet bak kravet om god tro etter gbl. § 26 setter altså motregnerens, og hans forventninger i sentrum, mens deknl. § 8-2 første ledd, prioriterer kreditorfellesskapets interesser.

5.4.3 Tilleggsvilkår for motregnerens adgang til å motregne med cedent

Motregnerens utvidede motregningsrett overfor cesjonaren med krav mot cedenten etter gbl. § 26 forutsetter at et ytterligere vilkår er oppfylt.

Etter gbl. § 26 annet punktum, oppstilles det et tilleggsvilkår når motkravet *”ikkje [var] forfalle på den tid”*. Motkravet må da være forfalt senest samtidig med forfallsdagen for hovedkravet etter gjeldsbrevet slik at skyldneren kan kreve motkravet betalt. Lovgiver har funnet at skyldneren kun er beskyttelsesverdig dersom dette vilkåret er oppfylt. Vilkåret er begrunnet i sikkerhetshensynet.¹¹⁵ Det følger av forarbeidene at

”[t]anken er at motregningsadgangen bare bør være i behold, hvis skyldneren alt fra motfordringens erhvervelse kan ha regnet med utsikten til å kunne bruke den

¹¹⁴ Se punktene 5.4.2.1 og 5.4.2.2.

¹¹⁵ Se punkt 3.2.

*til kvittning mot gjeldsbrevsfordringen når denne i sin tid forfaller. Hvis motfordringen imidlertid forfaller etter gjeldsbrevet, kan han aldri ha gjort sig nogen grunnet forventning i så henseende, og lider da i virkeligheten ingen skuffelse, om motregningsrett blir avskåret overfor hververeren av gjeldsbrevet, selv om denne venter så lenge med å kreve det inn, at også motfordringen er kommet til forfall”.*¹¹⁶

Grunnen til at motregneren ikke kan ha fått en berettiget forventning om å motregne, er at kravet om at fordringene må være oppgjørsmodne når motregning blir erklært, ikke var oppfylt da han fikk kunnskap om at hovedkravet var blitt overdratt til cesjonaren. Som nevnt ovenfor¹¹⁷, er motregneren avskåret fra å inndrive et krav som ikke er forfalt. Tilleggsvilkåret i gbl. § 26 annet punktum, kan dermed sies å være et unntak fra vilkåret om oppgjørsmodne fordringer ved at motregneren likevel får en motregningsrett selv om motkravet ikke var forfalt, forutsatt at det forfaller senest samtidig med hovedkravet. Forfaller motkravet først etter forfallsdagen for gjeldsbrevet, plikter skyldneren å betale gjelden før han har rett til å få motkravet betalt. Det er fordi de alminnelige vilkår for motregning da ikke vil være oppfylt¹¹⁸, og en motregningsadgang vil følgelig være utelukket.

Spørsmålet er imidlertid hva som ligger i uttrykket ”*på den tid*”. Dette må avgjøres fordi tilleggsvilkåret i gbl. § 26 annet punktum, ikke kommer til anvendelse dersom motkravet var forfalt ”*på den tid*”. Hvorvidt tilleggsvilkåret kommer til anvendelse, beror altså på når kreditor kan kreve oppfyllelse av motkravet.

¹¹⁹Ordlyden åpner for to alternative forståelser. Ordlyden kan forstås slik at det vises tilbake til ervervstidspunktet for motregnerens motkrav, eller den kan forstås slik at det er

¹¹⁶ Utkast til lov om gjeldsbrev s. 48.

¹¹⁷ Se punkt 3.3.3.

¹¹⁸ Selvig, note (92).

¹¹⁹ Til det flg., Sæbø (2003) s. 142 flg.

tidspunktet da motregneren fikk kunnskap om overgangen av hovedkravet som er avgjørende. I forarbeidene er det forutsatt at ”*på den tid*” referer til tidspunktet da motregneren ervervet motkravet; jf. uttalelsen ”*alt fra motfordringens erhvervelse*”.¹²⁰ Imidlertid er det en bred enighet i teorien om at ”*på den tid*” viser tilbake til tidspunktet da motregneren fikk kunnskap om overgangen av hovedkravet.¹²¹ En tilsvarende bestemmelse finnes både i svensk rett og danske rett, se SkbrL¹²² § 28, og gjeldsbrevloven¹²³ § 28. Etter disse bestemmelsene er det klart at forfallsvilkåret bare får betydning i tilfelle hvor motkravet forfaller etter at motregneren fikk kunnskap om overgangen av hovedkravet.¹²⁴ Det at bestemmelsene i de nordiske landene er et resultat av et nordisk lovsamarbeid, og nærmest har en identisk ordlyd som gbl. § 26, tilsier at bestemmelsene også skal forstås på samme måte. Det er ingen holdepunkter i forarbeidene til den norske loven som skulle tilsi tilsiktet avvikende løsning fra svensk og dansk rett. At ”*på den tid*” i gbl. § 26 viser tilbake til da motregneren fikk kunnskap om overgangen av hovedkravet, synes i dag å være de lege lata også i Norge. Det vil si at forarbeidene ikke tillegges avgjørende vekt som rettskilde.

¹²⁰ Utkast til gjeldsbrevloven s. 48.

¹²¹ Sæbø (2003) s. 143, Bergsåker (2011) s. 248.

¹²² Lov om skuldebrev (1936:81).

¹²³ Lov om gjeldsbreve av 13. april 1938 nr. 146.

¹²⁴ Sæbø (2003) s. 143.

6 Utvidet motregningsadgang ved konnekse krav?

6.1 Innledning

Med konnekse krav menes krav som er oppstått i samme rettsforhold. Det kan eksempelvis være selgerens krav på kjøpesummen, og kjøperens krav på erstatning på grunn av mangel ved varen. Det er det at begge kravene springer ut fra kjøpet av varen (samme rettsforhold), som gjør dem konnekse. Kravene har en nær innbyrdes sammenheng.

Det er ikke et vilkår for å kunne motregne at kravene er konnekse. Imidlertid medfører det at kravene er konnekse at motregningsretten utvides; motregneren kan fortsatt ha motregningsretten i behold, selv om motregning ville vært avskåret dersom kravene ikke hadde oppstått i samme rettsforhold.

Hovedkravet og motkravets nære tilknytning styrker berettigelsen av å kunne motregne kravene mot hverandre. Det er særlig rimelighetshensynet som begrunner en utvidet motregningsrett når kravene er konnekse. Det er fordi det kan fremstå som urimelig dersom en part skulle måtte betale sin gjeld uten å få dekket sitt tilgodehavende fra samme rettsforhold.¹²⁵ (Rimelighetshensynet er nærmere belyst med eksempler fra rettspraksis under punkt 6.2).

I det følgende skal jeg drøfte nærmere når krav anses for å være konnekse, og betydningen av dette for forholdet mellom motregner og cesjonar, og for forholdet mellom motregner og skyldnerens konkursbo.

¹²⁵ Hagstrøm (2011) s. 729.

6.2 Når foreligger konnekse krav?

Konnekse krav er ovenfor¹²⁶ definert som krav som har nær innbyrdes sammenheng. Spørsmålet er imidlertid hvor nær innbyrdes sammenheng som kreves for at man kan si at kravene springer ut av samme rettsforhold.

Kravet til innbyrdes sammenheng må avgjøres særskilt for de bestemmelser som utvider motregningsretten i disse tilfellene. Lov- og avtalebestemmelser vil likevel sjelden inneholde vesentlige avvik fra det som vanligvis anses som konneksitet ved motregning.¹²⁷ Øyen hevder at sammenhengen mellom kravene må være ”rimelig nær” for at de skal være konnekse.¹²⁸ Også Brækhus hevder at grensen mellom konnekse og ukonnekse krav er et spørsmål om ”sammenhengen mellom fordringene [er] så nær at det vil virke urimelig om den ene part kunne kreve sitt uten samtidig å yde det den annen part har krav på”.¹²⁹ Øyen fremholder videre at man ikke kan kreve at kravene gjensidig forutsetter hverandre.

*”Når man kommer til grensetilfellene, beror avgjørelsen på en konkret vurdering av de hensynene som gjør seg gjeldende. Viktige momenter i vurderingen vil være om fordringene bygger på samme kontrakt, hvor sterk den forretningsmessige sammenhengen er mellom dem og om forpliktelsene ble stiftet på samme tidspunkt. I tillegg kan det legges en viss vekt på hvor rimelig en utvidet motregningsrett vil være i det konkrete tilfellet”.*¹³⁰

Hvorvidt krav er konnekse beror altså på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i det enkelte tilfelle, hvor de ovenfor nevnte momentene kan trekke i den ene eller annen

¹²⁶ Se punkt 6.1.

¹²⁷ Sæbø (2003) s. 197.

¹²⁸ Øyen i TfR 1998 på s. 730.

¹²⁹ Brækhus (1977) s. 58.

¹³⁰ Øyen i TfR 1998 på s. 730.

retning. Det avgjørende for om nærhetskravet er oppfylt er sammenhengen mellom kravene, ikke personlige eller individuelle forhold hos motregneren og den annen part.¹³¹

Momentene ovenfor er tillagt vekt i rettspraksis. Illustrerende her er Rt. 1928 s. 1121, som gjaldt en ekspeditør som hadde utlevert varer til feil mottaker, uten at mottakeren hadde inngitt konnossement. Ekspeditøren ble dømt til å betale selgeren erstatning, men krevde etterpå regress av banken som hadde stilt seg som garantist. Med rettmessig mottakers samtykke, fikk banken medhold i sitt krav om å motregne garantibeløpet med det krav som rettmessige mottaker hadde mot ekspeditøren som følge av forsømmelig behandling av varen. Høyesterett kom til dette som følge av at det forelå konneksitet mellom hovedkrav og motkrav. Førstvoterende uttalte (s. 1122): *”jeg antar at under disse omstændigheter al rimelighet maa tilsi, at det omhandlede motkrav faar sin avgjørelse i forbindelse med Eitzen & Co.s fordring ifølge bankgarantien, og jeg anser kraver herpaa berettiget, idet jeg maa anse konnexitet at være tilstede mellem hoved- og motkrav”* (min uthevelse). Høyesterett tilla her rimelighetshensynet avgjørende vekt i avgjørelsen av spørsmålet om kravene var konnekse.

Et annet eksempel er Rt. 1992 s. 504, Factoring Finans. Ved avgjørelsen av om kravene var konnekse ble det også her lagt vekt på om det ble ansett for rimelig at motregning kunne skje. Høyesterett uttalte (s. 507): *”Når det foreligger flere avtaler mener jeg at det må påvises et tilknytningsforhold mellom dem som gjør det rimelig å si at krav etter avtalene er oppstått i samme rettsforhold”* (min uthevelse).

Det kan være vanskelig å trekke grensen mellom det som er å anse som en innsigelse mot hovedkravet og hva som er et konnekst motkrav. Sæbø definerer innsigelser mot hovedkravet som *”omstendigheter som medfører at hovedkravet enten ikke er gyldig stiftet eller at det er helt eller delvis bortfalt ved oppgjør eller på annen måte”*.¹³² Prisavslag vil typisk være en innsigelse mot hovedkravet. Fordi det er vanskelig å

¹³¹ Sæbø (2003) s. 210.

¹³² *ibid.* s. 198.

trekke grensen tilsier retts tekniske hensyn at det ikke bør være avgjørende for partenes rettsstilling om motregneren har en innsigelse eller et konnekst motkrav.¹³³ Dette hensynet har også blitt vektlagt i rettspraksis. Det vises til Rt. 1907 s. 834 som gjaldt et selskap som spekulerte i oppkjøp av en eiendom. Selskapet fikk medhold i erstatningskravet på grunn av at eiendommen var 11 mål mindre enn lovet, og fordi et skytterlag som hadde leiekontrakt på eiendommen ikke ble fjernet innen den tid selger hadde lovet. Om retts tekniske hensyn for utvidet motregningsrett ved konneksitet uttalte Høyesterett (s. 836) at det kan *”være en, Smagsag, enten man vil sige, at der her er Spøragsmaal om Fomindskelse i den skyldige Kjøbesum, eller om en Modfordring til Likvidation i Kjøbesummen”* og at det urimelige ved å nekte motregning trer sterkt frem nettopp i en sak hvor det forholdt seg på denne måte.¹³⁴

6.3 Konneksitetens betydning for forholdet motregner – cesjonar

Gbl. § 26 gir ingen holdepunkter for en utvidet motregningsadgang når kravene er konnekse. I Rt. 1992 s. 504, Factoring Finans-dommen, uttaler førstvoterende (s. 507):

”Det er reist spørsmål om fordringene må anses oppstått i samme rettsforhold. Selv om det ikke fremgår direkte av gjeldsbrevloven § 26, må det ut fra etablert rettsoppfatning legges til grunn at det gjelder særregler for motregning ved såkalte konnekse krav, jf også gjeldsbrevloven §18 annet ledd”.

Det er i dag en etablert rettsoppfatning at vilkårene for å motregne med overdratte krav etter gbl. § 26 ikke kommer til anvendelse når kravene er konnekse. Med andre ord er det kun motregning med overdratte krav som ikke springer ut av samme rettsforhold som følger regelen i gbl. § 26. Hvorvidt motregneren har en motregningsrett med overdratte krav som er konnekse, avgjøres da av gbl. § 25; cesjonaren erverver ikke bedre rett enn cedenten. Hadde motregneren en motregningsrett overfor cedenten, er

¹³³ Sæbø (2003) s. 191.

¹³⁴ l.c.

denne retten fortsatt i behold selv om kravene ikke lenger består mellom samme parter. I motsatt tilfelle ville cesjonaren ervervet en bedre rett enn cedenten. Det ulovfestede gjensidighetskravet kommer altså ikke inn som en begrensning. Når kravene er konnekse gjelder dermed gbl. § 25 fullt ut.¹³⁵ Motregningsadgangen med overdratte krav utvides altså når kravene er konnekse ved at vilkårene i gbl. § 26 ikke behøver å være oppfylt for å kunne motregne.

6.4 Konneksitetens betydning for forholdet motregner – skyldnerens konkursbo

Som nevnt ovenfor¹³⁶, er det en utvidet motregningsadgang mellom solvente parter når kravene er konnekse. Det følger forutsetningsvis av dekl. § 8-1 annet ledd, første punktum, at motregningsprivilegiene for konnekse krav i utgangspunktet videreføres også ved konkurs.¹³⁷ Spørsmålet er om motregningsretten blir tilsvarende utvidet ved ervervelse av en tredjepersons konnekse motkrav når skyldneren er gått konkurs, jf. dekl. § 8-2 første ledd. Skyldnerens hovedkrav overfor motregneren og motregnerens motkrav overfor skyldneren vil da springe ut fra samme rettsforhold.

En utvidet motregningsadgang etter dekl. § 8-2 første ledd, vil i så fall medføre at tidspunktet for når motregneren kan sette seg i en motregningsposisjon må vurderes. Innebærer en utvidet motregningsadgang etter dekl. § 8-2 første ledd, at motregneren kan erverve motkrav senere enn tre måneder før konkurs åpnes hos skyldneren? Det er ikke noe klart svar på dette. Verken lovens ordlyd, forarbeidene eller rettspraksis, gir holdepunkter for en løsning i den ene eller annen retning. Spørsmålet har imidlertid blitt berørt i juridisk teori.

¹³⁵ Bergsåker (2011) s. 249 og Villars-Dahl (2005) s. 135.

¹³⁶ Se punkt 6.3.

¹³⁷ Sæbø (2003) s. 478, Øyen i TfR 1998 på s. 721.

Sandvik tar til orde for en utvidet motregningsadgang ved ervervelse av et konnekst motkrav. Han skriver at

*”[o]gså regelen i dekl. § 8-2 om begrenset adgang til motregning ved ervervet motkrav kan måtte modifiseres når det er tale om et konnekst krav, som i mange sammenhenger nærmest kan ses som en innsigelse med hensyn til hovedkravets størrelse – jfr. betegnelsen ”prisavslag” for en av mangelsbeføyelsene”.*¹³⁸

Sandviks standpunkt er altså begrunnet i retts tekniske hensyn. Han mener at nettopp fordi det er vanskelig å skille mellom en innsigelse og et konnekst motkrav, taler det for en utvidet motregningsadgang når motregneren erverver et krav som springer ut av samme rettsforhold som hovedkravet. Sandvik må forstås slik at han mener at de begrensningene som følger av dekl. § 8-2 første ledd, med hensyn til når motregneren kan sette seg i en motregningsposisjon overfor skyldneren, må modifiseres når kravene er konnekse.

Sæbø mener derimot at ”det som hovedregel neppe [er] grunn til å (...) modifisere dekl. § 8-2 i slike tilfelle”.¹³⁹ Likevel er han av den oppfatning at i tilfeller hvor hovedkravet er betinget av at motkravet oppfylles, og at motregneren derfor kan nekte å innfri hovedkravet inntil motkravet oppfylles eller tilbys oppfylt, bør ikke begrensningene i dekl. § 8-2 første ledd, være til hinder for en motregningsrett. Sæbø mener videre at det samme bør gjelde i tilfelle hvor motregneren har tilbakeholdsrett til sikkerhet for motkravet.¹⁴⁰

Etter min mening bør hovedregelen være at motregningsretten etter dekl. § 8-2 første ledd, ikke utvides selv om det kravet motregneren får overdratt til seg fra en tredjeperson er et konnekst krav. Begrunnelsen er først og fremst at motregneren først ved overdragelsen får en berettiget forventning om å kunne motregne, jf. sikkerhetshensynet.¹⁴¹ Min mening er at

¹³⁸ Sandvik (1985) s. 150.

¹³⁹ Sæbø (2003) s. 482.

¹⁴⁰ *ibid.* s. 483.

¹⁴¹ Se punkt 3.2.

motregnerens berettigede forventning når ervervet har sitt grunnlag i kravets stiftelse, og spesielt når kravet stiftes som følge av at hovedkravet har oppstått, er mer beskyttelsesverdig enn når ervervelsen av kravet skjer like før kravets opphør. Ettersom hensynet til å beskytte motregneren er mindre når kravet er ervervet fra en tredjeperson, taler det for at motregningsadgangen ikke bør være utvidet selv om kravene er konnekse. Dette støttes igjen av at det var cedenten som kan ha hatt en berettiget forventning om å kunne motregne med kravet fra begynnelsen av, (forutsatt at vilkårene for motregning var oppfylt), ikke motregneren. Selv om det umiddelbart kan synes rimelig at krav som springer ut av samme rettsforhold bør kunne motregnes med hverandre, er det min oppfatning at dette hensynet ikke gjør seg gjeldende i like stor grad når denne opprinnelige part erstattes av en ny part som ikke har det samme nære og gjensidige forhold til hovedkrav/motkrav. Da bør hensynet til kreditorfellesskapet veie tyngre.

Etter min mening de lege ferenda bør motregningsadgangen etter dekl. § 8-2 første ledd, ikke utvides når overdragelsen av motkravet er konnekst med hovedkravet.

7 Bør det være en motregningsadgang med overdratte krav?

Hvilken motregningsadgang som gjelder for overdratte krav de lege lata er drøftet foran. I det følgende reiser jeg spørsmålet ved om det bør være slik. Også i en slik de lege ferenda drøftelse er det hensiktsmessig å besvare spørsmålet ved å skille mellom motregner og cesjonar jf. gbl. § 26, og motregner og skyldnerens konkursbo, jf. dekl. § 8-2 første ledd.

7.1 Motregner – cesjonar

Det følger av gbl. § 9 at når cedenten overdrar et krav til cesjonaren svarer han for at kravet ”er til”. Cedenten hefter med andre ord for kravets eksistens. Med det menes at cedenten innestår for at kravet eksisterer og ikke tilhører en annen enn cedenten. Dersom det skulle vise seg at debitor cessus (motregneren) aldri har forpliktet seg, har cedenten et objektivt ansvar overfor cesjonaren.¹⁴² Ansvaret gjelder kun dersom cesjonaren selv var i god tro om at kravet var til. Bestemmelsen omfatter ikke tilfeller hvor motregneren gjør bruk av sin motregningsrett etter gbl. § 26.¹⁴³ Cedenten kan imidlertid bli ansvarlig på annet grunnlag, for eksempel etterfølgende mislighold dersom det viser seg at cesjonaren har overdratt et inntil helt verdiløst krav som følge av at motregneren benytter sin motregningsrett.¹⁴⁴ Springer motkravet mot cedenten ut fra samme rettsforhold som hovedkravet, hefter cedenten likevel etter gbl. § 9.¹⁴⁵

Dersom motregneren benytter seg av sin motregningsrett etter gbl. § 26, vil det føre til at cesjonaren ikke lenger har et krav mot han. Resultatet blir da at cesjonaren lider et økonomisk tap som følge av at han har fått overdratt et inntil helt verdiløst krav. Cedenten vil imidlertid på grunn av sitt ansvar for at kravet er til, måtte dekke det økonomiske tap som cesjonaren lider. Dersom cedenten senere går konkurs, vil cesjonaren måtte melde sitt

¹⁴² Villars-Dahl (2005) s. 65.

¹⁴³ Selvig, note (32).

¹⁴⁴ l.c.

¹⁴⁵ l.c.

krav i cedentens konkursbo på lik linje som de øvrige kreditorene, og i beste fall motta en dividende av kravet. Cesjonaren har da betalt en høyere pris for å få overdratt hovedkravet fra cedenten, enn han får tilbake når han søker dekning for det tapet han har lidt. En motregningsadgang med motkravet mot cedenten overfor cesjonaren, kan derfor være urimelig for en cesjonar som har fått overdratt hovedkravet, uvitende om at debitor cessus hadde et motkrav mot cedenten.

Det som først og fremst taler for at motregneren bør ha en motregningsrett når hovedkravet overdras til cesjonaren, er sikkerhetshensynet.¹⁴⁶ Har motregneren fått en berettiget forventning om å kunne motregne med sitt krav mot cedenten, synes det urimelig om cedenten ensidig skal kunne avskjære denne ved å overdra hovedkravet. Motregneren ville i så fall blitt satt i en dårligere økonomisk posisjon enn om han hadde hatt motregningsretten i behold. En situasjon som kan illustrere at det er urimelig dersom debitor cessus blir avskåret fra å benytte motkravet til motregning, er en situasjon der han har innfridd hovedkravet overfor cesjonaren, og cedenten senere går konkurs. Motregneren vil i en slik situasjon sitte igjen med sitt krav mot cedenten uten lenger å ha sikkerhet for kravet. I så fall må motregneren melde kravet i konkursboet på lik linje med øvrige kreditorer. Resultatet kan i så fall bli at cedenten får full dekning i sitt krav overfor motregneren i og med overdragelsesvederlaget fra cesjonaren, mens motregneren kun vil sitte igjen med en dividende av bomassen. Da begge parter opprinnelig hadde et krav mot hverandre vil det etter min mening være både støtende og urimelig om én fikk dekket kravet fullt ut, mens den andre ble avskåret med en dividende av boet.

Etter dette kan det på den ene side være urimelig å nekte motregneren en motregningsrett overfor cesjonaren med krav mot cedenten. På den annen side kan cesjonaren komme i en urimelig posisjon som følge av motregnerens motregningsrett. Spørsmålet som lovgiver har måttet ta stilling til ved utformingen av gbl. § 26, er hvem som er mest beskyttelsesverdig når krav overdras; motregneren eller cesjonaren? Lovgiver har kommet til at motregneren

¹⁴⁶ Se punkt 3.2.

er mest beskyttelsesverdig, men bare dersom vilkårene som er gjennomgått ovenfor¹⁴⁷, er oppfylt. Det er bare i disse tilfeller at lovgiver mener at en motregningsrett bør gå foran cesjonarens rett til å innkreve sitt ervervede krav. Dette er jeg enig i. Når motregneren blir eier av motkravet etter at han får vite om eller tanke om at hovedkravet er overdratt, vil han ikke noen gang ha hatt en berettiget forventning om å kunne motregne med cedenten. Blir motregneren derimot eier av motkravet før han får vite om overdragelsen, vil motregneren kunne ha en forventning om å kunne motregne overfor cedenten på et tidligere tidspunkt enn cesjonaren får forventning om å kunne kreve oppfyllelse av hovedkravet. Ut fra prinsippet om ”først i tid, best i rett” vil dette være riktig. Imidlertid synes jeg ikke at det fremstår som klart at motregneren er mest beskyttelsesverdig. Motregning kan av og til være en tilfeldig fordel for motregneren, en tilfeldig fordel som kan gå på bekostning av en godtroende cesjonar når cedenten ikke lenger er søkegod. Min mening er derfor at hvis cedentens hensikt er å sette seg selv i bedre økonomisk posisjon på bekostning av cesjonaren eller motregneren, må han selv bære det økonomiske tapet som enten motregneren eller cesjonaren lider som følge av overdragelsen. Hvis cedenten først velger å overdra hovedkravet, bør han etter min mening også bære risikoen for de økonomiske konsekvensene som kan ramme cesjonaren eller motregneren. Imidlertid vil en slik regel være umulig å gjennomføre i praksis dersom cedenten er gått konkurs. Det er fordi cedenten da ikke vil være søkegod og alle kreditorer da skal ha like stor mulighet til å få dekket sine krav av debtors bo.

7.2 Motregner – skyldnerens konkursbo

Når motregneren motregner med et krav han har mot innehaveren av hovedkravet som er gått konkurs, innebærer dette et unntak fra likhetsprinsippet.¹⁴⁸ Spørsmålet blir da om motregneren bør kunne sette seg selv i en motregningsposisjon de siste tre måneder før boåpning, noe som vil gå ut over de øvrige kreditorene.

¹⁴⁷ Se punkt 5.4.

¹⁴⁸ Likhetsprinsippet er definert i punkt 5.1.

Det at motregneren faktisk kan ha vært i god tro med hensyn til skyldnerens solvens på overdragelsestidspunktet, taler på den ene siden for at det vil være urimelig å nekte motregneren å motregne med sitt ervervede krav overfor skyldnerens konkursbo. Det at et motregningsforbud vil ramme tilfeller hvor skyldneren faktisk var solvent på overdragelsestidspunktet, trekker i samme retning. På den annen side kan det være vanskelig å bevise at motregneren faktisk ikke var i god tro eller at debitor var solvent da kravet ble overdratt. Det er en presumsjon for at det ikke foreligger god tro når overdragelsen finner sted så kort tid før konkurs åpnes i skyldnerens bo. En objektiv regel som setter et forbud mot motregning når overdragelse skjer så nær konkurs, vil trolig fange opp flere motregnere som ikke er i god tro, enn å virke som et hinder for motregnere som faktisk er i god tro. Fordi det er behov for en regel som ikke anviser konkrete bevisvurderinger, mener jeg derfor at dette er en god regel. Det er også fordi den økonomiske virkningen av at motregneren kan sette seg selv i en motregningsposisjon, i realiteten er det samme som om han skulle etablert en panterett for kravet sitt, hvilket er forbudt tre måneder før fristdagen.¹⁴⁹ Jeg mener det ville vært illojalt overfor de andre kreditorene, og det ville ført til urimelige resultater om motregneren kunne spekulert i en motregningsrett slik at han fikk sikkerhet for hele sitt krav, mens resten av kreditorfellesskapet ble avspist med en dividende. De øvrige kreditorenes dividende ville da også blitt redusert som følge av motregnerens disposisjon. Hvis det hadde vært så enkelt å sette seg selv i en bedre dekningsposisjon enn de øvrige kreditorene, ville det ført til en omgåelse av hensikten bak fordelingsnøkkelen etter dekningsloven, nemlig likebehandling av kreditorene. Jeg er derfor også enig i lovgivers valg med å oppstille et subjektivt motregningsforbud i tillegg til det objektive motregningsforbud som kommer til anvendelse, uavhengig av motkravets ervervelsestidspunkt. Det er fordi en slik subjektiv regel vil kunne fange opp disposisjoner foretatt av motregneren hvor han spekulerer i å sette seg selv i en bedre dekningsposisjon enn de øvrige kreditorene. Regelen ivaretar det grunnleggende prinsippet om likebehandling av kreditorer.

¹⁴⁹ Se dekl. § 5-7.

Et objektivt motregningsforbud kan som nevnt ovenfor også føre til uheldige resultater, men jeg mener likevel at et motregningsforbud slik som det følger av dekl. § 8-2 første ledd, ivaretar likhetsprinsippet på best mulig måte. Regelen virker i tillegg preventivt fordi motregneren vil tenke seg om før han erverver motkravet og ta i betraktning at han kan risikere å lide et økonomisk tap hvis en motregningsadgang blir avskåret. Også etter dekl. § 8-2 første ledd, som etter gbl. § 26, er det som regel cedenten som vil komme best ut av en overdragelse av motkravet. Cedenten vil gjerne selge sitt krav til en lavere verdi enn pålydende fordi det ofte vil resultere i at han mottar mer for kravet enn han ville ha mottatt ved en utlodning av bomassen. Hvis det ikke er så attraktivt for motregneren å erverve motkravet fordi han vet han kan risikere å lide et økonomisk tap, vil dette også begrense muligheten for at cedenten kan sette seg selv i en bedre økonomisk posisjon på bekostning av en godtroende motregner og/ eller skyldnerens konkursbo. Ved at det oppstilles en klar regel om motregningsforbud når motregneren erverver motkravet tre måneder før konkursåpning eller senere, vil han selv måtte vurdere om han er villig til å ta den risikoen ervervelse av kravet medfører.

Litteraturliste

LITTERATUR:

- Andenæs, Mads Henry *Konkurs.* 3. utgave. Oslo, 2009
- Arnholm, Carl Jacob *Almindelig obligasjonsrett.* 2. utgave. Oslo, 1978
- Augdahl, Per *Den norske obligasjonsrett almindelige del.* 5. utgave. Oslo 1978
- Bergsåker, Trygve *Pengekravsrett.* 2. utgave. Trondheim, 2011
- Boe, Erik *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære.* Oslo, 1996
- Brækhus, Sjur *Avtalt motregning. Rett og humanisme: festskrift til Kristen Andersen,* Oslo, 1977 s. 53 – 76
- Eckhoff/ Helgesen *Rettskildelære.* Redigert av Jan E. Helgesen. 5. utgave. Oslo, 2000
- Gisle, Jon ... [et al.] *Juridisk leksikon.* 2. utgave. Oslo, 2005
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett.* 2. utgave. Oslo, 2011
- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling & konkurs. Bind 3. Omstøtelse.* Bergen, 1992

Sandvik, Tore. *Lærebok i materiell konkursrett*, Utdrag. 1. utgave. Bergen, 1985

Sæbø, Rune. *Motregning*. Bergen, 2003

Villars-Dahl, Leif G. *Gjeldsbrevloven og deponeringsloven. Kommentartutgave*. 7. utgave. Oslo, 2005

Walin, Gösta. *Materiell konkursrätt, Konkursfordringarna, solidarisk ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning m.m.* Stockholm, 1987

ARTIKLER:

Falkanger, Thor. *Finanskreditorenes stilling under konkurs*. Jussens Venner 1987 nr. 9, s. 313 – 332

Øyen, Ørnulf. *Kravet til konneksitet ved utøvelse av detensjonsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1998, s. 711 – 761

LOVREGISTER:

Norske lover:

1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

1918	Lov om avslutninger av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeerklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
1939	Lov om gjeldsbrevs (gjeldsbrevloven) av 17. februar 1939 nr. 1
1969	Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26
1984	Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) 8. juni 1984 nr. 58
1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59
1989	Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) av 16. juni 1989 nr. 69
1992	Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr. 107
1999	Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46
2004	Lov om finansiell sikkerhetsstillelse av 26. mars 2004 nr. 17
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

Utenlandske lover:

PECL	Principles of European Contract Law
BGB	Bundesrepublik Deutschland Bürgerliches Gesetzbuch [Tyskland]
Skuldebrevslagen	Lov om skuldebrev (1936:81) [Sverige]
Gjældbrevsloven	Lov om gjældsbreve av 13. april 1938 nr. 146 [Danmark]

FORARBEIDER:

NUT 1935:1	<i>Utkast til lov om gjeldsbrev. Oslo, 1935</i>
NOU 1972:20	<i>Gjeldsforhandling og konkurs. 1972</i>
NOU 1990:13	<i>Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner. Oslo, 1990</i>

DOMREGISTER:

Publiserte dommer:

- Rt. 1892 s. 696
- Rt. 1926 s. 32
- Rt. 1927 s. 767
- Rt. 1928 s. 1121
- Rt. 1936 s. 828

Rt. 1936 s. 851
Rt. 1992 s. 504
Rt. 1997 s. 811
Rt. 1999 s. 2073 HRKj
Rt. 2007 s. 834
Rt. 2008 s. 835
Rt. 2009 s. 1412

Publiserte underrettsdommer:

LE-1992-2302
LB-2009-0724

NETTDOKUMENT:

Hov, Jo. *Norsk lovkommentar til avtaleloven*. [sist oppdatert 14. november, 2012]
http://abo.retsdata.no/browse.aspx?grid=52183&terms_and=PECL&hilite=PECL

Selvig, Erling. *Norsk lovkommentar til gjeldsbrevloven*. [sist oppdatert 14. november, 2012]
http://abo.retsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19390217z2D1&bid=direct&s_terms=gbl

Wiker, Håvard. *Norsk lovkommentar til dekningsloven* [sist oppdatert 14. november]
http://abo.retsdata.no/browse.aspx?grid=51907&terms_and=deknl&hilite=deknl