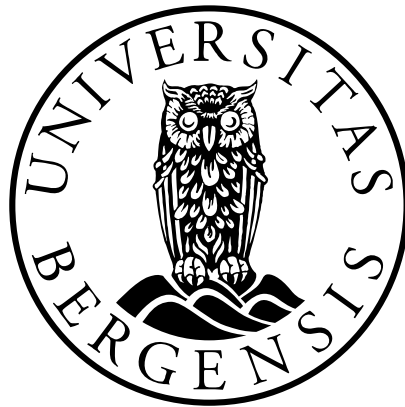


# Grensene for konkursboets inntredelsesrett i avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse

Kandidatnummer: 43

Antall ord: 14 936



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016



# Innhold

1	Introduksjon .....	3
1.1	Tema og problemstilling .....	3
1.2	Oversikt over boets inntredelsesrett og lovens unntaksregler .....	4
1.3	Nærmere om problemstillingen: Unntaket uklare rekkevidde.....	6
1.4	Avgrensninger og forutsetninger.....	9
1.5	Rettskildebildet og metodiske bemerkninger .....	10
2	Hensynene bak unntaksreglene .....	13
2.1	Begrunnelsen for unntak generelt .....	13
2.1	Nærmere om unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse	14
3	Unntakets rettslige grunnlag.....	16
3.1	Rettsgrunnlagets betydning for vurderingstemaet.....	16
3.2	Rettsforholdets egenart.....	16
3.3	Avtalens art .....	18
3.4	Forholdet mellom dekl. § 7-1 og § 7-3 (2).....	19
4	Det rettslige vurderingstemaet.....	24
4.1	Skjønnsmessig helhetsvurdering av særlige grunner?.....	24
4.2	Innvendinger mot helhetsvurderingen som vurderingstema .....	27
4.3	Alternativt vurderingstema: Retten til å oppfylle ved kontraktshjelper .....	30
4.4	Oppsummering .....	36
5	Den nærmere vurderingen .....	38
5.1	Betydningen av at partene har avtalt personlig oppfyllelse .....	38
5.2	Relevante momenter .....	39
6	Avsluttende refleksjoner .....	43
7	Kilderegister .....	44

# 1 Introduksjon

## 1.1 Tema og problemstilling

Opgavens tema er grensene for konkursboets inntredelsesrett i avtaler som forutsetter konkursskyldners personlige oppfyllelse.

I konkurs avvikles skyldners virksomhet. På konkurstidspunktet vil normalt flere av skyldners kontraktsforhold være helt eller delvis uoppfylte. Etter dekningsloven («deknl.») § 7-3 (1) har konkursboet som hovedregel rett til å tre inn i skyldners avtaler. Trer boet inn, vil det for skyldners medkontrahent innebære et tvungent debitorskifte, hvor medkontrahenten må holde seg til boet som debitor for skyldners forpliktelser.<sup>1</sup>

Visse avtaler er likevel av så særegen karakter at boet ikke har inntredelsesrett, jf. deknl. § 7-3 (2). Ifølge forarbeidene kan medkontrahenten motsette seg boets inntreden dersom avtalen etter sin art forutsetter skyldnerens personlige oppfyllelse.<sup>2</sup> *Hvordan* det avgjøres om en avtale etter sin art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse synes imidlertid å være uavklart i norsk rett. Problemstillingen i denne oppgaven er nettopp grensene for konkursboets inntredelsesrett i uoppfylte avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. Siktemålet er å klarlegge det *rettslige vurderingstemaet* som avgjør om en avtale etter sin art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, samt å skissere *relevante momenter* for vurderingen.

Bopraksis viser at tvister om videreføringen av skyldners kontraktsforhold vanligvis løses gjennom utenomrettslige avtaler mellom bo og medkontrahent.<sup>3</sup> De underliggende rettsreglene utgjør likevel utgangspunktet for partenes forhandlingsposisjon, og er derfor både prinsipielt og praktisk viktig å avklare.

---

<sup>1</sup> I en gjensidig avtale er begge parter hverandres skyldnere. Når oppgaven anvender begrepet *skyldner* menes *konkursskyldner*. Skyldners solvente kontraktspart omtales som *medkontrahent*. For ordens skyld presiseres det at boets inntreden i skyldners avtale ikke er et regulært debitorskifte. Skyldner fratras rådigheten over kontraktsforholdet, men hefter fortsatt for gjeld som måtte stå udekket etter konkursoppgjøret, jf. deknl. § 6-6 smh. med konkursloven § 100 (1).

<sup>2</sup> NOU 1972: 20 s. 313 og Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 183.

<sup>3</sup> Guri Hestflått og Frode Røttingen, «Uoppfylte kontrakters stilling i konkurs», *Jussens Venner*, 1994 s. 164–223 (s. 167). Tilsvarende i dansk rett, se Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, *Konkursloven med kommentarer*, 12. utgave, København 2013 s. 488.

## 1.2 Oversikt over boets inntredelsesrett og lovens unntaksregler

Før den nærmere problemstillingen behandles, er det nødvendig å gi en oversikt over hovedregelen om boets inntredelsesrett, og de unntak loven oppstiller.<sup>4</sup> Formålet er å sette temaet inn i sin rette sammenheng, og skape forståelse for hovedregelen som unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse fraviker.

I konkurs gir dekl. § 7-3 (1) første setning, jf. dekl. § 1-6 (2), konkursboet rett til å tre inn i skyldners gjensidig tyngende avtaler og overta skyldners debitorforpliktelser, uavhengig av medkontrahentens syn på saken.<sup>5</sup> Inntredelsesretten gjelder som utgangspunkt alle avtaler.<sup>6</sup> Gjensidighetskravet begrenser imidlertid inntredelsesretten til frivillige rettsstiftelser hvor partene er forpliktet til å erlegge hverandre motytelser.<sup>7</sup> «[R]ett» til å tre inn viser at det tilfaller boet å avgjøre hvorvidt det vil benytte seg av inntredelsesretten. Boet plikter ikke å tre inn, og medkontrahenten kan ikke kreve at boet overtar skyldners forpliktelser.<sup>8</sup> Som utgangspunkt nyter altså boet en eksklusiv valgrett med tanke på hvorvidt skyldners avtaler skal videreføres i boets regi, etter konkursåpningen.<sup>9</sup>

Inntredelsesretten utgjør et unntak fra utgangspunktet om at konkursboet overtar skyldners rettsstilling overfor tredjepersoner, og er en bevisst styrking av boets stilling på bekostning av skyldners medkontrahenter.<sup>10</sup> Begrunnelsen i forarbeidene synes å være rent praktisk: «Skal avviklingen av debtors bedrift kunne skje noenlunde rasjonelt, må boet – iallfall for en viss tid – kunne tre inn i debtors kontrakt».<sup>11</sup> *Hensynet til rasjonell avvikling* kan imidlertid ikke begrunne inntredelsesretten alene.<sup>12</sup> Boets inntredelsesrett begrunnes også i *hensynet til*

---

<sup>4</sup> For utførlig behandling av hovedregelen, se bl.a. Henriette Nazarian, *Konkursrett*, Oslo 2012 s. 99–106 og s. 117–122.

<sup>5</sup> Dekningslovens forgjenger, Lov om Concurs og Concursboers Behandling, regulerte ikke boets inntredelsesrett. Regelen eksisterte imidlertid på ulovfestet grunnlag, og dekl. § 7-3 (1) ble ved vedtakelsen ansett å kodifisere gjeldende rett, jf. NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>6</sup> Se NOU 1972: 20 s. 309: «Utvalget foreslår [...] regler som i prinsippet gjelder alle kontrakttyper.»

<sup>7</sup> Ensidige avtaler, som gaveløfter gitt skyldner, kan boet ikke tre inn i. Se bl.a. Nazarian 2012 s. 98. Tilsvarende i dansk rett, se Jens Paulsen, *Insolvensret – Konkurs*, København 2010 s. 438.

<sup>8</sup> Sjur Brækhus, *Konkursrett*, Oslo 1970 s. 162 og Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 s. 212.

<sup>9</sup> Boets rett til å velge og vrake i skyldners kontraktportefølje, såkalt «cherry picking», er i prinsippet ubegrenset – også hvor skyldner har flere avtaler med samme medkontrahent. Se bl.a. Arne Tjaum, *Valuta- og renteswaper*, Oslo 1996 s. 364–365; Nazarian 2012 s. 91 og Andenæs 2009 s. 212. Tilsvarende i dansk rett, se Anders Ørgaard, *Konkursret*, 11. utgave, København 2014 s. 66–67.

<sup>10</sup> NOU 1972: 20 s. 308. Se dekl. § 2-2 som uttrykk for prinsippet om at boet som utgangspunkt overtar skyldners rettsstilling, som fastholdt ville bundet boet til skyldners avtaler.

<sup>11</sup> NOU 1972: 20 s. 311.

<sup>12</sup> Tjaum 1996 s. 362–363 og Andenæs 2009 s. 209–210.

*økonomisk lønnsom avvikling*.<sup>13</sup> Slik inntredelsesretten er utformet, har boet mulighet til å realisere latente, økonomiske verdier som ligger i skyldners kontraktsforhold, uavhengig av om avtalen er nødvendig for rasjonell avvikling.<sup>14</sup> Eksempelvis vil inntredelse i avtaler hvor skyldner skal prestere en realytelse sjeldent forenkle eller effektivisere avviklingen av skyldners bo, snarere tvert imot.<sup>15</sup> Poenget er at boet har en legitim interesse i å utnytte skyldners uoppfylte avtaler for å forøke kreditorfellesskapets dekning. Inntredelsesretten kan i så måte betraktes som en form for beslagsrett.<sup>16</sup>

Valget om å tre inn fordrer en helhetlig avveining fra boets side hvor både kreditorfellesskapets interesse i best mulig dekning, og hensynet til effektiv avvikling, tas i betraktning. Ved rettmessig inntredelse blir boet som utgangspunkt forpliktet og berettiget på avtalens vilkår, jf. dekl. § 7-4 (1) første setning.<sup>17</sup> Boet overtar skyldners oppfylleelsesplikt og krav på motytelse, som om avtalen skulle vært inngått av boet selv.<sup>18</sup> Rammene for hva som utgjør kontraktsmessig ytelse endres som utgangspunkt ikke. Misligholdes avtalen kan medkontrahenten gjøre gjeldende kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser overfor boet.<sup>19</sup> Oppfylleelsesforpliktelsen dekkes som massefordring med prioritet foran alminnelige, usikrede krav, jf. dekl. § 7-4 (1) siste setning, jf. dekl. § 9-2 (1) pkt. 3. Dersom boet velger å ikke tre inn, eller ikke har rett til å tre inn – som når avtalen forutsetter skyldners personlige oppfyllelse – kan medkontrahenten heve avtalen, jf. dekl. § 7-7 (1).<sup>20</sup> Medkontrahentens tap som følge av at avtalen ikke blir riktig oppfylt (den positive kontraktsinteresse), kan kreves dekket som dividende, jf. dekl. § 7-8.

---

<sup>13</sup> Nazarian 2012 s. 92; Tjaum 1996 s. 363 og Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 166. Tilsvarende i dansk rett, se Bernhard Gomard, *Obligationsret 3. del*, 2. utgave, København 2009 s. 30.

<sup>14</sup> Teoriens skille mellom rasjonell og lønnsom avvikling synes unødvendig. Avtaleinntredelse som genererer mer verdier til fordeling på kreditorfellesskapet kan vanskelig kalles irrasjonelt, selv om det kompliserer boavviklingen. Bobestyrer plikter å forøke boets eiendeler i samsvar med kreditorfellesskapets interesser, jf. konkursloven § 85 (1) pkt. 3.

<sup>15</sup> Inntredelsens konsekvenser for den videre bobehandlingen er for øvrig uten betydning for spørsmålet om avtalen unntas inntredelsesrett, se Tjaum 1996 s. 363–364.

<sup>16</sup> Tjaum 1996 s. 363 og Nazarian 2012 s. 93–94. Mer indirekte, se Brækhus 1970 s. 163.

<sup>17</sup> Utgangspunktet modifiseres i flere retninger: Avtaleklausuler som begrenser boets rett etter loven er ikke bindende for boet, jf. dekl. § 7-3 (2) siste setning. Er avtalen delvis oppfylt når konkurs åpnes har boet, på nærmere vilkår, rett til delvis inntreden, jf. dekl. § 7-4 (2). Boet har også utvidet oppsigelsesrett, jf. dekl. § 7-6. Medkontrahenten kan på sin side kreve at boet stiller sikkerhet for oppfyllelse, jf. dekl. § 7-5. For nærmere redegjørelse, se Nazarian 2012 kap. 16 s. 123–132.

<sup>18</sup> NOU 1972: 20 s. 314.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Isolert gir bestemmelsen inntrykk av at medkontrahenten bare har hevingsrett når boet har inntredelsesrett, men velger å ikke tre inn. Det er imidlertid ingen grunn til å stille medkontrahenten i en annen stilling når boet mangler inntredelsesrett. Se Nazarian 2012 s. 133 med videre henvisninger. Tilsvarende i dansk rett, se Lindencrone Petersen og Ørgaard 2013 s. 490.

Hovedregelen om boets inntredelsesrett gjelder som påpekt ikke uten unntak. Visse kontraktsforhold er ansett å være av så særegen karakter at boets inntredelsesrett avskjæres.<sup>21</sup> Unntakene er ifølge forarbeidene «så mange og vesentlige, at regelens preg av 'hovedregel' kanskje blir mer formell enn reell».<sup>22</sup> Unntak finnes i særlovgivningen, men disse behandles ikke nærmere her.<sup>23</sup> Selv oppstiller dekningsloven tilsynelatende to unntak fra hovedregelen.<sup>24</sup> Det første unntaket er av generell karakter og fremgår av deknl. § 7-1: Reglene i dekningsloven kapittel 7, herunder hovedregelen om boets inntredelsesrett, gjelder ikke om «annet følger av [...] vedkommende rettsforholds egenart». Unntaket omfatter blant annet kontraktsforhold hvor skyldners rett etter avtalen er av så personlig karakter at avtalen ikke anses å være gjenstand for kreditorbeslag, eksempelvis skyldners leierett til privatbolig.<sup>25</sup> Det andre unntaket følger av deknl. § 7-3 (2): Selv om reglene i kapittel 7 har anvendelse, og boet som utgangspunkt har inntredelsesrett, kan medkontrahenten heve avtalen dersom skyldners insolvens er opphørsgrunn etter «avtalens art». Som eksempler på avtaler som etter sin art er unntatt inntredelsesrett nevner forarbeidene kredittavtaler, garantiavtaler, avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap og nettopp *avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse*.<sup>26</sup>

### 1.3 Nærmere om problemstillingen: Unntakets uklare rekkevidde

Unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse fremgår av forarbeidene til deknl. § 7-3 (2). Unntaket er beskrevet allerede i 1896, og må i likhet med hovedregelen antas å ha eksistert på ulovfestet grunnlag før dekningslovens ikrafttredelse.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> At inntredelsesretten avskjæres betyr at boet ikke har rett til å tre inn i avtalen mot medkontrahentens vilje. Ønsker medkontrahenten at boet overtar skyldners forpliktelser, er unntakene ikke til hinder for at bo og medkontrahent blir enig seg i mellom.

<sup>22</sup> NOU 1972: 20 s. 313. Hovedregelen kan likevel ikke sies å være illusorisk. Selv om inntredelsesrett ikke presumeres i tvilstilfeller, gir hovedregelen et utvetydig startpunkt for rettanvendelsesprosessen: Boet har som *utgangspunkt* inntredelsesrett. Skal inntredelsesretten avskjæres må det påvises et *særlig grunnlag*. Dertil klargjør hovedregelen rettstilstanden, jf. NOU 1972: 20 s. 309. For nærmere diskusjon om hovedregelens betydning, se Brækhus 1970 s. 164 sml. med Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, Bergen 1985 s. 81.

<sup>23</sup> Se eksempelvis kommisjonsloven § 47, lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6, verdipapirhandelloven § 14-2 og forsikringsavtaleloven § 16-1 (1). «[A]ndre lovbestemmelser» går foran reglene i deknl. kap. 7, jf. deknl. § 7-1.

<sup>24</sup> Dekningsloven synes med andre ord å regulere boets inntredelsesrett to steder. Forholdet mellom unntakene behandles under pkt. 3.4.

<sup>25</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Se Edvard Hagerup Bull, «Om gjensidig bebyrdende Retshandlers Stilling i Konkursbo», Rt. 1896 s. 33 (s. 105): «Visse af Konkurskyldnerens *Forpligtelser* er af den personlige Art, at de kun kan opfylde af ham selv.»

Forarbeidsuttalelsen lyder:

«Det kan videre tenkes at kontrakten forutsetter en personlig oppfyllelse fra debitors side, slik av medkontrahenten kan motsette seg oppfyllelse fra andre, også fra debitors bo. Se om disse tilfellene *Brækhus II* s. 165–166.»<sup>28</sup>

Forarbeidene uttrykker videre at unntaket begrunnes i hensynet til medkontrahenten, men gir ellers lite veiledning om dets nærmere innhold og rekkevidde.<sup>29</sup> Litteraturen det refereres til begrenser seg i det vesentlige til å eksemplifisere typiske kontraktsforhold hvor skyldners personlige oppfyllelse vil være forutsatt. Brækhus skriver:

«Boet kan ikke kreve å tre inn i kontrakter som forutsetter personlig oppfyllelse fra debitors side. Når det gjelder regulære tjenesteaftaler debitor har sluttet som arbeidstager, er saken klar; her vil boet heller ikke ønske å tre inn. Løsningen må som regel bli den samme hvor det gjelder enkeltoppdrag av mer spesiell, tidsbegrenset karakter. At en kunstners bo ikke kan tre inn i et oppdrag debitor har fått, f.eks. om utsmykning av en offentlig bygning, er klart, og tilsvarende må gjelde om oppdrag til en arkitekt, en advokat, en revisor eller megler. At oppdraget er relativt enkelt, det gjelder f.eks. formidling av et salg, og uten vanskelighet kunne utføres av bobestyreren eller av en han engasjerer, gjør ikke noe fra eller til.»<sup>30</sup>

Eksemplifisering av kontraktsforhold som «klart» forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, er symptomatisk også i øvrig rettslitteratur. I tur og orden nevnes konsulentoppdrag, forfatteres skriveoppdrag, fotografoppdrag, designeroppdrag og byggeoppdrag som krever særskilt ekspertise.<sup>31</sup> Også de danske lovkonsipistene har nøydt seg med en kortfattet, eksempelbetont omtale av unntaket.<sup>32</sup> I de danske forarbeidene heter det at unntaket for «vedkommende retsforholds beskaffenhet» blant annet sikter til «kontrakter, hvor fallentens person er af en sådan betydning, at boet ikke kan tilegne sig kontrakten, f. eks. en arkitekts udarbejdelse af tegninger til en nybygning.»<sup>33</sup> Konsekvensen av slik eksempelbetont redegjørelse er at det overlates til domstolen å trekke opp de nærmere grensene for unntakets anvendelse. Rettspraksis har imidlertid glimret med sitt fravær.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> NOU 1972: 20 s. 313. Se også tilsvarende formulering i Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 183.

<sup>29</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>30</sup> Brækhus 1970 s. 165.

<sup>31</sup> Sandvik 1985 s. 88; Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 179; Nazarian 2012 s. 113; Bernhard Gomard, *Skifteret*, 2. utgave, København 1969 s. 128 og Ernst Moe, *Konkursrett*, Oslo 1999 s. 89.

<sup>32</sup> De danske inntredelsesreglene svarer i det vesentlige til dekningslovens, se pkt. 1.5.

<sup>33</sup> Betækning II om konkurs og tvangsakkord nr. 606.71 («Bet. 606.71») s. 121.

<sup>34</sup> Se pkt. 1.5 om rettskildebildet.



Et stort antall avtaler inngås med større selskaper som ikke nødvendigvis har et personlig tilsnitt. At skyldner er et multinasjonalt selskap er likevel ikke til hinder for at avtalens art kan forutsette at oppfyllelse skal skje ved, eller under ledelse av, bestemte personer. Faglig kompetanse og personlig egnethet hos skyldners ledelse og/eller nøkkelpersonell, er ofte årsaken til at medkontrahenten har valgt nettopp skyldner som kontraktspartner. Når det åpnes konkurs i et selskap, er det overhengende risiko for at hverken bedriftsledelse eller nøkkelpersonell medvirker til etterfølgende kontraktsoppfyllelse. Selskapets ledelsesfunksjoner overtas av bobestyrer og kreditorutvalg.<sup>35</sup> Ansatte sier gjerne opp, eller holdes utenfor ved at boet ikke trer inn i arbeidsavtalene.<sup>36</sup> Kan en forutsetning om personlig oppfyllelse fra skyldners ledelse eller nøkkelpersonell begrunne unntak fra inntredelsesretten?<sup>37</sup>

Også de antatt personavhengige kontraktsforholdene kan volde tvil. Selv om litteraturen nevner advokat-, konsulent- og arkitektoppdrag som eksempler på avtaler som forutsetter personlige oppfyllelse, bør det ikke ubetinget kunne konkluderes med at slike kontraktsforhold er unntatt boets inntredelsesrett.<sup>38</sup> Kontraheres større advokat- eller konsulentfirmaer, kan man som medkontrahent neppe ta for gitt at oppdraget utføres av ledelsen personlig, eller av vedkommende selskapsrepresentant man har hatt kontakt med.<sup>39</sup>

Et ytterligere spørsmål reiser seg i tilfellet hvor avtalens art i seg selv ikke kan anses å forutsette personlige oppfyllelse, men skyldners person er så viktig for medkontrahenten at partene eksplisitt kontraktsfester at avtalen må oppfylles av vedkommende personlig. Tatt i betraktning at avtaleklausuler som begrenser boets rettsstilling som utgangspunkt ikke binder boet,<sup>40</sup> vil inntredelsesretten skjære gjennom slike avtaleklausuler?

De nyanser og tvilstilfeller som er skissert, viser at ordlyden, med tilhørende forarbeidsuttalelser, ikke i tilstrekkelig grad klargjør rekkevidden av unntaket for avtaler som

---

<sup>35</sup> Sandvik 1985 s. 87.

<sup>36</sup> Nazarian 2012 s. 112. Se dekl. § 7-11 om arbeidsavtalers stilling ved konkurs.

<sup>37</sup> Dansk teori åpner for unntak i slike tilfeller, se Gomard 2009 s. 65: «Medkontrahentens forventning om, at en bestemt sagkyndig skal sette sit præg på den bestilte ydelse, og at det samarbejde, som skyldforholdet forudsætter, sker med skyldneren selv og ikke med andre nok så kvalificerede folk, som konkursboet måske kunne finde frem til, kan være til hinder for konkursboets intræden i kontrakten.»

<sup>38</sup> Nazarian 2012 s. 113; Sandvik 1985 s. 88 og Brækhus 1970 s. 165.

<sup>39</sup> Brækhus 1970 s. 165–166 illustrerer dette ved en eldre dansk rettsavgjørelse, JD 1957.197 (Kalundborg). Her ble medkontrahenten ikke hørt med at en avtale om vedlikehold av elektromotorer var unntatt inntredelsesrett, selv om selskapets leder var kontrahert personlig. Dommen tar imidlertid ikke stilling til den nærmere grensedragningen mellom avtaler med og uten forutsetning om skyldners personlige oppfyllelse; konklusjonen bygger på at avtalen etter omstendighetene måtte anses overdratt fra leder personlig til selve selskapet.

<sup>40</sup> NOU 1972: 20 s. 310–311. Se dekl. § 7-3 (2) siste setning som uttrykk for prinsippet.

forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. Spørsmålet er hvordan skillet mellom avtaler med og uten forutsetning om skyldners personlige oppfyllelse skal trekkes; hva er det rettslige vurderingstemaet og hvilke momenter er relevante ved vurderingen?

## 1.4 Avgrensninger og forutsetninger

Oppgaven analyserer unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. I det ligger at oppgaven ikke tjener som en fullstendig redegjørelse for uoppfylte avtalers stilling i konkurs. Til det er rammen av oppgaven uegnet.

Som utgangspunkt behandles ikke andre avtaler som på grunn av sin art unntas boets inntredelsesrett. Unntakene for kredittavtaler, garantiavtaler og avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap, volder i dag ikke nevneverdig tvil.<sup>41</sup> Unntaket for avtaler hvor skyldners rett etter avtalen er av så personlig karakter at avtalen anses beslagsfri behandles heller ikke, da unntaket begrunnes i andre hensyn enn unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. Førstnevnte begrunnes i hensynet til skyldner, sistnevnte i hensynet til medkontrahenten.<sup>42</sup> De nevnte unntakene vil imidlertid omtales i den utstrekning de kaster lys over unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse.

Av praktiske formål forutsetter oppgaven at avtalen mellom skyldner og medkontrahent er helt eller delvis uoppfylt *fra begge partenes side*. Dersom en av partene har oppfylt sin del av avtalen fullt ut, kommer ikke inntredelsesrettens grenser på spissen.<sup>43</sup> Har skyldner prestert sin ytelse uavkortet før konkursåpningen, trer boet inn i skyldnerens krav på motytelse. Har medkontrahenten oppfylt fullt ut før konkursåpningen, har vedkommende et dividende- eller separatistkrav i boet, avhengig av typen ytelse og om det er oppnådd rettsvern for kravet.<sup>44</sup>

Videre forutsetter oppgaven at avtalen mellom skyldner og medkontrahent er gyldig, at avtalen består på tidspunktet konkurs åpnes mot skyldner, samt at medkontrahenten ikke har

---

<sup>41</sup> Unntakene kommer bl.a. til uttrykk i særlovgivningen, se finansavtaleloven § 52 (1) b) for kredittavtaler, finansavtaleloven § 69 (2) og § 71 (5) for kausjonsavtaler og selskapsloven § 2-36 (1) a) for avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap. Unntaket for kredittavtaler er også behandlet i eldre rettspraksis, se Rt. 1910 s. 534 og Rt. 1956 s. 428.

<sup>42</sup> NOU 1972: 20 s. 313. Se kap. 2 om hensynene som begrunner unntak fra inntredelsesretten.

<sup>43</sup> Brækhus 1970 s. 162; Andenæs 2009 s. 209; Nazarian 2012 s. 94–95 og Francis Hagerup, *Konkurs og akkordforhandling*, 4. utgave, Oslo 1932 s. 92–93.

<sup>44</sup> NOU 1972: 20 s. 308 og Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 176.

hevingsrett for et mislighold uten direkte sammenheng med insolvensen, jf. § 7-7 (1) tredje setning.<sup>45</sup>

## 1.5 Rettskildebildet og metodiske bemerkninger

Rettskildebildet særpreges av at det er få, om noen, tungtveiende kilder som behandler de nærmere grensene for boets inntredelsesrett i avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. Hovedregelen om boets inntredelsesrett, og unntaket for «avtalens art», er lovfestet i dekl. § 7-3. Avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse er imidlertid bare kort angitt i forarbeidene, som ett av flere unntak fra hovedregelen. Boets inntredelsesrett er aldri prøvd for Høyesterett, og dekl. § 7-3 har heller ikke kommet på spissen i lavere rettsinstanser. Mangelen på rettsavgjørelser er hevdet å innebære «at vi ikke vet så mye mer om reglens innhold nå enn da de ble vedtatt.»<sup>46</sup>

Analysen må derfor i stor grad baseres på juridisk teori og reelle hensyn.<sup>47</sup> Ettersom dekningsloven, herunder inntredelsesreglene, er blitt til gjennom fellesnordisk lovsamarbeid, vil oppgaven også skjele til dansk og svensk rett.<sup>48</sup> Rettskildebildet krever noen utdypende bemerkninger:

*For det første* er juridisk teori tradisjonelt hevdet å ha liten vekt som rettskilde.<sup>49</sup> Begrunnelsen er gjennomgående at rettslitteraturen isolert bare uttrykker den respektive forfatters oppfatning av gjeldende rett. Rettsoppfatninger er ikke demokratisk eller autoritativt forankret som lovgivning, forarbeider og Høyesterettspraksis.<sup>50</sup> Verdien av juridisk teori må likevel ikke underspilles. Rettslitteraturen inneholder utførlige analyser av juridiske problemkompleks. Poenget er at juridisk teori ikke bør tillegges mer vekt som rettskilde enn

---

<sup>45</sup> Dette er forutsetninger for boets inntredelsesrett, utslag av prinsippet om at boet overtar skyldners rettsstilling. For utførlig omtale, se Nazarian 2012 s. 98–102 og s. 104–106.

<sup>46</sup> Andenæs 2009 s. 210.

<sup>47</sup> Med få unntak har heller ikke juridisk teori undergitt problemstillingen grundigere analyse. Den mest fyllestgjørende behandlingen foretas av Nazarian 2012 s. 107–116.

<sup>48</sup> NOU 1972: 20 s. 2–3 og s. 21. Island var ikke med i lovsamarbeidet. Finsk rett er utelatt på grunn av utilgjengelighet og språkvansker.

<sup>49</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 270 og Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009 s. 119.

<sup>50</sup> Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012 s. 41 og Andenæs, *Rettskildelære* 2009 s. 119.

kvaliteten på argumentasjonen tilsier.<sup>51</sup> Når oppgaven gjør bruk av rettslitteraturen er det følgelig i kraft av dens argumentasjonsverdi.<sup>52</sup>

*For det andre* er konkursretten utpreget positivrettslig.<sup>53</sup> Forutberegnelighet, koherens i regelverket og behovet for retts teknisk enkle, stringente regler er som utgangspunkt tungtveiende hensyn ved fastleggelsen av konkursreglene.<sup>54</sup> Motsetningsvis er det mindre rom for skjønnsbaserte rimelighetsbetraktninger.<sup>55</sup>

*For det tredje* har annen nordisk rett som utgangspunkt ingen selvstendig vekt som rettskilde ved fastleggelsen av norsk rett.<sup>56</sup> Hensynet til rettsenhet, uttrykt gjennom det fellesnordiske lovsamarbeidet, legitimerer imidlertid at løsningene i våre naboland kan tjene som tolkningsbidrag på rettsspørsmål hvor lovreguleringen er tilnærmet lik.<sup>57</sup> Som Lilleholt uttrykker det, ligger de nordiske landene «så nær i rettsleg utvikling og samfunnsutvikling elles at rettslege løysingar i eitt land kan vega tungt som argument for ei liknande løysing i eit anna land. Særleg danske reglar om rettar til formuesgode har mykje sams med norsk rett.»<sup>58</sup>

I dansk rett er det, som her til lands, oppstilt generelle regler om avtalers stilling i konkurs. Kapittel 7 i den danske konkursloven («DKL») svarer i det vesentlige til dekningslovens kapittel av samme nummer.<sup>59</sup> Også i dansk rett er hovedregelen at «[b]oet kan indtræde i de af skyldneren ingåede gensidigt bebyrdende aftaler», jf. DKL § 55, 1. pkt. Bestemmelsen må i det vesentlige, om ikke fullt ut, anses samsvarende med deknl. § 7-3 (1).<sup>60</sup> Dansk rett har samtidig et tilsynelatende korresponderende unntak for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse.<sup>61</sup>

---

<sup>51</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, «Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk», *Lov og Rett*, 1996 s. 209–210 (s. 210).

<sup>52</sup> For nærmere diskusjon om rettslitteraturens betydning som rettskilde, se Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2012 kap. 17 s. 316–337.

<sup>53</sup> Se bl.a. Rt. 1997 s. 645 (Vest Kran) og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 243–244.

<sup>54</sup> Se bl.a. Nazarian 2012 s. 62–63; Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, Oslo 2016 s. 42–46 og Amund Bjøranger Tørum, «Konsekvens i formueretten», *Jussens Venner*, 2002 s. 314–339 (s. 338–339).

<sup>55</sup> Nazarian 2012 s. 62–63 og Marthinussen 2016 s. 43–44.

<sup>56</sup> Andenæs, *Rettskildelære* 2009 s. 61.

<sup>57</sup> Nazarian 2012 s. 64 og Nygaard 2004 s. 220.

<sup>58</sup> Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, Oslo 2012 s. 41–42.

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 178 og Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven*, Oslo 2015 s. 300.

<sup>60</sup> NOU 1972: 20 s. 313; Bet. 606.71 s. 121–122 og Paulsen 2010 s. 447–452.

<sup>61</sup> Se Bet. 606.71 s. 121 og Gomard 2009 s. 65–66.

Til sammenligning har svensk rett ingen generell regulering av avtalers stilling i konkurs, og da heller ingen hovedregel om inntredelsesrett.<sup>62</sup> Hvorvidt boet har inntredelsesrett reguleres av særbestemmelser i kontraktslovgivningen samt analogier derifra.<sup>63</sup> Reglene sett under ett leder likevel Möller til den konklusjon at konkursboet som «[h]uvudprincipen» har rett til å tre inn, men at det generelt gjøres unntak «i de fall där gäldenärens prestation förutsätter en väsentlig personlig fullgörelse från hans egen sida eller då avtalet innefattar personligt samarbete med gäldenären eller allmänt då avtalet bygger på ett personligt förtroendeförhållande mellan parterna.»<sup>64</sup> Selv om svenskens lovtekniske tilnærming skiller seg fra den norske og den danske, vil man tilsynelatende langt på vei komme til samme løsninger på spørsmål om boets inntredelsesrett i avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. Følgelig er også svensk rett relevant for problemstillingen.

---

<sup>62</sup> Se SOU 1970: 75 s. 55.

<sup>63</sup> Mikael Möller, *Konkurs och kontrakt*, Uppsala 1988 s. 24–25. For øvrig tar Möller *de lege ferenda* til orde for en generell regulering av boets inntredelsesrett med likhetstrekk til den norske og dansk modellen, se Möller 1988 s. 831–832.

<sup>64</sup> Möller 1988 s. 821.

## 2 Hensynene bak unntaksreglene

### 2.1 Begrunnelsen for unntak generelt

Reglene om boets inntredelsesrett er resultatet av en legislativ avveining av kreditorfellesskapets behov for å utnytte økonomiske verdier i skyldners kontraktsforhold, og medkontrahentens mer eller mindre beskyttelsesverdige interesse i å unngå et konkursbo som kontraktspart. Overordnet er dette en interessekollisjon mellom konkursrettens dekningshensyn og kontraktsrettens partsviljeprinsipp. Jo sterkere og mer ubegrenset inntredelsesrett boet tilkjennes, desto svakere står medkontrahenten.

Lovgivers bevisste valg om å ha inntredelsesrett som utgangspunkt for alle avtaletyper, bygger formodentlig på en tanke om at inntredelsesrett *generelt sett* er den mest hensiktsmessige løsningen.<sup>65</sup> Rasjonale synes å være at rasjonell boavvikling og effektivt vern av kreditorfellesskapets dekningsbehov fordrer en generell, kreditorvennlig hovedregel, og at medkontrahentens interesser som utgangspunkt er tilstrekkelig ivaretatt gjennom de øvrige reglene i dekningsloven kapittel 7.<sup>66</sup> Ørgaard skriver:

«Meningen med konkursboets intrædelsesret er netop at lade kreditorinteressen i bedst mulig fyldestgørelse gå forud for hensynet til de enkelte medkontrahenter.»<sup>67</sup>

Generell regulering av noe så mangeartet og i så stadig utvikling som kontrakter, skaper imidlertid et behov for unntaksregler. Den store variasjonsbredden av reelle hensyn knyttet til den enkelte kontraktstype vil undertiden føre til at hovedregelen gir uforutsette, ubalanserte resultater. Det er her unntakene for «vedkommende rettsforholds egenart» og «avtalens art» kommer inn. Unntakene gir inntredelsesreglene nødvendig fleksibilitet, og mulighet til å sensurere resultater som i for stor grad går på bekostning av medkontrahentens interesser.<sup>68</sup>

Enkelte unntak fra inntredelsesretten gjøres riktignok av hensyn til skyldner.<sup>69</sup> Dette gjelder avtaler hvor skyldners rett etter avtalen er av så personlig karakter at avtalen anses som et

---

<sup>65</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 167.

<sup>66</sup> Medkontrahentens interesser vernes bl.a. gjennom interpellasjonsretten, jf. dekl. § 7-3 (1) siste setning, stansingsretten, jf. dekl. § 7-2, retten til å kreve sikkerhet for oppfyllelse, jf. dekl. § 7-5 og oppfyllelsesforpliktelsens prioritet som massefordring, jf. dekl. § 7-4 (1) siste setning.

<sup>67</sup> Ørgaard 2014 s. 64. Tilsvarende i svensk rett, se Möller 1988 s. 75–76.

<sup>68</sup> NOU 1972: 20 s. 309 smh. med s. 313. Behovet for avvikende løsninger illustreres bl.a. ved spesialreglene for visse kontraktstyper i dekl. § 7-10 flg.

<sup>69</sup> Tilsvarende i dansk rett, se Lindencrone Petersen og Ørgaard 2013 s. 487.

beslagsfritt formuesgode, som for eksempel skyldners leierett til privatbolig.<sup>70</sup> Dekningsloven kapittel 7 regulerer imidlertid primært forholdet mellom konkursbo og medkontrahent; skyldners interesser er satt i bakgrunnen. De fleste unntak begrunnes derfor i hensynet til medkontrahenten, og dennes interesse i å unngå boet som kontraktspart.<sup>71</sup>

## 2.1 Nærmere om unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse

Bakgrunnen for dekl. § 7-3 (2), som unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse springer ut av, er ifølge Nazarian «at medkontrahenten av en rekke ulike grunner kan oppleve det som uheldig at boet skal kunne tre inn i avtalen.»<sup>72</sup> Begrunnelsen er nok mer nyansert enn som så. Medkontrahenten ser sjeldent på boinntredelse med blide øyne. Boet er normalt ansett som en uvedkommen tredjeperson; det er av natur en midlertidig samarbeidspartner, normalt uinteressert i kunderelasjoner og kommersielt renommé, neppe villig til å yte mer enn det absolutt må. Boets mål er tross alt å generere mest mulig verdier til minst mulig kostnad. Generell misnøye med å måtte kontrahere med et konkursbo er ikke tilstrekkelig til å tilsidesette kreditorfellesskapets interesse i best mulig dekning.<sup>73</sup>

Mer presist er den legislative begrunnelsen for dekl. § 7-3 (2) at det i *visse tilfeller* er særlig urimelig å kreve at medkontrahenten godtar boet som ny debitor. Enkelte typer avtaler forutsetter skyldners økonomiske, faglige og/eller personlige kvalifikasjoner; egenskaper boet ikke nødvendigvis besitter. Potensielle kvalifikasjonsavvik mellom opprinnelig og ny debitor er begrunnelsen for at debitorskifte *utenfor* konkurs betinges av kreditors aksept.<sup>74</sup> I konkurs har medkontrahenten ingenting han eller hun skulle sagt, hvilket gjør at medkontrahentens interesser må ivaretas gjennom lovfestede unntaksregler.

Et typetilfelle hvor det er urimelig å kreve at medkontrahenten godtar boet som ny debitor, er nettopp hvor avtalens art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. Unntaket er en tilkjennegivelse av at enkelte avtale typer inngås *intuitu personae*; på grunn av skyldners person. Når avtalens personlige element er dominerende, har medkontrahenten en beskyttelsesverdig forventning om å få oppfyllelse fra skyldner, og ingen andre. Hensynet til

---

<sup>70</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>71</sup> Tjaum 1996 s. 364 og Nazarian 2012 s. 106–108. Tilsvarende i svensk rett, se Möller 1988 s. 24–25.

<sup>72</sup> Nazarian 2012 s. 108.

<sup>73</sup> Ørgaard 2014 s. 64. Mer indirekte, se Brækhus 1970 s. 163.

<sup>74</sup> Nazarian 2012 s. 92–93.

medkontrahentens partsvilje veier da tyngre enn kreditorfellesskapets dekningsbehov, med den konsekvens at medkontrahenten kan motsette seg debitorskiftet som boinntreden innebærer.

Unntaket kan også begrunnes fra et kontraktsrettslig perspektiv. Forutsetter en avtale skyldnerens personlige oppfyllelse, vil konkursboet vanskelig kunne prestere den avtalte ytelse.<sup>75</sup> Trer boet inn og oppfyller for eksempel et kunstmaleroppdrag, vil medkontrahenten ikke få den ytelse vedkommende hadde berettiget forventning om; det er jo en annen kunstner. Med dette perspektivet kan unntaket dels begrunnes i hensynet til boet selv. Det ville vært mot sin hensikt om boet hadde inntredelsesrett i avtaler det ikke har forutsetning for å oppfylle kontraktsmessig. Lar boet være å tre inn, er medkontrahentens krav bare dividendeberettiget, jf. dekl. § 7-7 (2) siste setning og dekl. § 7-8. Forsøker derimot boet å oppfylle en personavhengig avtale, vil ytelsen presumtivist bli mangelfull, hvilket i så fall resulterer i misligholdskrav med prioritet som massefordring, jf. dekl. § 7-4 (1) siste setning. Unntaket kan i så måte betraktes som et vern mot at boet påtar seg forpliktelser det ikke kan oppfylle.

Om unntaket tenkes borte ville resultatet antageligvis vært flere tvister. Hvis medkontrahenten ikke ønsket oppfyllelse fra boet i første omgang, er det rimelig å anta at terskelen for å utfordre ytelsens kontraktsmessighet ved rettslige skritt i etterkant, senkes. Fra et bredere samfunnsperspektiv kan det argumenteres med at det ville vært dårlig ressursutnyttelse å la boet prestere ytelser ingen reelt ønsker. Når medkontrahenten ønsker en bestemt ytelse fra en leverandør med bestemte kvalifikasjoner, er det gunstigere for omsetningslivet at medkontrahenten står fri til å finne en ny, egnet kontraktspartner, når den opprinnelige ikke lenger kan oppfylle.

---

<sup>75</sup> Nazarian 2012 s. 113 og Sandvik 1985 s. 88. Mer indirekte i dansk rett, se Ørgaard 2014 s. 64.



## 3 Unntakets rettslige grunnlag

### 3.1 Rettsgrunnlagets betydning for vurderingstemaet

Unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse kommer til uttrykk i forarbeidene. Det er likevel deknl. § 7-3 (2) som er det primære rettsgrunnlaget, og *startpunktet* for vurderingen av om en avtale er unntatt inntredelsesrett.<sup>76</sup> Det rettslige vurderingstemaet som avgjør om en avtale forutsetter skyldners personlige oppfyllelse må ligge innenfor rammene av deknl. § 7-3 (2). Foruten at vilkåret «avtalens art» i seg selv kan si noe om vurderingstemaet, setter ordlyden grenser for hva som kan vektlegges i vurderingen. Grensen mellom avtaler med og uten forutsetning om skyldners personlig oppfyllelse kan med andre ord ikke trekkes uten nærmere forståelse for vilkåret «avtalens art» i deknl. § 7-3 (2). Spørsmålet er hvilke føringer eller begrensninger deknl. § 7-3 (2) legger for det nærmere vurderingstemaet.

Deknl. § 7-3 (2) må tolkes i lys av det generelle unntaket i deknl. § 7-1. Ifølge forarbeidene kan deknl. § 7-3 (2) «sees som en spesialutformning av prinsippet i § 7-1».<sup>77</sup> Bestemmelsene er imidlertid ikke helt sammenfallende, hverken i ordlyd eller forarbeidsomtale, hvilket gjør det uklart hvordan deknl. § 7-3 (2) skal tolkes. I det følgende redegjøres det for deknl. § 7-1 og § 7-3 (2), før bestemmelsenes innbyrdes forhold analyseres.

### 3.2 Rettsforholdets egenart

Det følger av deknl. § 7-1 første setning at reglene i dekningsloven kapittel 7 ikke gjelder om «annet følger av [...] vedkommende rettsforholds egenart». Reservasjonen er vag, men gir uttrykk for at særegne, objektive trekk ved rettsforholdet mellom skyldner og medkontrahent kan medføre at lovens generelle regler fravikes. Ordlyden indikerer at kapitlets påfølgende bestemmelser er subsidiære, hvilket bekreftes i forarbeidene.<sup>78</sup> Kapittel 7 må imidlertid ikke forveksles med deklatorisk bakgrunnsrett av den grunn. Reglene er preseptoriske, i den forstand at de gjelder uavhengig av hva skyldner og medkontrahent har avtalt forut for

---

<sup>76</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 172.

<sup>77</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>78</sup> NOU 1972: 20 s. 310.

konkursen.<sup>79</sup> Avtaler som begrenser boets rettsstilling er tredjemannsavtaler uten bindende virkning i konkurs.<sup>80</sup>

Forarbeidene presiserer at unntaket sikter til «sterkt avvikende kontrakttyper» hvor kapitlets regler ikke lar seg anvende, eller hvor anvendelse medfører «klart uheldige resultater».<sup>81</sup> Unntakets virkeområde er med andre ord *avvikende kontraktstyper* hvor særlige legislative hensyn gjør seg gjeldende. Den individuelle avtalens *innhold* er uten rettslig betydning for «rettsforhold[et]s egenart».<sup>82</sup> Unntaket gir domstolen «fullmakt til å fravike normalmønsteret og til å utforme regler som passer for vedkommende kontrakttype.»<sup>83</sup>

Forarbeidenes prinsipielle og relativt utførlige redegjørelse tilsier at unntaket er ment å ha stor praktisk betydning.<sup>84</sup> Terskelen for å anvende unntaket synes likevel å være høy. Kontraktstypene kapittel 7 søker å generalisere regler for, særlig kjøpekontrakt, leiekontrakt, entreprisekontrakt, fraktavtale og arbeidsavtale.<sup>85</sup> Alternativt må anvendelse av hele eller deler av regelsettet gi «klart uheldige resultater». Deknl. § 7-1 er, i likhet med dekl. § 7-3, ikke prøvd for Høyesterett. Rettspraksis gir dermed ingen nærmere veiledning.

Et generelt forbehold for rettsforholdets egenart finnes også i den danske konkursloven. Kapitlet om avtalers stilling i konkurs «anvendes kun, hvis ikke andet følger af [...] vedkommende retsforholds beskaffenhed», jf. DKL § 53, 1. pkt. I likhet med de norske forarbeidene gir de danske inntrykk av at det skal mye til før en avtale unntas inntredelsesrett.<sup>86</sup> Lindenchrone Petersen og Ørgaard hevder at «[o]ver for boets interesse i at kunne fortsætte de af skyldneren indgåede kontrakter kræves for at nægte dette en betydelig vægt af medkontrahentens interesse i forholdets opphør.»<sup>87</sup>

---

<sup>79</sup> NOU 1972: 20 s. 310.

<sup>80</sup> NOU 1972: 20 s. 310–311 og Nazarian 2012 s. 97. Se dekl. § 7-3 (2) siste setning som uttrykk for prinsippet. Boet selv kan imidlertid begrense sin rettsstilling gjennom avtale med medkontrahenten, jf. NOU 1972: 20 s. 310.

<sup>81</sup> NOU 1972: 20 s. 311.

<sup>82</sup> NOU 1972: 20 s. 310 og Andenæs 2009 s. 210.

<sup>83</sup> NOU 1972: 20 s. 310.

<sup>84</sup> Tjaum 1996 s. 357.

<sup>85</sup> NOU 1972: 20 s. 310.

<sup>86</sup> Bet. 606.71 s. 121 og Ørgaard 2014 s. 63–64.

<sup>87</sup> Lindenchrone Petersen og Ørgaard 2013 s. 487.

### 3.3 Avtalens art

Etter dekl. § 7-3 (2) første setning hindrer ikke hovedregelen om boets inntredelsesrett medkontrahentens rett til å påberope seg «insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art». Kriteriet «avtalens art» er vagt, men samlet sett synes bestemmelsen å uttrykke at avtalen mellom skyldner og medkontrahent kan være av en slik karakter at skyldners konkurs anses som en etterfølgende ugyldighetsgrunn. Forarbeidene betegner som nevnt dekl. § 7-3 (2) som en spesialutforming av prinsippet i dekl. § 7-1.<sup>88</sup> Den høye unntaksterskelen skissert under punkt 3.2 bør derfor gjelde også her.

Forarbeidene fremhever særlig to forhold hvor avtalens art begrunner unntak: I enkelte «kontraktstyper ligger det i kontraktens art at insolvensen er en relevant bristende forutsetning», typisk kredittavtaler, garantiavtaler og avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap.<sup>89</sup> Videre kan «kontrakten forutsett[e] en personlig oppfyllelse fra debtors side, slik at medkontrahenten kan motsette seg oppfyllelse fra andre, også fra debtors bo.»<sup>90</sup> Slik forarbeidene er formulert er det uklart om avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse er et eksempel på et kontraktsforhold hvor insolvensen er en «relevant bristende forutsetning», eller om dette er et selvstendig unntakstilfelle. De fleste teoretikerne behandler gjennomgående forutsetningen om skyldners personlige oppfyllelse som en relevant bristende forutsetning.<sup>91</sup> Det er imidlertid nyanser mellom de to typetilfellene. Tjaum skriver:

«I de tilfellene der grunnlaget for unntak fra inntredelsesretten er insolvens som en relevant bristende forutsetning, påberopes insolvensen direkte. I de tilfellene der unntak oppstilles fordi kontrakten forutsetter personlig oppfyllelse fra konkursdebitor, er det derimot i første rekke virkningen av insolvens som påberopes.»<sup>92</sup>

Forskjellen gir grunnlag for å hevde at avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse er et selvstendig unntakstilfelle.<sup>93</sup> Intensjonen bak unntaket synes å være at medkontrahenten kan ha hevingsrett etter avtalens art, selv om ikke insolvensen utgjør en relevant bristende forutsetning.<sup>94</sup> Dette innebærer at unntaket for avtaler som forutsetter

---

<sup>88</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Se Nazarian 2012 s. 107–108; Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 172–173 og s. 177–178; Aasebø, Madsen og Sandvik 2015 s. 313; Ernst Moe, *Praktisk konkurs*, Oslo 2007 s. 162 og Kristian Huser, *Gjeldsforfølgingsrett*, Bergen 1995 s. 311.

<sup>92</sup> Tjaum 1996 s. 357.

<sup>93</sup> Den todelte fremstillingen i Brækhus 1970 s. 165–166 gir tilsvarende inntrykk.

<sup>94</sup> Andenæs fremhevet tidligere dette poenget, se Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 2. utgave, Oslo 1999 s. 156.

skyldners personlige oppfyllelse ikke nødvendigvis skal vurderes på samme måte som unntakene hvor insolvensen er en relevant bristende forutsetning.

Det som bestemmer «avtalens art» er ifølge forarbeidene «ikke bare de deklatoriske eller preceptoriske rettsregler som gjelder for kontrakten, men også kontraktens individuelle regler, f.eks. reglene om partenes adgang til å overdra sine rettigheter etter kontrakten.»<sup>95</sup> Ved fastleggelsen av «avtalens art» inngår tilsynelatende både *avtaletypen* og *den individuelle avtalens innhold* i vurderingen. Basert på forarbeidene alene synes dermed dekl. § 7-3 (2) å åpne for en bredere vurdering enn dekl. § 7-1.

Til tross for å ha en korresponderende hovedregel om boets inntredelsesrett, har den danske konkursloven ingen unntaksbestemmelse tilsvarende dekl. § 7-3 (2). I dansk rett utledes imidlertid de samme unntakene, herunder unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, fra unntaket for «vedkommende retsforholds beskaffenhet» i DKL § 53, 1. pkt.<sup>96</sup>

### 3.4 Forholdet mellom dekl. § 7-1 og § 7-3 (2)

Forholdet mellom dekl. § 7-1 og § 7-3 (2) avklares ikke eksplisitt i forarbeidene. Justisdepartementets lovavdeling synes å forutsette at bestemmelsene supplerer hverandre.<sup>97</sup> Kenworthy tar til orde for at rettsanvender prinsipielt må starte i dekl. § 7-1, fordi man «lett kan trekke forhastede konklusjoner hvis man tar *utgangspunkt* i § 7-3 om boets inntredelsesrett.»<sup>98</sup> Det generelle inntrykket av juridisk litteratur er likevel at unntak fra inntredelsesretten primært behandles som et spørsmål om avtalens art etter dekl. § 7-3 (2).<sup>99</sup> Nazarian påpeker riktignok at forarbeidene angir et tilfelle hvor bare § 7-1 er rettsgrunnlag for å nekte inntreden, men foretar ingen nærmere analyse.<sup>100</sup> Hestflått og Røttingen finner på sin side ikke grunnlag for å uttale seg sikkert om forholdet mellom bestemmelsene.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>96</sup> Se Bet. 606.71 s. 121. Standpunktet er lagt til grunn i NOU 1972: 20 s. 313–314.

<sup>97</sup> Se Lovavdelingens uttalelse 1. januar 1987 (JDLOV-1987-1561) pkt. 1: «Spørsmålet om boets rett til å tre inn [...] må avgjøres med utgangspunkt i dekningsloven § 7-3 første ledd, samholdt med unntaksreglene i lovens §§ 7-1 til slutt og 7-3 annet ledd første punktum.»

<sup>98</sup> Ian W. Kenworthy, «Arne Tjaum: valuta- og renteswaper», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 1996 s. 91–94 (s. 92).

<sup>99</sup> Se bl.a. Andenæs 2009 s. 215–216; Nazarian 2012 s. 107–116; Tjaum 1996 kap. 2 s. 357–364 og Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 172–180.

<sup>100</sup> Nazarian 2012 s. 106.

<sup>101</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 169.

Bestemmelsenes ulike utforming kan tilsi at lovgiver har tilsiktet en meningsforskjell. En logisk slutning er at dekl. § 7-1 og § 7-3 (2) er ment å regulere ulike tilfeller. Ordlyden «vedkommende rettsforholds egenart» gir inntrykk av at unntak må begrunnes i generelle, objektive trekk ved typen juridisk relasjon. «[A]vtalens art» synes til sammenligning å peke på en mer individuell vurdering av særtrekk innad i partenes avtale.

Det må likevel sies å ligge en viss objektiv standard i «avtalens art». Om kun det konkrete, subjektive avtaleinnholdet var gjenstand for vurdering, kunne lovgiver nøydt seg med å formulere skyldners insolvens som opphørsgrunn etter «avtalen».<sup>102</sup> Ordlydsforskjellen mellom «egenart» i dekl. § 7-1 og «art» i dekl. § 7-3 (2) er minimal, om den overhodet er til stede. Leksikalsk er «art» og «egenart» synonyme.<sup>103</sup> Påfallende nok omtaler forarbeidene til dekl. § 7-1 regelen i dekl. § 7-3 (2) som unntaket for «kontraktens egenart».<sup>104</sup>

Objektivitetskravet fremgår også forutsetningsvis i forarbeidene, som nevner at debitorskifte er en bristende forutsetning for visse «kontraktstyper».<sup>105</sup> Kreditt- og garantiavtaler er begge kontraktstyper som unntas inntredelsesrett uavhengig av den individuelle avtalens innhold. Samtidig viser forarbeidsuttalelsen om at deklarasjon og preseptorisk kontraktslovgivning er medbestemmende for «avtalens art», at dekl. § 7-3 (2), i likhet med dekl. § 7-1, fordrer en vurdering av generelle, objektive trekk ved rettsforholdet. Det synes derfor ikke å være grunnlag for å differensiere anvendelsesområdene til dekl. § 7-1 og § 7-3 (2), basert på at førstnevnte regulerer inntredelsesrett i særpregede kontraktstyper, mens sistnevnte regulerer inntredelsesrett i avtaler med særpreget innhold.

Ettersom bestemmelsene synes å ha samme nedslagsfelt blir spørsmålet om dekl. § 7-1 må vurderes *før* dekl. § 7-3 (2), slik Kenworthy forfekter.<sup>106</sup> Ettersom dekl. § 7-1 angir virkeområdet til dekningsloven kapittel 7, er det nærliggende å slutte at bestemmelsen bør være startpunkt for alle problemstillinger knyttet til en avtale i konkurs. På den andre siden fremstår dekl. § 7-3 (2) som en spesialbestemmelse om avtaleinntredelse. Ettersom «avtalens art» dels bestemmes av rettsregler som gjelder for kontraktstypen, og det ligger et

---

<sup>102</sup> Innvendingen mot å betegne vurderingen med termene «objektiv» og «subjektiv» er at man i prinsippet kan abstrahere objektive trekk ved en kontraktstype ned på et slikt detaljnivå at det reelt blir en individuell vurdering av den enkelte kontrakt. Formålet med begrepsbruken er å fremheve at det er *avtaletypen* som er avgjørende for om det gjøres unntak, og ikke hva partene konkret måtte ha avtalt.

<sup>103</sup> Dag Gundersen (red.), *Norske synonymer blå ordbok*, 3. utgave, Oslo 2000 s. 13 og s. 60. Leksikalsk forståelse kan tjene som tolkningsbidrag, jf. Rt. 1997 s. 1341 (Hønsehauk).

<sup>104</sup> NOU 1972: 20 s. 311.

<sup>105</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>106</sup> Kenworthy, *TjF*, 1996 s. 92.

objektivitetskrav i «art», bør vurderingen av «avtalens art» anses å konsumere vurderingen av «vedkommende rettsforholds egenart», ved spørsmål om boets inntredelsesrett. Når dekl. § 7-3 (2) tar høyde for samme vurdering som dekl. § 7-1, er det formålsløst å gå veien om sistnevnte. Slik harmonisering skaper koherens i regelverket.

Dansk rett kan sies å støtte løsningen. Som nevnt har danskene ikke lovfestet et eget unntak for avtalens art tilsvarende dekl. § 7-3 (2), men utleder samme unntaksregler fra unntaket for «vedkommende rettsforholds beskaffenhet» i DKL § 53, 1. pkt. Danskenes tilnærmingen viser at det er unødvendig med dobbelregulering av inntredelsesretten. Videre viser den danske konkurslovens felles unntakshjemmel – som rommer unntakene norsk rett utleder av henholdsvis dekl. § 7-1 og § 7-3 (2) – en underliggende sammenheng mellom dekningslovens to bestemmelser.

Et argument mot slik harmonisering av dekl. § 7-1 og § 7-3 (2) finnes i forarbeidsuttalelsene om unntaket for avtaler hvor skyldners rett etter avtalen er av så personlig karakter at avtalen anses beslagsfri. Ifølge forarbeidene er hjemmelen for å unnta slike avtaler fra inntredelsesrett bare å finne i «vedkommende rettsforholds egenart», jf. dekl. § 7-1.<sup>107</sup> Tas forarbeidene på ordet er det ikke mulig med fullstendig harmonisering av dekl. § 7-1 og § 7-3 (2) ved spørsmål om boets inntredelsesrett.

Henvisningen til dekl. § 7-1 er ikke gjentatt i den senere lovproposisjonen, hvilket *kan* indikere at dekl. § 7-3 (2) er ment å være rettsgrunnlag også for dette unntaket. Når proposisjonen ikke uttrykkelig tar avstand fra lovutvalgets henvisning bør imidlertid ikke en slik antitetisk slutning bære mye vekt. Dette gjelder særlig når man ved å «flytte» unntaket til dekl. § 7-3 (2), gjør medkontrahenten til herre over en konflikt mellom skyldner og bo. Løsningen har derfor formodningen mot seg.<sup>108</sup>

At unntaket for sterkt personlige kontrakter underordnes dekl. § 7-1 synes begrunnet med at unntaket gjøres av hensyn til skyldner, og ikke medkontrahent.<sup>109</sup> Begrunnelsen åpner døren for en løsning hvor det avgjørende for hvilken bestemmelse som anvendes er hvilken part unntaket er ment å verne. Dekl. § 7-1 vil i så fall anvendes på unntak som begrunnes i hensynet til skyldner, mens dekl. § 7-3 (2) anvendes på unntak som begrunnes i hensynet til

---

<sup>107</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>108</sup> Begrunnelsen må i så fall være at insolvens er en bristende forutsetning for avtaler hvor skyldner gis en sterkt personlig rett, på samme måte som insolvens er en bristende forutsetning for gaveløfter gitt skyldner. I denne retning, se Sandvik 1985 s. 85. Brækhus 1970 s. 165 påpeker at slike avtaler ofte har et gavepreg.

<sup>109</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

medkontrahtenten. Differensiering etter hvilken part unntaket verner vil imidlertid skape en retts teknisk vanskelig grensedragning. Og selv om et unntak *hovedsakelig* gjøres av hensyn til en part, bør regelen betraktes som utslag av hva lovgiver anser som en rimelig løsning, alle parter interesser tatt i betraktning.

Ifølge Hestflått og Røttingen er det imidlertid ikke dekl. § 7-1 som reelt er rettsgrunnlaget for at skyldners sterkt personlige kontrakter unntas boet:

«Gjelder debtors kontrakt et formuesgode som er unntatt fra beslag, er selve hjemmelen for å nekte inntredelsesrett således ikke å finne i dekningslovens kapittel 7, men i reglene som er grunnlaget for beslagsfriheten. Dekningslovens § 7-1 kan imidlertid vises til som uttrykkelig grunnlag for at reglene om beslagsfrihet går foran dekningslovens generelle regel om inntredelsesrett i § 7-3, 1. ledd.»<sup>110</sup>

Hestflått og Røttingens poeng synes å være at skyldners sterkt personlige kontrakter aldri er gjenstand for boets inntredelsesrett i utgangspunktet. Det synes da konstruert å rubrisere tilfellet som et unntak fra hovedregelen. En løsning som gir mer mening er å anse det som en *forutsetning* for inntredelsesrett at avtalen ikke er et beslagsfritt formuesgode, på linje med forutsetningene om at avtalen må være gyldig, bestå på konkursåpningstidspunktet m.v.<sup>111</sup> Betraktes det som en forutsetning kan unntaket løsriver fra § 7-1, med den følge at det blir koherens mellom dekl. § 7-1 og § 7-3 (2) ved spørsmål om boets inntredelsesrett. Til støtte for et slikt syn fremgår det av forarbeidene til dekl. § 7-1 at unntak må begrunnes i «kontrakttypens egenart».<sup>112</sup> Det synes unektelig noe kunstig å betegne kontrakter hvor skyldners rett er av sterkt personlig karakter som en egen kontraktstype.<sup>113</sup>

Den beste løsningen synes å være å ubetinget anse dekl. § 7-3 (2) som spesialbestemmelse for spørsmål om boet har rett til å tre inn i skyldners avtale. Bestemmelsen regulerer avtaleinntredelse spesifikt, og bør betraktes som en praktisk forlengelse av det generelle forbeholdet i dekl. § 7-1. Ved å harmonisere bestemmelsene på denne måten blir det sammenheng i regelverket. Dekl. § 7-1 har, i mine øyne, ingen selvstendig betydning ved siden av dekl. § 7-3 (2) ved spørsmål om boets inntredelsesrett.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 172.

<sup>111</sup> I denne retning, se Sandvik 1985 s. 85: «En forutsetning for at boet kan tilgodegjøre seg konkursdebtors kontraktsmessige rettigheter, er at det er tale om en rett som etter sin art er gjenstand for beslagsrett.»

<sup>112</sup> NOU 1972: 20 s. 310.

<sup>113</sup> Se Rt. 1962 s. 149 som illustrasjon.

<sup>114</sup> Konklusjonen må ikke mistolkes som at dekl. § 7-1 aldri har selvstendig betydning. Foruten å hjemle at særlovgivning går foran de generelle reglene i kap. 7, kan dekl. § 7-1 tenkes å ha betydning hvor anvendelse av *de øvrige reglene* i kapitlet gir særlig uheldige resultater.

Spørsmålet videre blir om slik harmonisering av deknl. §§ 7-1 og 7-3 (2) innebærer at den individuelle avtalens innhold *ikke* kan vektlegges ved vurderingen av «avtalens art», ettersom det er irrelevant for «vedkommende rettsforholds egenart». Standpunktet kan vanskelig forenes med forarbeidsuttalelsen som eksplisitt sier at «[d]et som bestemmer kontraktens ‘art’ er i denne sammenheng [...] også kontraktens individuelle regler».<sup>115</sup> Etter mitt syn bør forarbeidsuttalelsen ikke anses å gi uttrykk for gjeldende rett. Ordlyden «art» gir klart inntrykk av at unntak må begrunnes i selve kontraktstypen. Hestflått og Røttingen synes å være av samme oppfatning.<sup>116</sup> Generelt virker også grunntanken bak dekningsloven kapittel 7 å være at boets rettsstilling bør bero på mer objektive kriterier enn hva som følger av innholdet i skyldners avtale; det er derfor reglene er preseptoriske. Standpunktet at den individuelle avtalens innhold kan vektlegges ved vurderingen av om en avtale er unntatt inntredelsesrett, kan ikke gjenfinnes i dansk rett. Begrenses vurderingen av «avtalens art» til objektive trekk ved avtaletypen, gir det en skarpere tilskåret inntredelsesrett, som igjen gir en mer forutberegnelig regel.

«Avtalens art» bør med andre ord tolkes mer restriktivt enn forarbeidene gir uttrykk for. For unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, innebærer dette at det er *avtaletypen* som må forutsette skyldners personlig oppfyllelse. Forarbeidene bør derfor leses som at «[v]isse *typer* kontrakter forutsetter personlig oppfyllelse av skyldneren selv, slik at boet ikke kan tre inn.»<sup>117</sup> Sagt på en annen måte: Forutsetningen om skyldners personlige oppfyllelse må følge av avtalen i seg selv.

---

<sup>115</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>116</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 173: «Det følger av ordlyden i dekningsloven § 7-3, 2. ledd at det er typeforutsetninger som normalt foreligger i den aktuelle avtalens art som er vurderingstemaet etter denne bestemmelsen.»

<sup>117</sup> I Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 183 heter det til sammenligning at «Visse kontrakter forutsetter [...]».



## 4 Det rettslige vurderingstemaet

### 4.1 Skjønnsmessig helhetsvurdering av særlige grunner?

Spørsmålet er om det rettslige vurderingstemaet kan formuleres som en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering av om særlige grunner tilsier at boet ikke bør få tre inn i avtalen. Andenæs fremholder nemlig at «[s]om alminnelig synspunkt må henvisningen til 'avtalens art' trolig ses som en fullmakt til domstolene til å avskjære boets inntredelsesrett hvis særlige grunner taler for det.»<sup>118</sup> Tilnærmingen går igjen i øvrig juridisk litteratur. Hestflått og Røttingen hevder at deknl. § 7-3 (2) gir anvisning på en «helhetsvurdering av avtalens art»,<sup>119</sup> mens Sandvik åpner for unntak fra inntredelsesretten «etter en konkret vurdering i det enkelte kontraktsforhold.»<sup>120</sup> Vurderingstemaet synes å være forutsatt i forarbeidene til lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen, som blant annet utvidet dekningsloven med bestemmelsen i § 7-3a om avtalers stilling under gjeldsforhandling. Her bemerkes det kort at boets inntredelsesrett kan avskjæres etter en «totalvurdering [...] som følge av 'avtalens art'.»<sup>121</sup> At grensene for boets inntredelsesrett beror på en skjønnsmessig vurdering av særlige grunner er også standpunktet i dansk rettsteori. Paulsen skriver:

«Hvad der ligger i *vedkommende retsforholds beskaffenhed* må vurderes på baggrund af domstolenes og dermed samfundets til enhver tid værende moralopfattelse, eller udtrykt på anden måde, hvad *reale grunde* tilsiger, må være gældende.»<sup>122</sup>

Et iøynefallende poeng er at vurderingstemaet gjennomgående oppstilles uten nærmere begrunnelse. Etersom litteraturens uttalelser knytter seg til kriteriet «avtalens art» generelt, er det fristende å slutte at «særlige grunner» er en henvisning til typetilfellene som nevnes i forarbeidene. Eksempelvis: At avtalen forutsetter skyldners personlige oppfyllelse er en «særlig grunn» som avskjærer boets inntredelsesrett. En slik slutning vil imidlertid være sirkulær og neppe det teoretikerne forfekter. Teoriens standpunkt må i stedet være at deknl. §

---

<sup>118</sup> Andenæs 2009 s. 215. Andenæs var tidligere eksplisitt på at «avtalens art» fordrer en helhetsvurdering, se Andenæs, *Konkurs*, 1. utgave, Oslo 1993 s. 288.

<sup>119</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 169. Se også s. 178: «Utenfor de lovregulerte tilfelle avgjør en konkret vurdering av avtalearten hvorvidt en forutsetning om personlig oppfyllelse fra debitor utelukker inntreden, jfr. § 7-3, 2. ledd, 1. punktum.»

<sup>120</sup> Sandvik 1985 s. 87.

<sup>121</sup> NOU 1993: 16 s. 115.

<sup>122</sup> Paulsen 2010 s. 489. Se også Gomard 1969 s. 129: «Helt faste retningslinier for, når boet kan indtræde, kan vanskelig opstilles. Bedømmelsen må være individualiserende.»

7-3 (2) fordrer en form for helhetlig rimelighetsvurdering av om avtalen bør unntas boet, hvor det at avtalen forutsetter skyldners personlige oppfyllelse vil være et mer eller mindre viktig moment.

Å operere med en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering som vurderingstema ved spørsmålet om boets inntredelsesrett er avskåret, reiser en rekke betenkeligheter som behandles under punkt 4.2. Samtidig synes et så vidt vurderingstema å stride mot hvordan «avtalens art» bør tolkes. På nåværende stadium forsøker jeg likevel å følge teoriens standpunkt om at grensene for boets inntredelsesrett beror på en helhetsvurdering av særlige grunner. Spørsmålet er da hvilke særlige grunner som kan tilsi at en avtale forutsetter skyldners personlige oppfyllelse.

Det er hevdet at helhetsvurderingen må ta utgangspunkt i den faktiske effekt konkursen har for den aktuelle avtaletypen.<sup>123</sup> Standpunktet innebærer at vurderingen må gjøres konkret; vurderingen skal baseres på de konkrete konsekvensene skyldners konkurs har for oppfyllelsen av den konkrete avtalen. Mer generelle ulemper som følger av boets inntredelse må forutsetningsvis holdes utenfor.<sup>124</sup>

Standpunktet bør imidlertid ikke tolkes dit hen at det bare er konsekvensene som har manifestert seg på tidspunktet boet erklærer inntreden, som inngår i helhetsvurderingen. På erklæringstidspunktet kan det for eksempel ikke med sikkerhet sies hvem fra skyldners stab som vil bidra til kontraktsoppfyllelse. Rettsanvender vil uunngåelig være tvunget til å foreta en hypotetisk risikovurdering av eventuelle konsekvenser som kan følge av at boet gis inntredelsesrett.

Ifølge Hestflått og Røttingen er spørsmålet om avtalen forutsetter skyldners personlige oppfyllelse et spørsmål om «det personlige element i avtalen gjør at hensynene mot inntreden veier tyngre enn boets behov for inntredelsesrett.»<sup>125</sup> Et sentralt vurderingsmoment er da forutsetningsvis *i hvilken grad avtaletypen har et personlig element*. Det personlige element må vurderes konkret. Det kan likevel spørres om rettskildene gir grunnlag for å oppstille generelle retningslinjer, eller det som kan formuleres som et minimumskrav til avtaletypens personlig element.

---

<sup>123</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 178 og Sandvik 1985 s. 87.

<sup>124</sup> I denne retning, se Nazarian 2012 s. 115: «At det er et generelt problem, taler mot at inntreden skal kunne nektes på denne bakgrunn alene.»

<sup>125</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 178.

Den høye terskelen for å gjøre unntak fra inntredelsesretten tilsier at det må foreligge et personlig element utover den mer sedvanlige tilknytning kontraktspartner har ved utveksling av formuesgoder. I de danske forarbeidene heter det at skyldners person må være «af en sådan betydning».<sup>126</sup> Formuleringen indikerer at det personlige element må være vesentlig fremtredende. Dette synes også å være standpunktet i dansk teori.<sup>127</sup> Slutningen støttes av forarbeidene til spesialregelen i dekl. § 7-12 om skyldners avtaler om produksjonsavgift. Forarbeidene presiserer at bestemmelsen ikke regulerer boets inntredelsesrett i avtaler hvor produksjon ikke er påbegynt, og at spørsmålet må avgjøres etter dekl. § 7-3.<sup>128</sup> I forlengelsen heter det at inntredelsesretten i slike tilfeller rimeligvis bør være avskåret dersom «forholdet mellom forlegger og forfatter har et utpreget personlig preg», mens boet bør ha inntredelsesrett om forlagsavtalen har et «rent kommersielt tilsnitt».<sup>129</sup>

At det personlige elementet må være vesentlig fremtredende før det er aktuelt å anvende unntaket, synes å korrespondere med unntakene som er nedfelt i særlovgivningen. Regelen i kommisjonsloven § 47 om at kommisjonsforhold opphører ved konkurs kan tjene som eksempel. Kommisjonsforhold er en tett samarbeidsrelasjon mellom kommittent og kommisjonær, hvor kommisjonæren handler i eget navn for kommittentens regning, jf. kommisjonsloven § 4 (1). Kommisjonærens personlige egenskaper er dermed helt avgjørende for oppdragsforholdet. Det er nettopp på grunn det utpreget personlige tillitsforholdet at avtalen unntas boets inntredelsesrett.<sup>130</sup>

Det er først når det personlige elementet er vesentlig fremtredende at hensynet til medkontrahenten gjør seg gjeldende med styrke. Hvis ikke det personlige elementet er dominerende, kan ikke skyldner sies å ha en beskyttelsesverdig forventning om å kunne velge sin kontraktspartner.

Å operere med et minimumskrav til avtaletypens personlige element synes imidlertid å samsvare dårlig med rettslitteraturens syn på helhetsvurderingen. Ifølge Nazarian kan enkeltmomenter som alene ikke er tilstrekkelig til å nekte inntreden, kumuleres:

---

<sup>126</sup> Bet. 606.71 s. 121.

<sup>127</sup> Se Gomard 2009 s. 65: «Boet kan således ikke indtræde i aftaler [...] såfremt indehaverens (skyldnerens) personlige indsats er af væsentlig betydning for opfyldelsen af kontrakten». (Min understreking.)

<sup>128</sup> NOU 1972: 20 s. 327.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> Tilsvarende i svensk rett, se Möller 1988 s. 753.

«Selv om ett enkeltstående moment som taler mot inntreden, viser seg ikke å være tilstrekkelig til å nekte inntreden, kan det hende at avtalens art etter en samlet vurdering av ulempene for medkontrahtenten tilsier at boet nektes inntreden.»<sup>131</sup>

Samlet sett må rettskildene likevel sies å gi uttrykk for at det som *utgangspunkt* må kreves et vesentlig fremtredende personlig element i avtalen, før det kan være aktuelt å begrunne unntak i at avtalens art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse.

Hvorvidt det er et tilstrekkelig personlig element i avtaler hvor skyldner er et selskap, er hevdet å måtte avgjøres ved en hypotetisk vurdering av i hvilken grad selskapsledelse eller bestemt personell ville deltatt i oppfyllelsen utenfor konkurs. Hestflått og Røttingen skriver:

«Driver debitor næringsvirksomhet vil det ellers bl.a. avhenge av bedriftens størrelse, kompleksitet og organisering hvorvidt personlig oppfyllelse fra debitor kan anses som relevant forutsetning for gjennomføring av kontrakten. En må foreta en konkret analyse for å få klarlagt hvilken innflytelse debitor ville øvet på oppfyllelsen av den kontraktstype boet ønsker å tre inn i.»<sup>132</sup>

Et sentralt vurderingsmoment er også *typen realytelse*. Momentet kan utledes av ordlyden «avtalens art», men fremheves også av Sandvik.<sup>133</sup> Typen realytelse påvirker viktigheten av at ytelsen leveres av skyldner personlig, både for medkontrahtenten spesielt, men også for samfunnet generelt. Om skyldner skal levere vaksiner vil det kunne få katastrofale følger om ytelsene ikke leveres med tilstrekkelig kvalitet. Tilsvarende sikkerhetsrisiko foreligger til sammenligning ikke hvis skyldner skal yte godstransport eller arrangementsplanlegging for bedriftsmarkedet. Er det på grunn av realytelsens art en betydelig sikkerhetsrisiko om ytelsen leveres av andre enn skyldner, tilsier det at avtalen forutsetter skyldners personlige oppfyllelse.<sup>134</sup>

## 4.2 Innvendinger mot helhetsvurderingen som vurderingstema

Som drøftelsen under punkt 4.1 viser, vil en konkret helhetsvurdering av om særlige grunner tilsier at boet ikke bør få tre inn i avtalen, uunngåelig bli svært skjønnspreget. Konsekvensen av tilnærmingen er at grensene for boets inntredelsesrett synes å bli mindre klare, enn om man bare hadde holdt seg til forarbeidsuttalelsene alene.

---

<sup>131</sup> Nazarian 2012 s. 116. Tilsvarende i Brækhus 1970 s. 171.

<sup>132</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 179. Tilsvarende i Nazarian 2012 s. 114.

<sup>133</sup> Sandvik 1985 s. 88.

<sup>134</sup> I denne retning, se JDLOV-1987-1561 pkt. 2.

Først og fremst er det vanskelig å innlemme helhetsvurderingen under ordlyden i dekl. § 7-3 (2). «Avtalens art» er riktignok relativt vidt og vagt formulert, men bør, som redegjort for under punkt 3.4, tolkes restriktivt for å gi inntredelsesretten skarpere rammer. Helhetsvurderingen av særlige grunner må til sammenligning sies å være utslag av en liberal fortolkning. I mangel av rettspraksis er det få begrensninger i hva som kan utgjøre «særlige grunner». Alt kan i prinsippet være relevant slik helhetsvurderingen angis.

Det kan hevdes at den generelle reguleringen av inntredelsesretten fordrer en unntakshjemmel med den elastisitet en skjønnsmessig helhetsvurdering gir. Som lovutvalget påpeker i forarbeidene er det vanskelig å forutse de reelle hensyn som kan gjøre seg gjeldende for den enkelte kontraktstype.<sup>135</sup> I vurderingen av om hensynet til medkontrahenten, som dekl. § 7-3 (2) er fundert på, veier tyngre enn boets behov for inntredelsesrett, er det vanskelig å komme utenom en avveining med innslag av skjønn. Helhetsvurderingen av særlige grunner kan således være det mest adekvate vurderingstema. Hestflått og Røttingen synes å være av denne oppfatning:

«Adgangen til å nekte inntredelsesrett etter disse vage kriteriene [‘vedkommende rettsforholds egenart’ og ‘avtalens art’] svekker forutberegneligheten og skaper kompliserte grense- og bevissspørsmål. Disse ulempene har en likevel ment blir oppveid av de fordeler muligheten for fleksible løsninger tilpasset de særskilte kontraktstyper innebærer.»<sup>136</sup>

Forarbeidene gir inntrykk av at dekl. § 7-1 er bevisst vagt formulert for å gi domstolen diskresjonær adgang til avskjære inntredelsesretten hvor resultatet vil være særlig uheldig. Å betrakte unntaket for «avtalens art» i dekl. § 7-3 (2) mer eller mindre som *carte blanche* for domstolen til å gjøre unntak i tilfeller hvor inntredelsesrett er særlig urimelig overfor medkontrahenten, kan hevdes å bringe dekl. 7-3 (2) i samsvar med dekl. § 7-1.<sup>137</sup>

Å anse det rettslige vurderingstema under «avtalens art» som en helhetsvurdering av særlige grunner kommer imidlertid ikke uten kostnad. Trekkes grensene ved en skjønnsmessig helhetsvurdering, går det særlig på bekostning av partenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Forutberegnelighetshensynet veier tungt i konkursretten. I Rt. 1997 s. 645 (Vest Kran) heter det på s. 650:

---

<sup>135</sup> NOU 1972: 20 s. 309.

<sup>136</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 169.

<sup>137</sup> Andenæs fremhevet tidligere dette poenget, se Andenæs 1993 s. 288.

«Både panteretten og konkursretten er i høy grad positivrettslig bestemt, og etter min mening bør rettsdannelsen her være det, fordi det er viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å holde seg til.» (Min understreking.)

Selv om det konkrete spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt konkursbo har rett til panteregress basert på en analogi fra panteloven § 1-12 (2), viser uttalelsen at det i konkursretten må etterstribes klare, konsekvente regler partene kan forutberegne sin rettsstilling fra. Et skjønnsmessig vurderingstema gjør det svært vanskelig for både konkursbo og medkontrahent å forutberegne hvorvidt avtalen er gjenstand for inntredelse i konkurs. Med et så skjønnsmessig vurderingstema risikeres det samtidig at like tilfeller ikke behandles likt. Også Krüger fremhever at helhetsvurderingen skaper en rettsteknisk vanskelig grensedragnings:

«De grunner medkontrahenten kan ha til å slippe fri er etter mitt skjønn tilstrekkelig tungtveiende til å gjøre det betenkelig med en reell individuell og konkret prøvning av hvorvidt kontrakten 'etter sin art' faller bort ved konkurs på den ene side. En slik objektivisering volder dertil formodentlig rettstekniske problemer [...]».<sup>138</sup>

Konkursreglene er ment å være rettsteknisk enkle å håndheve for boet.<sup>139</sup> Den usikkerhet som følger med å ha en skjønnsmessig helhetsvurdering som vurderingstema kan potensielt hindre boet i å forfølge sin rett. Det kan tenkes at ubemidlede konkursbo vegrer seg fra å tre inn i kontrakter som fordrer større eller mindre grad av personlig oppfyllelse fra skyldner, på grunn av prosessrisikoen som følger med det skjønnsmessige vurderingstemaet. I så måte kan det argumenteres for at latente kontraktsverdier på skyldners hånd, som etter lovgivers intensjon burde gått til dekning hos kreditorfelleskapet, forblir uutnyttet. Et mer rettsteknisk enkelt og stringent vurderingstema vil presumptivt gjøre boets inntredelsesrett mer effektiv.

Når det først må utledes et rettslig vurderingstema fra uklare lovregler, bør vurderingstemaet gi minst mulig grunnlag for tvil. Høyesteretts uttalelser i Rt. 1992 s. 1144 er betegnende. Sakens spørsmål var om en arbeidsgivers sammenblanding av skattetrekk og egne midler på skattetrekkkonto, avskar skattekreditors separatistrett til skattetrekket i arbeidsgivers senere konkurs. Om den rettslige vurderingen heter det på s. 1147:

«Slik jeg ser det fremstår det rettslige avgjørelsestema i saken etter dette som så vidt ubestemt, at Høyesterett må foreta et valg mellom flere mulige alternativer når rettsstilstanden skal fastlegges. Avgjørelsen vil først og fremst måtte bero på reelle hensyn, idet verken loven, forarbeidene, rettspraksis

<sup>138</sup> Kai Krüger, «Kontrakt og konkursbeslag», *Jussens Venner*, 1969 s. 57–82 (s. 68).

<sup>139</sup> Nazarian 2012 s. 62.

eller forvaltningspraksis, etter min mening gir avgjørende veiledning. Jeg er da blitt stående ved at et hovedsynspunkt må være å velge et alternativ som gir opphav til minst mulig tvist eller tvil, så langt ikke andre momenter taler avgjørende mot en slik løsning.» (Min understreking.)

Rettskildesituasjonen i saken har vesentlige likhetstrekk med vår problemstilling. Hverken ordlyden «avtalens art» eller forarbeidene gir tilstrekkelig veiledning om hvordan det skal avgjøres om en avtale forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. I tråd med Høyesteretts retningslinje bør vurderingstemaet som utledes være det alternativ som gir den mest ensartede og konsekvente regelen. Som drøftelsen ovenfor har vist, gir den skjønnsmessige helhetsvurderingen juridisk teori forfekter grobunn for tvil, og begrenser effektiviteten av boets inntredelsesrett. Det avgjørende spørsmålet er følgelig om det finnes et bedre alternativ.

### **4.3 Alternativt vurderingstema: Retten til å oppfylle ved kontraktshjelper**

Et alternativt vurderingstema som kan avgjøre om en avtale forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, er hvorvidt skyldner, *utenfor konkurs*, kunne oppfylt avtalen ved kontraktshjelper.<sup>140</sup> Overordnet er kontraktsrettens regel at debitor som utgangspunkt har rett til å la kontraktshjelpere oppfylle debitors avtaleforpliktelser.<sup>141</sup> Motsetningsvis har kreditor som utgangspunkt ikke rett til å nekte oppfyllelse fra debitors kontraktshjelper; dette er to sider av samme sak. Unntak gjelder hvor kontraktsforholdet er strengt personlig, eller hvor avtalen forutsetter debitors personlige innsats.<sup>142</sup> Kontraktsretten skiller med andre ord også mellom avtaler med og uten forutsetning om personlig oppfyllelse.

Det grunnleggende rasjonale bak å anvende regelen om debitors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper som vurderingstema i konkurs, er at medkontrahenten ikke bør være bedre rettslig stilt i konkurs enn utenfor. Hvis medkontrahenten måtte akseptert oppfyllelse fra en annen aktør enn skyldner personlig *utenfor* konkurs, er det liten grunn til at vedkommende ikke skal måtte akseptere oppfyllelse fra boet *i* konkurs.

En kontraktsrettslig regel kan imidlertid ikke anvendes i konkurs uten videre. Før det vurderes om debitors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper gir et bedre vurderingstema enn

---

<sup>140</sup> Ideen om at unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse bør sammenfalle med kreditors rett til å motsette seg oppfyllelse fra debitors kontraktshjelper, er lansert av professor Rune Sæbø og professor Hans Fredrik Marthinussen i undervisningssammenheng ved Universitetet i Bergen, senest vår 2016.

<sup>141</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 119.

<sup>142</sup> Hagstrøm 2011 s. 199.

helhetsvurderingen av særlige grunner, må det derfor tas stilling til om det er adgang til å anvende regelen som vurderingstema ved spørsmål om boet inntredelsesrett.

Kontrakts- og konkursretten er prinsipielt to separate privatrettsdisipliner, fundert på vidt forskjellige hensyn. Kontraktsretten bygger gjennomgående på rimelighetsbetraktninger, og tilstreber balanserte løsninger mellom partene i den konkrete sak.<sup>143</sup> Konkret rimelighet har mindre plass i konkursretten, som etterstreber klare, stringente regler for hvilke av skyldners formuesgoder kreditorene kan ta beslag i. Grunnhensynet er at kreditorfellesskapet skal ha best mulig dekning i de formuesgoder skyldner eier, ikke at den konkrete løsningen er rimelig. Som utgangspunkt synes det derfor å ha formodningen mot seg at den kontraktsrettslige regelen kan anvendes som vurderingstema i konkurs. Videre synes dekningslovens forarbeider å gi uttrykk for at reglene om inntredelsesrett som utgangspunkt er upåvirket av kontraktsretten:

«Reglene om kontraktsavviklingen i tilfelle konkurs o.l. synes – med adskillig rett – å være blitt oppfattet som regler av overveiende konkursrettslig tilsnitt, regler som faller utenfor den rent kontraktsrettslige ramme.»<sup>144</sup> (Min understreking.)

At reglene om avtalers stilling i konkurs *hovedsakelig* er av konkursrettslig karakter betyr imidlertid ikke at kontraktsrettsrettslige regler og prinsipper er uten betydning. Krüger skriver:

«Det er så vidt skjønnes tale om å integrere og se i sammenheng grunnprinsipper og utgangspunkter av vesensforskjellig karakter. At det oppstår konkurs i et kontraktsforhold nødvendigvis ikke ubetinget at kontraktsrettens argumentasjon skal vike for den konkursrettslige tenkemåte.»<sup>145</sup>

Poenget som kan utledes fra Krüger er at kontraktsrettens regler må tilpasses konkurssituasjonen.<sup>146</sup> «[A]vtalens art» er såpass vidt og vagt utformet at det bør være rom for å se til kontraktspartenes rettsstilling utenfor konkurs. Den stemoderlige forarbeidstalen av unntaket for avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, stenger ikke døren for å anvende kontraktsrettens regel om debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper som vurderingstema. Anvendelse synes heller ikke å komme i konflikt med grunnleggende konkursrettslige hensyn.

---

<sup>143</sup> Se bl.a. Hagstrøm 2011 s. 43; Marthinussen 2016 s. 42 og Krüger, *JV*, 1969 s. 60.

<sup>144</sup> NOU 1972: 20 s. 309. I samme retning, se Huser 1995 s. 311: «[A]vtalerettslige regler kan ikke være avgjørende med hensyn til avgrensningen av boets inntredelsesrett.»

<sup>145</sup> Krüger, *JV*, 1969 s. 59.

<sup>146</sup> Nazarian 2012 s. 92 og Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 166.



Juridisk teori bruker til en viss grad kontraktspartenes stilling utenfor konkurs som målestokk for når avtalens art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse. I omtalen av andre kontraktstyper enn de typisk personavhengige skriver Nazarian at «[d]ersom det ikke er forutsatt at bestemte personer skal delta [i oppfyllelsen], må en ha in mente at det også utenfor konkurs kan skje endringer i arbeidsstokken, som fører til endringer i hvem som bidrar til oppfyllelse av avtalen.»<sup>147</sup> Nazarian bemerker altså at medkontrahenten ikke bør stå bedre i konkurs enn utenfor, men behandler ikke poenget nærmere. Kontraktspartenes stilling utenfor konkurs er også kjernen i Hestflått og Røttingens syn på hvordan det avgjøres om personlig oppfyllelse er forutsatt i avtaler hvor skyldner er et næringsdrivende selskap.<sup>148</sup>

Som utgangspunkt synes det altså å være *rom* for å anvende kontraktsrettens regel om debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper som vurderingstema i konkurs. Spørsmålet videre er hvorvidt regelen *bør* anvendes.

Det konkursrettslige utgangspunktet er som nevnt at konkursboet overtar skyldners rettsstilling overfor tredjepersoner.<sup>149</sup> I fravær av andre holdepunkter synes det da både materielt og systematisk riktig å ta utgangspunkt i skyldners kontraktsrettslige stilling overfor medkontrahenten.

At kreditor må akseptere oppfyllelse fra debtors kontraktshjelper begrunnes forutsetningsvis i at debtors kontraktsforpliktelse forblir uendret. Debitor er fortsatt ansvarssubjekt etter avtalen, og hefter for kontraktshjelpenes handlinger som de var debtors egne etter det ulovfestede kontraktshjelperansvaret.<sup>150</sup> Det kan hevdes at begrunnelsen faller gjennom i konkurs, ettersom medkontrahenten her ikke har noen ansvarlig, solvent debitor å holde seg til, og sånn sett mangler den sikkerhet kontraktshjelperansvaret gir. På den andre siden er dette en risiko medkontrahenten løper også utenfor konkurs. Debitor kan potensielt gå konkurs samtidig som, eller like i etterkant av, at medkontrahenten mottar oppfyllelse fra debtors kontraktshjelper. I konkurs får også medkontrahenten tilsvarende sikkerhet gjennom at eventuelle krav mot boet for mangelfull oppfyllelse har prioritet som massefordring.

At debitor har *rett* til å oppfylle ved kontraktshjelper speiler imidlertid ikke nødvendigvis partenes reelle stilling utenfor konkurs. En solvent debitor er gjerne opptatt av kommersielt rennømmé, hvilket begrenser bruken av kontraktshjelpere. I den grad kontraktshjelpere

---

<sup>147</sup> Nazarian 2012 s. 113.

<sup>148</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 179. Se sitat i pkt. 4.1.

<sup>149</sup> Nazarian 2012 s. 105. Se dekl. § 2-2 som uttrykk for prinsippet.

<sup>150</sup> Se bl.a. Hagstrøm 2011 s. 486 og Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 253–254.

benyttes vil det normalt være forbeholdt deler av avtaleforpliktelsen, ikke hele.<sup>151</sup> Risikoen for å bli ansvarlig etter kontraktshjelperansvaret sørger presumtivt for at debitor er kvalitetsbevisst ved valget av kontraktshjelpere, samt fører oppsyn med utførelsen. Det er også rimelig å anta at bruken av kontraktshjelpere i praksis begrenses av at aktørene i omsetningslivet ikke vet hvor vid den rettslige adgangen til å oppfylle ved kontraktshjelper faktisk er. Disse mekanismene som sikrer og begrenser bruken av kontraktshjelpere er ikke til stede i konkurs. Her ligger det ingen kommersiell eller faglig vurdering til grunn for at boet får oppfylle, og boet vil som utgangspunkt oppfylle forpliktelsen i sin helhet uten noen form for overoppsyn. Brukes regelen som vurderingstema i konkurs gir man fort regelen videre anvendelse enn hva som er realiteten utenfor konkurs, med den konsekvens at medkontrahenten i praksis står svakere i konkurs enn utenfor.

Hovedbegrunnelsen for å anvende regelen som vurderingstema i konkurs er imidlertid at medkontrahenten ikke bør stå *sterkere* i konkurs enn utenfor. Det betyr ikke at boet ikke kan stå sterkere enn debitor gjorde, i alle fall ikke om det bare er rent praktisk. Inntredelsesretten er nettopp en styrking av boets stilling på bekostning av medkontrahentene. Selv om bruken av kontraktshjelpere utenfor konkurs begrenses av praktiske forhold, må kreditor like fullt forholde seg til at debitor i alminnelighet har *rett* til å oppfylle ved kontraktshjelper dersom debitor måtte ønske. Det er dette som er partenes rettsstilling, og den rettsstilling konkursboet trer inn i. At regelen anvendt som vurderingstema i konkurs vil gi visse avvik i favør boet, fra hvordan regelen reelt praktiseres utenfor konkurs, kan derfor ikke være utslagsgivende.

Å basere vurderingstemaet på en klart eksisterende regel i kontraktsretten gir vurderingstemaet juridisk forankring. Helhetsvurderingen av særlige grunner mangler til sammenligning nærmere rettskildemessig begrunnelse, utover det som kan betegnes som en vid og unaturlig tolkning av dekl. § 7-3 (2). Å bruke debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper som vurderingstema i konkurs har følgelig et sterkere rettskildefundament enn hva helhetsvurderingen av særlige grunner har.

Å se det konkursrettslige spørsmålet om avtalens art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, som sammenfallende med spørsmålet om medkontrahenten kunne motsatt seg oppfyllelse fra debtors kontraktshjelper utenfor konkurs, skaper koherens mellom konkurs- og kontraktsretten. Som nevnt er det ingen grunn til at medkontrahenten *i* konkurs bør kunne høres med at avtalen forutsetter personlige oppfyllelse fra skyldner, dersom han eller hun

---

<sup>151</sup> Se eksempelvis NS 8407 pkt. 10.1.

utenfor konkurs måtte akseptert oppfyllelse fra skyldners kontraktshjelper. Om reglene ikke sammenfaller, og man avgjør spørsmålet ved en skjønnsmessig helhetsvurdering av særlige grunner, vil medkontrahenten potensielt stå bedre i konkurs enn utenfor. At en kreditor, som jo medkontrahenten er, skal få en tilfeldig fordel i konkurs, er fremmed i norsk konkursrett.

Å la reglene sammenfalle er imidlertid også til gunst for medkontrahenten. Avgjøres spørsmålet ved en skjønnsmessig helhetsvurdering, uanfektet av partenes kontraktsrettslige stilling, vil medkontrahenten potensielt kunne ende opp med å bli bundet til et debitorskifte i konkurs, som vedkommende ikke ville vært bundet til utenfor. Hensynet til medkontrahenten taler sterkt imot en regel med slik risiko. Dersom reglene sammenfaller elimineres så vidt mulig risikoen for at medkontrahenten står bedre eller dårligere i konkurs enn utenfor. Ved å se til regelen utenfor konkurs får man en mer konsekvent og ensartet regel i konkurs, og rommet for rettsanvenders subjektive oppfatninger innsnevres. Slik harmonisk tilnærming skaper dermed mer forutberegnelighet for samtlige aktører.

Så langt synes begrunnelsen for å anvende regelen om debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper som vurderingstema i konkurs, å være god. Det kan likevel spørres om regelen gir klarere rammer for vurderingen enn hva helhetsvurderingen av særlige grunner gir.<sup>152</sup> Grensene for debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper er, i likhet med grensene for boets inntredelsesrett i avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, lite behandlet i norsk rett. Følgende uttalelse i Hagstrøm synes å være det nærmeste norske rett kommer en klar angivelse av grensene for debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper:

«Debitor har som regel adgang til å oppfylle ved stedfortreder, ved en oppfyllelshjelper. [...] I en del tilfelle kreves det imidlertid mer eller mindre av personlig innsats. Og noen kontraktsforhold er strengt personlige.»<sup>153</sup>

I forlengelsen eksemplifiserer Hagstrøm typiske kontraktsforhold hvor debitor ikke har rett til å oppfylle ved kontraktshjelper, påfallende like rettslitteraturens eksempler på avtaler som forutsetter skyldners personlige oppfyllelse i henhold til dekl. § 7-3 (2).<sup>154</sup> Mangelen på klare rammer fører tilsynelatende rettsanvender ut i en skjønnsmessig vurdering av om kontraktsforholdet er av så personlig karakter at avtalen ikke bør kunne oppfylles ved

---

<sup>152</sup> Hvorvidt klarere rammer er en forutsetning for å anvende kontraktsrettens regel som vurderingstema i konkurs, er diskutabelt. Koherenshensyn tilsier at det er bedre med én felles, uklar regel, enn to uklare. Fragmentering av formueretten vanskeliggjør forutberegnelighet.

<sup>153</sup> Hagstrøm 2011 s. 119. Tilsvarende angivelse i Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utgave, Oslo 1978 s. 50.

<sup>154</sup> Hagstrøm 2011 s. 119.

kontraktshjelper. I så måte kan det hevdes at man kanskje ikke kommer noe lenger ved å anvende kontraktsrettens regel som vurderingstema, enn man gjør ved en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering av særlige grunner.

Hagstrøm presiserer imidlertid at «[h]vorvidt det er adgang til å bruke [kontrakts]hjelpere, beror prinsipielt på en tolkning av kontrakten.»<sup>155</sup> I konkurs vil regelen være klargjørende ved at den gir bedre uttrykk for *hva* som er vurderingsgrunnlaget enn hva helhetsvurderingen av særlige grunner gjør, nemlig avtalen. Å forbeholde vurderingen etter dekl. § 7-3 (2) til en tolkning av avtalen mellom skyldner og medkontrahent, samsvarer bedre med ordlyden «avtalens art» enn hva helhetsvurderingen av særlige grunner gjør. Kontraktstolkning innebærer uunngåelig visse subjektive, skjønnsmessige avveininger fra rettsanvenders side. Spørsmålet om skyldner, basert på en tolkning av kontrakten, kunne oppfylt ved kontraktshjelper utenfor konkurs, gir likevel klarere rammer for vurderingen enn spørsmålet om særlige grunner tilsier at boet ikke bør få tre inn i avtalen. Vurderingen blir mer retts teknisk håndterbar. Samtidig vil de særlige grunner og retningslinjer som ble skissert som relevante for helhetsvurderingen under punkt 4.1, falle inn som naturlige tolkningsmomenter.<sup>156</sup>

Slik retten til å oppfylle ved kontraktshjelper beskrives av Hagstrøm vil det i enkelte tilfeller bare være adgang til å oppfylle *deler* av avtalen ved kontraktshjelper, ikke hele.<sup>157</sup> I konkurs overtar boet som utgangspunkt oppfylleelsesforpliktelsen i sin helhet. Dersom deler av kontrakten forutsetter debtors personlige oppfyllelse bør løsningen i konkurs være at kontrakten *i sin helhet* unntas boet, med mindre de personlige deler alt er oppfylt ved konkursåpningen.<sup>158</sup>

Nærmere angivelse av debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper fremgår av felleseuropeisk kontraktsrett. Tilsvarende den norske regelen om debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper, heter det i Principles of European Contract Law (PECL)<sup>159</sup> art. 7: 106:

«(1) Expect where the contract requires personal performance the obligee cannot refuse performance by a third person if:

(a) the third person acts with the assent of the obligor [...].» (Min understreking.)

<sup>155</sup> Hagstrøm 2011 s. 487 note 43.

<sup>156</sup> Se pkt. 5.2 om den nærmere vurderingen.

<sup>157</sup> Hagstrøm 2011 s. 119.

<sup>158</sup> Boet har som nevnt rett til delvis inntreden på nærmere vilkår, se dekl. § 7-4 (2).

<sup>159</sup> PECL anses å gi uttrykk for et felleseuropeisk grunnsyn på kontraktsrettslige spørsmål, og synes å ha autoritet i Europa, se Hagstrøm 2011 s. 31. Se også tilsvarende regel i UNIDROIT art 9.2.6 (1) og DCFR III.-2:107 (1).

Regelen er formulert fra kreditors perspektiv, men gir like fullt uttrykk for at debitor som utgangspunkt kan oppfylle ved kontraktshjelper. Om de nærmere grensene for når kreditor kan motsette seg oppfyllelse fra debtors kontraktshjelper, fordi «the contract requires personal performance», skriver Lando og Beale:

«There are, however, situations where the creditor is entitled to refuse performance by a third party. Such performance may be excluded by the terms of the contract. The terms which exclude third party performance may be expressed or they may be inferred from the language of the contract. There are also situations where it follows from the nature or purpose of the contractual obligation that it cannot be performed vicariously.»<sup>160</sup> (Min understreking.)

Uttalelsen støtter oppunder at retten til å oppfylle ved kontraktshjelper beror på en tolkning av avtalen. Uttalelsen viser imidlertid også at debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper kan begrenses gjennom partenes individuelle avtale, eksempelvis ved å uttrykkelig kontraktsfeste at debitor må oppfylle personlig. Som redegjort for under punkt 3.4 bør «avtalens art» forstås slik at det er *kontraktstypen* som må forutsette skyldners personlige oppfyllelse. Hva partene konkret har avtalt er uten betydning for vurderingen etter dekl. § 7-3 (2). Den kontraktsrettslige og den konkursrettslige vurderingen kan således ikke sammenfalle fullt ut. Avviket slår imidlertid ikke bena under begrunnelsen for å anvende kontraktsrettens regel som vurderingstema. Selv om spørsmålene bare i det *vesentlige* sammenfaller, må vurderingstemaet anses å gi en mer ensartet, konsekvent og rettsteknisk håndterbar regel enn den skjønsmessige helhetsvurderingen gir, og derav mer forutberegnelighet.

## 4.4 Oppsummering

Debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper utenfor konkurs, synes å være et bedre egnet vurderingstema enn helhetsvurderingen av særlige grunner. Å se til hvorvidt skyldner måtte oppfylt personlig utenfor konkurs er i tråd med konkursrettens prinsipp om at boet overtar skyldners rettsstilling, og skaper koherens på tvers av lovgivningen. Vurderingstemaet har sterkere forankring i rettskildene, og gir en mer ensartet og konsekvent regel, enn helhetsvurderingen. Foretar man en skjønsmessig helhetsvurdering av særlige grunner, uanfektet av kontraktsrettens regel, risikerer man løsninger hvor medkontrahenten stilles bedre eller dårligere i konkurs enn utenfor. Ved å trekke en parallell til regelen utenfor konkurs begrenses risikoen for avvik som følge av rettsanvenders subjektive oppfatninger.

---

<sup>160</sup> Ole Lando og Hugh Beale (red.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Haag 2000, s. 339.

Rettsteknisk er regelen mer håndterbar enn helhetsvurderingen ved at den presiserer at spørsmålet om en avtale forutsetter personlig oppfyllelse beror på en tolkning av avtaletypen, ikke bare på en vurdering av «særlige grunner». Med slike rammer kan boet i større grad avgjøre med sikkerhet hvilke avtaler det har rett til å tre inn i, som igjen gjør inntredelsesretten mer effektiv. Samtidig skaper vurderingstemaet forutberegnelighet for medkontrahenten, som kan forutse sin rettsstilling i konkurs ut ifra hvorvidt vedkommende måtte akseptert oppfyllelse fra skyldners kontraktshjelper før konkursen inntraff.

## 5 Den nærmere vurderingen

### 5.1 Betydningen av at partene har avtalt personlig oppfyllelse

Et tilbakevendende poeng har vært at den individuelle avtalens innhold bør være irrelevant ved vurderingen av «avtalens art». Spørsmålet er om det er uten betydning at partene eksplisitt har kontraktsfestet at skyldner skal oppfylle personlig, gjerne formulert som en klausul om at medkontrahenten kan heve avtalen om skyldner ikke oppfyller selv. Svaret synes å være todelt:

For spørsmålet om avtalens art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, jf. dekl. § 7-3 (2), må svaret bli ja. For å anvende unntaket i dekl. § 7-3 (2) må forutsetningen om personlig oppfyllelse følge av avtalen i seg selv.<sup>161</sup> I en regulær avtaletype – som i seg selv ikke kan anses å forutsette skyldners personlige oppfyllelse – vil boet prinsipielt ha inntredelsesrett, selv om partene har avtalt skyldner skal oppfylle personlig.

Det betyr ikke nødvendigvis at slike avtalebestemmelser er virkningsløse i konkurs. Dekningslovens utgangspunkt er at boet forpliktes på vilkårene i avtalen det trer inn i, jf. dekl. § 7-4 (1) første setning. Avtalebestemmelser som begrenser boets rettsstilling etter loven er imidlertid ikke bindende for boet, jf. dekl. 7-3 (2) siste setning. En klausul som gir medkontrahenten hevingsrett dersom skyldner ikke oppfyller personlig begrenser boets rettsstilling, og må som utgangspunkt sies å falle innunder ordlyden i dekl. § 7-3 (2) siste setning. Regelen er imidlertid ment å ramme avtaleklausuler «som utelukkende eller i hovedsak tar sikte på å regulere forholdet til partenes kreditorer».<sup>162</sup> Det boet behøver vern mot er ensidige bestemmelser myntet på konkurssituasjonen, med det formål å svekke kreditorenes beslagsrett.<sup>163</sup> Avtalebestemmelser som pålegger skyldner personlig oppfylleelsesplikt har neppe som hovedformål å regulere boets stilling i en eventuell konkurs. Tvert imot har slike klausuler normalt *realitet* mellom partene utenfor konkurs; om skyldner ikke hadde gått konkurs måtte vedkommende oppfylt personlig for ikke å misligholde. Slike klausuler avtales formodentlig fordi det for medkontrahenten er særlig viktig å få oppfyllelse fra skyldner personlig, på grunn av faglig og personlig egnethet, eller personlig relasjon. Har

---

<sup>161</sup> Se redegjørelsen under pkt. 3.4.

<sup>162</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>163</sup> NOU 1972: 20 s. 310–311.

klausulen realitet mellom partene utenfor konkurs, bør løsningen være at klausulen står seg også i konkurs, jf. dekl. § 7-4 (1).<sup>164</sup> Dette synes å være et spørsmål om kontraktsrett, heller enn konkursrett. Selv om løsningen kan betraktes som et skår i boets inntredelsesrett, synes det ikke å være dekning i rettskildene for se bort fra slike klausuler i konkurs. Løsningen er heller ikke udelt negativt for boets del. Står slike klausuler seg i konkurs, har kontraktspartene et incentiv til å eksplisitt kontraktsfeste at oppfyllelse må skje ved debitor personlig, hvis dette er særlig viktig. Partene kan på den måten rydde av veien uklarhet som kan gi grobunn for senere tvister om boets inntredelsesrett, og dermed forenkle boets kartlegging av hvilke avtaler det kan tre inn i. Inntredelsesreglene blir i så måte enklere å håndheve for boet.

Risikoen er at partene inntar en bestemmelse om personlig oppfylleelsesplikt rent proforma. Det bør derfor skilles mellom avtaleklausuler som fremstår som forsøk på begrense boets inntredelsesrett, og genuine bestemmelser om personlig oppfylleelsesplikt.<sup>165</sup> Hvorvidt en avtalebestemmelse hadde realitet mellom partene før konkurs er et tolknings- og bevissspørsmål domstolen bør være godt egnet til å vurdere. Situasjonen er neppe veldig praktisk; partenes interessemotsetning vil normalt stå i veien for at «uekte» klausuler om personlig oppfylleelsesplikt tas inn i avtalen.

For å samle trådene: Boet har *prinsipielt* inntredelsesrett selv om partene har avtalt at skyldner må oppfylle personlig, gitt at avtaletypen i seg selv ikke forutsetter personlig oppfyllelse. Hadde avtalebestemmelsen om personlig oppfylleelsesplikt *realitet* utenfor konkurs, må inntredende bo likevel akseptere å bli møtt med et rettmessig hevingskrav fra medkontrahenten, rett og slett fordi boet ikke kan oppfylle avtalen etter dens vilkår.

## 5.2 Relevante momenter

Spørsmålet om avtalens art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse bør, som redegjort for under punkt 3.4, avgjøres ved å anvende regelen om debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper utenfor konkurs, som vurderingstema. Spørsmålet som da gjenstår er hvilke momenter som er relevante ved vurderingen av om debitor har rett til å oppfylle ved kontraktshjelper. Her er rettskildebildet sparsomt. Problemstillingen synes ikke å være berørt i rettspraksis, og juridisk teori har i liten grad utpenslet konkrete vurderingsmomenter. Den videre fremstillingen må i så måte betraktes som et forsøk på å skissere momenter som *bør*

---

<sup>164</sup> I denne retning, se Krüger, *JV*, 1969 s. 59.

<sup>165</sup> I denne retning, se Krüger, *JV*, 1969 s. 70.



være relevante når problemstillingen oppstår i konkurs. Av fremstillingstekniske hensyn angis momentene enkeltvis. Reelt er det ikke tette skott mellom dem; momentene vil i stor grad flyte over i hverandre og gi uttrykk for flere sider av samme sak.

Retten til å oppfylle ved kontraktshjelper beror som påpekt på en tolkning av avtalen, og da forutsetningsvis *avtaletypen* i konkurs. Som all avtaletolkning må tolkningen gjøres *konkret*. I det ligger at rettsanvender må fastslå hva den aktuelle avtalen faktisk går ut på; man kommer liten vei ved å lene seg på generelle, teoriskapte overbygninger som kjøpsavtale, tjenesteavtale m.v. En forutsetning for at kreditor kan motsette seg oppfyllelse fra debtors kontraktshjelper, synes likevel å være at avtalen er en tjenesteavtale som gjelder en *realytelse* fra debitor side. Ved pekuniære ytelser er det mindre relevant hvem ytelsen kommer fra.<sup>166</sup>

Det bærende vurderingsmoment synes å være hvorvidt kreditor reelt får en annen ytelse enn *avtalt*, dersom avtalen oppfylles av andre enn debitor selv.<sup>167</sup> Vil avtalen skifte karakter om den oppfylles av en tredjeperson, tilsier dette at avtaletypen forutsetter debtors personlige oppfyllelse. Det nevnte eksempelet med kunstmaleroppdrag er illustrerende. Lar kunstmaleren en kontraktshjelper oppfylle kunstnerens maleoppdrag, vil kreditor reelt få en annen ytelse enn den han kontraherte; det er jo en annen kunstner. En annen måte å se dette på er at avtaletypen bør anses å forutsette personlig oppfyllelse dersom ytelsen er uløselig knyttet til vedkommende som presterer den.

Kontraktsrettens skille mellom avtaler med og uten forutsetning om personlig oppfyllelse virker, i likhet med konkursrettens, å bygge på en generell tanke om at enkelte avtaler har et såpass vesentlig fremtredende personlig element, at kreditor har en beskyttelsesverdig forventning om å få oppfyllelse fra debitor, og ingen andre. Momentene skissert under helhetsvurderingen bør derfor være relevante også her.<sup>168</sup>

Et sentralt moment er da *i hvilken grad avtaletypen har et personlig element*. Er det viktigere *hvem* som oppfyller enn *hva* som rent faktisk leveres, har kreditor en beskyttelsesverdig forventning om at oppfyllelse skjer ved debitor personlig. Eksempelvis er det i alminnelighet viktigere for forlaget at en bok skrives av den spesifikke forfatteren de har forlagsavtale med,

---

<sup>166</sup> Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 s. 178; Sandvik 1985 s. 88 og Tjaum 1996 s. 358 (forutsetningsvis). Tilsvarende i svensk rett, se Möller 1988 s. 821. Uttalelsene knytter seg til grensedragningen i konkurs, men begrunnelsen slår til også for det kontraktsrettslige spørsmålet.

<sup>167</sup> I denne retning, se Lando og Beale 2000 s. 339: «[I]f this [the performance] can be done satisfactorily by third persons, the creditor must accept such performance.» Se også Gomard 1969 s. 128.

<sup>168</sup> Se momentene under pkt. 4.1.

enn det at det leveres en bok ved avtalens frist. Et veiledende spørsmål kan med andre ord være hvorvidt avtalens verdi ligger i hvem som oppfyller.

I den forlengelsen vil *typen realytelse* være relevant. Typen realytelse påvirker viktigheten av at avtalen oppfylles av debitor personlig. I jo større grad ytelsen påvirkes av debtors faglige eller personlige kvalifikasjoner, desto sterkere tilsier det at personlig oppfyllelse er forutsatt. Lando og Beale skriver:

«Where in contracts for the performance of personal services it can be inferred that the debtor has been selected to perform because of his skill, competence or other personal qualifications, the creditor may refuse performance by a third person.»<sup>169</sup> (Min understreking.)

Også for samfunnets del påvirker arten av realytelsen viktigheten av at avtalen oppfylles av skyldner personlig. Om debitor skal utvikle vaksiner vil det kunne få katastrofale følger om produktene ikke leveres med tilstrekkelig kvalitet. Tilsvarende sikkerhetsrisiko foreligger til sammenligning ikke hvis debitor skal yte godstransport eller arrangementsplanlegging for bedriftsmarkedet. Medfører det en *betydelig sikkerhetsrisiko* om ikke avtalen oppfylles av debitor personlig, indikerer det at avtaletypen forutsetter personlig oppfyllelse.<sup>170</sup>

Ifølge Lando og Beale kan *formålet med kontraktsforpliktelsen* avskjære debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper.<sup>171</sup> I så måte er det relevant å forsøke å identifisere hva som er formålet med den typen avtale som er inngått. Kan man utlede et formål som kun eller hovedsakelig kan oppnås ved debtors personlige oppfyllelse, bør oppfyllelse ved kontraktshjelper være utelukket.

Et annet moment som fremheves av Lando og Beale er hvorvidt den aktuelle avtaletypen *vanligvis* oppfylles av kontraktshjelpere. De skriver:

«[I]f it is usual in the type of contract to allow delegation of the performance of some or all of the services, [...] the creditor must accept such performance.»<sup>172</sup> (Min understreking.)

Det er imidlertid diskutabelt hvor viktig fast kontraktspraksis bør være når spørsmålet oppstår i konkurs.<sup>173</sup> Når det er lagt til grunn at dekl. § 7-3 (2) ikke åpner for å vurdere den individuelle avtalens innhold, synes det inkonsekvent å vektlegge kontraktspraksis. På den

---

<sup>169</sup> Lando og Beale 2000 s. 339.

<sup>170</sup> I denne retning, se JDLOV-1987-1561 pkt. 2.

<sup>171</sup> Lando og Beale 2000 s. 339.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> Se Andenæs 2009 s. 211–212 sml. med Sandvik 1985 s. 90.

andre siden kan fast kontraktspraksis tenkes å gjenspeile de hensyn og behov som gjør seg gjeldende på kontraktsområdet, og sånn sett gi uttrykk for avtalens art. At oppfyllelse av en avtaletype vanligvis delegeres til kontraktshjelpere, bør derfor kunne tjene som *støttemoment*, men ikke alene begrunne at avtaletypen forutsetter personlig oppfyllelse.<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> I denne retning, se Knut Kaasen, *Petroleumskontrakter*, Oslo 2006 s. 675.

## 6 Avsluttende refleksjoner

Analysen viser at grensene for konkursboets inntredelsesrett i avtaler som forutsetter skylders personlige oppfyllelse, bør trekkes ved å anvende regelen om debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper utenfor konkurs, som vurderingstema. Det skal imidlertid være sagt at de konklusjoner som er gjort ikke nødvendigvis er de «riktige». Oppgaven er et forsøk på å, etter beste evne, trekke slutninger fra et relativt sparsomt rettskildemateriale.

Kanskje er det ikke motstrid mellom teoriens syn på helhetsvurderingen av særlige grunner, og anvendelsen av debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper som vurderingstema. Som påpekt redegjør ikke teoretikerne for det nærmere innholdet i helhetsvurderingen. Det kan dermed tenkes at teoretikerne reelt mener at debtors rett til å oppfylle ved kontraktshjelper utenfor konkurs, inngår under helhetsvurderingen. Når dette ikke gjøres synbart, blir imidlertid helhetsvurderingen retts teknisk vanskelig å håndtere. Dras det eksplisitt en parallell til kontraktsrettens regel, får vurderingen et mer substansielt innhold.

Det kan videre tenkes at forarbeidsuttalelsen om at den individuelle avtalens innhold er medbestemmende for «avtalens art», må tas på ordet. Konkursrettens grensdragning mellom avtaler med og uten forutsetning om skyldners personlige oppfyllelse vil i så fall harmonere bedre med kontraktsrettens. Løsningen vil imidlertid gå på bekostning av en skarpskåret inntredelsesrett, og den forutberegnelighet en restriktiv tolkning medbringer. Forarbeidsuttalelsen fravikes primært fordi en restriktiv tolkning synes å gi en mer fordelaktig regel, men også fordi det er vanskelig å danne seg et entydig bilde av hva lovutvalget egentlig har ment med unntaket for «avtalens art». Det generelle inntrykket forarbeidene gir, er at lovutvalget har tatt noen relativt vide og vage forbehold, uten å ha tilstrekkelig klart for seg hva som skal falle innunder. I så måte er løsningen kanskje ikke så kontroversiell som den kan fremstå ved første øyekast.

Hersker det tvil om en avtale etter sin art forutsetter skyldners personlige oppfyllelse, vil det normalt være kostnadsbesparende for boet å la være å tre inn i avtalen, fremfor å ta saken for retten. Ettersom utviklingen går i retning stadig flere ubemidlede bo,<sup>175</sup> kan det neppe forventes at oppgavens problemstilling behandles av Høyesterett i overskuelig fremtid. I påvente av nærmere avklaring kan oppgavens konklusjoner tjene som anbefalinger på hva som utgjør gode løsninger når problemstillingen dukker opp i praksis.

---

<sup>175</sup> Nazarian 2012 s. 55–57.

# 7 Kilderegister

## Lovgivning

### Norsk

Dekningsloven	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) 8. juni 1984 nr. 59.
Finansavtaleloven	Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) 25. juni 1999 nr. 46.
Forsikringsavtaleloven	Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) 16. juni 1989 nr. 69.
Kommisjonsloven	Lov om kommisjon (kommisjonsloven) 30. juni 1916 nr. 1.
Konkursloven	Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) 8. juni 1984 nr. 58.
Lov om Conkurs og Conkursboers Behandling	Lov om Conkurs og Conkursboers Behandling 6. juni 1863 (opphøvet).
Lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen	Lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v. 3. september 1999 nr. 72.
Lov om finansiell sikkerhetsstillelse	Lov om finansiell sikkerhetsstillelse 26. mars 2004 nr. 17.
Panteloven	Lov om pant (panteloven) 8. februar 1980 nr. 2.
Selskapsloven	Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) 21. juni 1985 nr. 83.

### Dansk

DKL	Konkursloven, lov nr. 298 av 8. juni 1977 (lovbekjentgjørelse nr. 11 av 6. januar 2014 med senere endringer).
-----	---

## Forarbeider

### Norske

NOU 1972: 20

Gjeldsforhandling og konkurs.

NOU 1993: 16

Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.

Ot.prp. nr. 50 (1980–1981)

Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m.

### Danske og svenske

Bet. 606.71

Betænkning II om konkurs og tvangsakkord nr. 606.1971.

SOU 1970: 75

Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m.m.

## Rettsavgjørelser

### Norske

Rt. 1910 s. 534

Rt. 1956 s. 428

Rt. 1962 s. 149

Rt. 1992 s. 1144

Rt. 1997 s. 645 (Vest Kran)

Rt. 1997 s. 1341 (Hønsehauk)

### Danske

JD 1957.197 (Kalundborg)

# Uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-1987-1561

Justisdepartementets lovavdelings uttalelse 1. januar 1987.

## Standardkontrakter

NS 8407

Norsk Standard 8407 : Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, 2011.

## EU/EØS-rettslige modellregler

PECL

Principles of European Contract Law, 1998–2002:  
<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (sist sjekket 10.12.16).

DCFR

Draft Common Frame of Reference, 2009:  
[http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf\\_r\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf) (sist sjekket 10.12.16).

UNIDROIT

Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2010:  
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>  
(sist sjekket 10.12.16).

## Litteratur

Aasebø, Madsen og Sandvik 2015

Aasebø, Kristoffer, Madsen, Leif Petter og Sandvik, Siv, *Dekningsloven : med kommentarer* (Oslo 2015).

Andenæs 1993

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 1. utgave (Oslo 1993).

Andenæs 1999

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 2. utgave (Oslo 1999).

Andenæs 2009

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2010).

Andenæs, *Rettskildelære* 2009

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave (Oslo 2009).

- Augdahl 1978 Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utgave (Oslo 1978).
- Boe 2012 Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt* (Oslo 2012).
- Brækhus 1970 Brækhus, Sjur, *Konkursrett : utvalgte emner* (Oslo 1970).
- Bull 1896 Bull, Edvard Hagerup, «Om gjensidig bebyrdende Retshandlers Stilling i Konkursbo», i *Norsk Retstidende 1896 s. 33*.
- Eckhoff 2001 Eckhoff, Torstein ved Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).
- Gomard 1969 Gomard, Bernhard, *Skifteret*, 2. utgave (København 1969).
- Gomard 2009 Gomard, Bernhard i samarbeid med Torsten Iversen, *Obligationsret 3. del*, 2. utgave (København 2009).
- Gundersen 2000 Gundersen, Dag (red.), *Norske synonymer blå ordbok*, 3. utgave (Oslo 2000).
- Hagstrøm 2011 Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011).
- Hagerup 1932 Hagerup, Francis ved P.I. Paulsen, *Konkurs og akkordforhandling*, 4. utgave (Oslo 1932).
- Hestflått og Røttingen, *JV*, 1994 Hestflått, Guri og Røttingen, Frode «Uoppfylte kontrakters stilling i konkurs», i *Jussens Venner*, 1994 s. 164–223.
- Hov og Høgberg 2016 Hov, Jo og Høgberg, Alf Petter, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016.
- Huser 1995 Huser, Kristian, *Gjeldsforfølgingsrett* (Bergen 1995).
- Kaasen 2006 Kaasen, Knut, *Petroleumskontrakter : med kommentarer til NF 05 og NTK 05* (Oslo 2006).
- Kenworthy, *TfF*, 1996 Kenworthy, Ian William, «Arne Tjaum: valuta- og renteswaper», i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 1996 nr. 4, volum 2 s. 91–94.
- Krüger, *JV*, 1969 Krüger, Kai, «Kontrakt og konkursbeslag», i *Jussens Venner*, 1969 nr. 3 s. 57–82.



- Lando og Beale 2000 Lando, Ole og Beale, Hugh (red.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law* (Haag 2000).
- Lilleholt 2012 Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett : Fleire rettar til same formuesgode* (Oslo 2012).
- Lindencrone Petersen og Ørgaard 2013 Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders, *Konkursloven med kommentarer*, 12. utgave (København 2013).
- Marthinussen 2016 Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene – Om formuerettslige argumentasjonsmønstre* (Oslo 2016).
- Moe 1999 Moe, Ernst, *Konkursrett* (Oslo 1999).
- Moe 2007 Moe, Ernst, *Praktisk konkurs* (Oslo 2007).
- Monsen 2012 Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (Oslo 2012).
- Möller 1988 Möller, Mikael, *Konkurs och Kontrakt : Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal* (Uppsala 1988).
- Nazarian 2012 Nazarian, Henriette med bidrag fra Anna Nylund, *Konkursrett* (Oslo 2012).
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004).
- Paulsen 2010 Paulsen, Jens, *Insolvensret – Konkurs* (København 2010).
- Sandvik 1985 Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett : Utdrag* (Bergen 1985).
- Skoghøy, *LoR*, 1996 Skoghøy, Jens Edvin A., «Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk», i *Lov og Rett*, 1996 s. 209–210.
- Tjaum 1996 Tjaum, Arne, *Valuta- og renteswaper : en rettslig studie* (Oslo 1996).
- Tørum, *JV*, 2002 Tørum, Amund Bjøranger, «Konsekvens i formueretten», i *Jussens Venner*, 2002 s. 314–339.
- Ørgaard 2014 Ørgaard, Anders, *Konkursret*, 11. utgave (København 2014).