

Konkursbuet sin rett til å tre inn i  
skuldnaren sine avtalar etter dekningslova  
§ 7-3

Kandidatnr: 186415  
Rettleiar: Professor dr. juris Rune Sæbø  
Leveringsfrist: 01.06.2012  
Til saman: 14966 ord

## **Innhald:**

<b>1. Innleiing .....</b>	<b>3</b>
<b>1.1. Tema og problemstilling .....</b>	<b>3</b>
<b>1.2. Avgrensing av temaet og særlege unntak frå § 7-3 .....</b>	<b>3</b>
<b>1.3. Bakgrunn, teori og kjelder .....</b>	<b>4</b>
<b>1.4. Kort om konkurs og konkursrett som rettsområde.....</b>	<b>4</b>
<b>1.5. Preseptoriske reglar .....</b>	<b>5</b>
<b>1.6. Framstillinga vidare.....</b>	<b>6</b>
<b>2. Om § 7-3 – dei positive vilkåra, formål og konsekvensar av inngang.....</b>	<b>6</b>
<b>2.1. Presentasjon av hovudregelen i dekningslova § 7-3.....</b>	<b>7</b>
<b>2.2. Nærmare om dei positive vilkåra for at buet kan tre inn.....</b>	<b>7</b>
<b>2.3. Konsekvensen av at buet trer inn .....</b>	<b>8</b>
<b>2.4. Kvifor trer buet inn?.....</b>	<b>11</b>
2.4.1 Omsyn og føremål .....	11
2.4.2 Bør formålet bak buet sitt val om å tre inn vere avgjerande? .	13
2.4.3 Om tidsperspektivet som moment i vurderinga .....	14
<b>3. Lovfesta unntak frå retten til å tre inn etter dekl. § 7-3 .....</b>	<b>15</b>
<b>3.1. Innleiing .....</b>	<b>15</b>
<b>3.2. Kort om § 7-1 og terskelen for unntak.....</b>	<b>16</b>
<b>3.3. Den særskilde regelen i § 7-3, og forholdet mellom §§ 7-1 og 7-3 .....</b>	<b>17</b>
<b>3.4. Særskilde avtaletypar – omsynet til medkontrahenten .....</b>	<b>20</b>
<b>3.5. Om porteføljer, netting og enterprise .....</b>	<b>25</b>
<b>4. Nokre rettspolitiske tankar – § 7-3 de lege ferenda.....</b>	<b>26</b>
<b>4.1. Innleiing .....</b>	<b>26</b>
<b>4.2. Kontraktrett vs konkursinstituttet.....</b>	<b>27</b>
<b>4.3. Om avtalefridomen og unntaka i § 7-3.....</b>	<b>29</b>
<b>5. Om buet sin rett, avtalar og motrekning i konkurs.....</b>	<b>31</b>
<b>5.1. Innleiing .....</b>	<b>31</b>
<b>5.2. Problemstillingane – konsekvensen når buet trer inn vs avtala vilkår buet må respektere om det ynskjer å tre inn .....</b>	<b>31</b>
<b>5.3. Motrekning med dividendekrav når buet trer inn i avtalen..</b>	<b>32</b>
<b>5.4. Avtala motrekning i konkurs – avgrensar det buet sin rett?.</b>	<b>33</b>
<b>6. Litteraturliste:.....</b>	<b>36</b>

## 1. Innleiing

### 1.1. Tema og problemstilling

Når ein skuldnar går konkurs, vil han ofte vere part i ein eller fleire avtalar som er heilt eller delvis uoppfylte på tidspunktet for konkursopninga. Fleire av avtalane vil bli avslutta ved konkursopninga på grunn av lite eller ingen verdi, men konkursbuet er og gitt ein eksklusiv rett i dekningslova § 7-3 til å velje å tre inn i avtalar for å sikre ei hensiktsmessig og rasjonell avvikling.<sup>1</sup>

Temaet for oppgåva er i hovudsak ein de lege lata gjennomgang av vilkår og unntak i dekningslova § 7-3. I utvidinga av dette blir også andre spørsmål som kan belyse regelen i § 7-3 handsama. Dette gjeld særleg spørsmålet om kvifor buet trer inn, konsekvensen av inngang og ei drøfting av utvalde avtaletypar med fokus på om dei bør vere avstengt for buet å tre inn i. Forholdet mellom kontrakt- og konkursrett drøftast både som eit ledd i handsaminga av § 7-3, men også rettspolitisk med fokus på om avtalefridomen kan utvidast i konkurs. Endeleg vil også motrekning i konkurs takast opp i den grad det gjeld spørsmål om forholdet til dekl. § 7-3 jf. § 7-4.

### 1.2. Avgrensing av temaet og særlege unntak frå § 7-3

Reglane om når buet kan tre inn i ein skuldnar sine gjensidig tyngjande avtalar er regulert i dekningslova kapittel 7, og skal ifylgje dekl. § 1-6 andre ledd gjelda for gjeldsforhandling, konkurs og offentleg skifte av insolvent dødsbu. Reglane for høvesvis gjeldsforhandling og konkurs er relativt like, men der gjeldsforhandling tek sikte på framleis drift, er perspektivet i konkurs at verksemda skal avsluttast. Denne oppgåva skal berre handsame konkurstilfella, og avgrensar dermed mot gjeldsforhandling og dødsbu.

Ein avtale kan på tidspunktet for konkursopninga vere heilt eller delvis oppfylt frå begge partane, eller den kan vere heilt eller delvis oppfylt frå berre ein av partane.

Dersom ein av partane har oppfylt sin del av kontrakten, vil problema oftast kome mindre på spissen. Dersom skuldnaren har ytt sin del, har buet klart nok krav på motytinga frå medkontrahenten. Dersom det er medkontrahenten som har oppfylt, vil han ha eit dividendekrav på skuldnaren; eller dersom han har oppnådd rettsvern opptre som separatist. Her har buet ingen motivasjon for å tre inn i kontrakten, då masseforpliktinga som oppstår ved inngangen vil vere økonomisk ugunstig for fellesskapet av usikra kreditorar.

Det kan likevel tenkjast at seljaren har levert til skuldnaren med sals-pant, eller at kjøparen har betalt ein del av kjøpesummen på forskot, og buet vurderer det som betre å tre inn i kontrakten for å få restbeløpet framfor å realisere verdien i gjenstanden gjennom sal på marknaden.

---

<sup>1</sup> NOU 1972:20 s. 311. Drøftinga i punkt 2.4.1 vil vise at dette truleg er ein noko snever definisjon av dei formål og omsyn buet kan ha ved å tre inn.

Sjølv om hovudfokuset vil vere på avtalane som er heilt eller delvis uoppfylte frå begge partane, vil drøftinga i punkt 2.4 vise ulike motiv buet kan ha for å tre inn.

Visse unntak frå § 7-3 er særleg regulerte av lovgjevar. Dette gjeld verdipapirhandellova § 14-2 og lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 som begge har lovfesta unntak frå § 7-3 for avtala netting.<sup>2</sup> Vidare er også §§ 7-10 og 7-11 om leigekontrakt for forretningslokale og arbeidsavtalar særleg regulerte ved at buet her trer automatisk inn ved opninga av konkursen. Desse særlege reguleringane vil bli vist til i den grad dei kastar lys over den generelle regelen i § 7-3.

### 1.3. Bakgrunn, teori og kjelder

Eit utval nedsett for å gjennomgå akkordlovgjevinga fekk ved kongeleg resolusjon den 13. november 1953 utvida mandat til også å omfatte gjennomgåing og revisjon av konkurslovgjevinga.<sup>3</sup> Formann av dette utvalet var Professor dr.juris Sjur Brækhus. Av ulike grunnar tok arbeidet svært lang tid, konkurslovsutvalet si innstilling kom fyrst i 1972. Sjølve lova er datert 1984-08-06, altså over 30 år etter utvalet fekk mandat om revidere lovverket.

Forslag til konkurslovgjeving kom for fyrste gong allereie i 1959, men nordiske samarbeid og andre faktorar utsette arbeidet. Brækhus publiserte likevel mykje av arbeidet bak lova i boka "Konkursrett – utvalgte emner" frå 1970, og dette er framleis ei av dei viktigaste kjeldene for forståinga av lova. Han var også sentral i arbeidet med dei solide førearbeida i NOU 1972:20.

Om konkursrett generelt har særleg Andenæs ei brei framstilling, Sandvik handsamar store delar av dekningslova, medan Sæbø er sentral på det som fell innanfor motrekning i sin monografi om emnet. Tjaum handsamar delane i dekningslova relevant for avtalar i konkurs, og er dermed ei sentral kjelde i oppgåva.

Ein mangel for forståing og tolking av reglane er at Høgsterett aldri har handsama eit spørsmål om deknl. § 7-3. Som Andenæs uttrykkjer det; "[D]omspraksis om boets inntredelsesrett etter dekningslovens ikrafttredelse er påfallende sparsom. Kanskje er det ikke så mye konfliktstoff her. Mangelen på domspraksis innebærer at vi ikke vet så mye mer om reglenes innhold nå enn da de ble vedtatt."<sup>4</sup>

### 1.4. Kort om konkurs og konkursrett som rettsområde

Den materielle konkursrett er del av den alminnelege formueretten, og er eit tingrettsleg emne.

Det følgjer av konkursloven § 60 at dersom ein skuldnar er insolvent skal buet takast under konkurshandsaming. Insolvensdefinisjonen i kkl. § 61 har i teori og praksis vorte tolka som at skuldnaren både må vere illikvid (skuldnaren er ute av stand til å

---

<sup>2</sup> Netting vert nærmare handsama i punkt 3.5.

<sup>3</sup> NOU 1972:20 s. 1

<sup>4</sup> Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 3.utg. Oslo 2009 s. 210

dekkje sine forpliktingar til forfall, og det verkar ikkje berre vere forbigåande problem) og insufficient (skuldnaren sine forpliktingar overstig verdien av egedelane hans), som er grunna på at noko anna hadde ført til at ”fordringshaverne her kan få full dekning gjennom enkeltforfølging. En konkurs ville i tilfelle resultere i at boet gir 100% dividende. Lovgiverens vurdering er at konkurs bør forbeholdes de tilfelle hvor det ikke er nok til alle.”<sup>5</sup>

Føremålet med ein konkurs er at det ”tjener til å gi skyldnerens fordringshavere i sin alminnelighet (kreditorfelleskapet) dekning ved at skyldnerens formue omgjøres i penger og fordeles forholdsmessig mellom fordringshaverne. Konkurs innebærer således en *fellesforfølging* og et *generalbeslag* i skyldnerens formue.”<sup>6</sup>

Motsetninga til slik fellesforfølging er at dei ulike fordringshavarane einskildvis søker å få dekning for sine krav hjå skuldnaren. I slike tilfelle skal prioritetsprinsippet kome til bruk, altså fyrst i tid er best i rett. Dette kan føre til både tilfeldige og uheldige resultat. I dette ligg også den uavbevislege presumpsjonen i dei objektive omstøytingsreglane om at skuldnaren er insolvent seinare enn 3 månadar før frisdagen. Dette inneber at dei kreditorane som er fyrst ute får dekning for sitt krav, medan dei meir tolmodige og ettergjevande kreditorane som ventar nærmast innpå konkursen, møter ein insolvent skuldnar som ikkje kan gje dekning.

Omsyna bak konkursinstituttet viser at det er samfunnsmessige behov og omsynet til likskap mellom kreditorane som er hovudgrunninga for reglane om konkurs. Som det står i førearbeida til endringslova i konkurs- og pantelovgjevinga; ”[K]onkurs er samfunnets viktigste instrument for en ordnet og rettfærdig gjennomføring av bedriftsnedleggelse som er en følge av omstillingsbehovet i næringslivet til enhver tid.”<sup>7</sup>

I 2011 vart det opna 4355 konkursar, ein svak nedgang frå året før.<sup>8</sup> Det eksisterer ikkje statistikk på kor mange av bua som blir innstilte på landsbasis, men eksempel frå både Sunnmøre og Hedmark viser at opp mot 80% av bua blir innstilte etter konkursloven § 135 på grunn av manglande verdi.<sup>9</sup>

I dei resterande 20% av bua som har tilstrekkeleg verdi til å dekkje utgiftene buhandsaminga fører med seg, er utfordringa for buet å realisere alt skuldnaren eig av verdi til pengar for ei samhøveleg fordeling på kreditormassen.

### 1.5. Preseptoriske reglar

Det følgjer av dekl. § 7-1 at ” [R]eglene i dette kapittel kommer bare til anvendelse når ikke annet følger av andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart.”

---

<sup>5</sup> Andenæs s. 66

<sup>6</sup> Andenæs s. 10

<sup>7</sup> Ot prp nr 26 1998-99 s. 57

<sup>8</sup> <http://www.ssb.no/emner/11/02/konkurs/>

<sup>9</sup> <http://www.konkursradet.no/Artikler/Arkiv/Gir-bobehandlingen-resultater-102/>

Ifølgje førearbeida er formuleringa ”følger av ... vedkommende rettsforholds egenart” eit uttrykk for ”at reglene i dette kapittel i prinsippet er preseptoriske: det er ikke nok at en avvikende løsning følger av vedkommende kontrakt, den må følge av kontrakttypens egenart. At reglene er preseptoriske betyr her bare at partenes eventuelle boer ikke er bundet av kontraktklausuler som gir boene en dårligere stilling enn de etter reglene skal ha.”<sup>10</sup>

Dei ufråvikelege reglane i favør av buet gjer at kontraktfridomen i utgangspunktet er avgrensa, ved at buet i alle høve kan halde seg til rettane dei er gitt i lova. Lovgjevar har likevel lovfesta unntak der buet er stengd ute frå å tre inn i avtalane. Dette drøftast under punkt 3.

Utgangspunktet for den vidare handsaminga er i alle høve at dei preseptoriske reglane gjer at buet ikkje er bunde av avtalar mellom partane som gjev buet dårlegare rett enn dei lovfesta reglane i dekningslova kapittel 7.

## **1.6. Framstillinga vidare**

Hovudfokuset i del 2 er ein de lege lata presentasjon av dekl. § 7-3. I underpunkta drøftast dei positive vilkåra for inngang i punkt 2.2, konsekvensen av inngang i punkt 2.3, samt formål og tidsperspektiv i punkt 2.4.

Del 3 er ei de lege lata drøfting av terskelen og innhaldet i unntaka frå inngang i § 7-3, der også § 7-1 og forholdet mellom §§ 7-1- og 7-3 handsamast kort i punkt 3.2-3.3. I punkt 3.4 drøftast særskilde avtaletypar opp mot unntaket i § 7-3, med utgangspunkt i spørsmålet om når omsyna til medkontrahenten bør vege tyngre enn omsynet til buet. I punkt 3.5 belysast det lovfesta unntaket for netting, samt nokre tankar rundt dette.

Del 4 er ei rettspolitisk drøfting både av forholdet mellom kontrakt – og konkursrett, men og meir konkret om ei utviding av avtalefridomen i konkurs opp mot § 7-3 de lege ferenda.

I punkt 5 drøftast motrekning i konkurs, og då særskilt kva partane kan avtale av oppgjersmåtar i konkurs som buet må respektere, altså forholdet mellom § 7-3, jf § 7-4.

## **2. Om § 7-3 – dei positive vilkåra, formål og konsekvensar av inngang**

I det følgjande skal reglane for buet sin rett til å tre inn i skuldnaren sine avtalar presenterast de lege lata. Situasjonen her er at konkurs er opna hjå ein skuldnar, og buet må ta stilling til dei gjensidig tyngjande avtalane skuldnaren er part i, som endå ikkje er oppfylt.

---

<sup>10</sup> NOU 1972:20 s. 310

## 2.1. Presentasjon av hovudregelen i dekningslova § 7-3

Hovudregelen for når buet kan tre inn følger av deknl. § 7-3 fyrste ledd fyrste punktum; ”[K]ommer skyldnerens bo under konkursbehandling, har konkursboet rett til å tre inn i de gjensidig tyngende avtaler skyldneren har sluttet.”

I førearbeida<sup>11</sup> er regelen grunnlagt med at buet bør ha rett til å tre inn i skuldnerens sine avtaler på ubestemt tid for å sikre ei økonomisk rasjonell og hensiktsmessig avvikling.<sup>12</sup> Det er vidare klart at regelen skulle bøte på ei aukande rettsuvisse og verke klargjerande for partane i konkurssituasjonen.<sup>13</sup>

Isolert sett inneheld ordlyden ingen avgrensingar, det kan i utgangspunktet vere kva avtaletype som helst. I førearbeida understrekar det likevel klart at unntaka frå denne hovudregelen er ”så mange og vesentlege, at regelens preg av ’hovedregel’ kanskje blir mer formell enn reell.”<sup>14</sup>

Som nemnd tidlegare føreligg det ingen Høgsterettspraksis om deknl. § 7-3, noko som gjer at både bruksområdet for unntaka og ikkje minst terskelen for desse er usikker. Nærmare drøfting om dette kjem i punkt 3.

Buet sin rett til å tre inn medfører at ”boet kan kreve avtalen gjennomført mot den annen parts vilje med boet som berettiget og bomassen som ansvarlig for oppfyllelsen av skyldnerens forpliktelse”.<sup>15</sup> Dette inneber for medkontrahenten at hans fordring på skuldneren blir dekket som ei massefordring, jf deknl. § 7-4 fyrste ledd andre punktum. Slik sett verkar buet sin rett til å tre inn som ”en slags tvungen gjeldsovertakelse.”<sup>16</sup>

Eit anna viktig moment i § 7-3 er at det er ”nøye sammenheng mellom boets inntredelsesrett og den annen parts hevingsrett, slik det fremgår av innledningsordene i deknl. § 7-7. Gir man boet inntredelsesrett, fratrar man samtidig den andre parten hevingsretten.”<sup>17</sup> Det er altså tale om motstående størrelser.

Retten buet har til å tre inn i avtaler er einseitig og eksklusiv, og dei har ein vid valrett i høve til kva avtaler dei vil tre inn i og ikkje. Dette er kjend som ”Cherry Picking”, buet kan velje å berre tre inn i det som for buet er gunstige avtaler.

## 2.2. Nærmare om dei positive vikåra for at buet kan tre inn

Det er for det fyrste klart at det må føreliggje ein avtale for buet å tre inn i.<sup>18</sup> I dette ligg i hovudsak to moment. For det fyrste kan avtaleforholdet mellom skuldneren og

---

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

<sup>12</sup> Som tidlegare nemnd er dette likevel ikkje einaste grunnlaget buet kan ha for å tre inn. Dette handsamast under punkt 2.4.1.

<sup>13</sup> NOU 1972:20 s. 309

<sup>14</sup> NOU 1972:20 s. 313

<sup>15</sup> Andenæs s. 212

<sup>16</sup> Andenæs s. 212

<sup>17</sup> Andenæs s. 209

<sup>18</sup> Andenæs s. 213

den andre parten vere ordna slik at ”det inngås ny avtale for hver enkelt transaksjon, slik at den annen part kan avbryte vidare forbindelse ved ikke å inngå nye avtaler med boet.”<sup>19</sup>

Dette må buet respektere, så lenge det ikkje er tale om laupande avtalar som den andre parten ikkje naturleg kan avslutte. Eksempel kan vere dersom den andre parten har ei fast leveranse av varer til skuldnaren sin butikk. Dommen frå RG 1990 s. 1033 illustrerer dette, sjølv om tvisten gjeld ei erstatningssak mellom partane og ikkje reglane i dekningslova. Eit langvarig (25 år) fraktforhold som utvikla seg til leveransar nærmast dagleg, vart plutsleg avbrote med 8 dagar oppseiingstid. Sjølv om partane ikkje hadde skriftleg avtale om ordninga, fekk den andre parten medhald i at forholdet ikkje lenger kunne vurderast som enkeltstående oppdrag, men eit avtaleforhold som hadde grodd fram etterkvart basert på konkluderande åtferd, og dermed måtte nyte vern av 3 månadar oppseiingstid.

Vidare kan ikkje buet gjenopplive avslutta avtalar. I tilfelle for kreditorskadelege disposisjonar er buet gitt reglar om omstøyting i deknl. kap. 5. Men dersom skuldnaren i tida før opninga av buet har vesentleg mislegheldt avtalen, kan den andre parten – dersom hevingserklæringa kjem fram før opninga av buet – heve avtalen etter alminnelege avtalerettslege reglar. Slik også førearbeida som uttalar at ”-boåpninga bør normalt ikke kunne oppheve virkningen av en i og for seg fullt rettmessig hevningserklæring.”<sup>20</sup>

Vidare kan den andre parten krevje at buet ”uten ugrunnet opphold” tek stilling til om det skal gå inn i avtalen, jf deknl. § 7-3 fyrste ledd tredje punktum. Interpellasjonsretten er gitt for å sikre at den andre parten kan få rask avklaring, men Andenæs hevdar at inntil ”den annen part retten en forespørsel til boet, kan boet forholde seg passivt uten å tape retten til å tre inn.”<sup>21</sup>

På den andre sida må det i utgangspunktet krevjast at buet gjev ei utrykkeleg erklæring dersom det ynskjer å tre inn, med unntak for at på grunnlag av ”alminnelige avtalerettslige prinsipper må imidlertid konkludent adferd fra boets side i visse tilfelle kunne få samme virkning som en uttrykkelig erklæring.”<sup>22</sup> Eksempel på at buet trer inn ved konkluderande åtferd finnast i Rt. 1986 s. 1239.

### **2.3. Konsekvensen av at buet trer inn**

Dersom buet vel å tre inn i avtalen, blir det ”berettiget og forpliktet på avtalens vilkår. Den annen partens fordring blir dekket som massefordring”, jf deknl. § 7-4 fyrste ledd.

I at buet blir ”berettiget” ligg at buet trer inn i skuldnaren sin rett, og slik står ”i samme stilling som skyldneren når det gjelder adgangen til å kreve oppfyllelse.”<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Andenæs s. 213.

<sup>20</sup> NOU 1972:20 s. 320

<sup>21</sup> Andenæs s. 214

<sup>22</sup> NOU 1972:20 s. 313

<sup>23</sup> Andenæs s. 219



Motsatt blir buet ”forpliktet” til å oppfylle avtalen som skuldnaren skulle ha gjort, her også førearbeida som beskriv situasjonen som at buet blir ”berettiget og forpliktet etter avtalen som om den hadde vært inngått av boet selv.”<sup>24</sup>

I ordlyden ”avtalens vilkår” i § 7-4 fyrste ledd fyrste punktum ligg og at dersom buet mislegheld avtalen, får den andre parten rett til å gjere misleghaldsverknadane gjeldane på same måte som mot skuldnaren, etter alminnelege avtalerettslege reglar. Han kan og gå til gjeldsførfølgjing mot bu-massen, og eventuelt slå denne konkurs, ein massekonkurs.<sup>25</sup>

Frå hovudregelen i § 7-4 fyrste ledd om at buet må tre fullt inn og slik bli masseforplikta, er det gjort eit unntak i disfavør til den andre parten i §7-4 andre ledd fyrste punktum, som gir buet rett til å tre inn i berre den uoppfylte delen av avtalen. Det sentrale for medkontrahenten her er at delvis inngang i avtalen medfører at massekrav avgrensast til tida etter opninga av buet.

Ein føresetnad for at buet kan tre inn i berre den uoppfylte delen er at den aktuelle ytinga ikkje ”etter avtalen er udelelig eller på grunn av sammenhengen mellom de enkelte deler må betraktes som en enhet”, jf § 7-4 andre ledd andre punktum.

Som Andenæs påpeikar;”[E]n udelelig ytelse kan ikke være ’delvis oppfylt.’”<sup>26</sup> I førearbeida er dette eksemplifisert ved enterprisekontraktar der byggjet er halvferdig ved konkursopninga. Dette er grunna på at ”oppgjørtekniske problemer ved en slik løsning ville formodentlig bli mindre enn ved delvis inntreden for entreprenørboets side. Men en rett for boet til å kreve å tre inn i en del av kontrakten vil likefullt forekomme mindre rimelig.”<sup>27</sup>

Eksempel i førearbeida på ytingar som derimot kan delast er ”flere enkelt-ydelser som innbyrdes er uavhengige, f.eks. hvor det gjelder en kjøpekontrakt for et visst kvantum av en vare som kjøperen innen et nærmere angitt tidsrom skal ta ut i partier etter som det passer ham. Går kjøperen konkurs etter at endel av det samlede kvantum er levert, kan boet tre inn forsåvidt gjelder det resterende, og henwise selgeren til å kreve dividende av tidligere leverte, men ikke betalte partier.”<sup>28</sup>

Dette eksempelet kan overførast til regelen i § 7-4 tredje ledd, om at dersom ytinga gjeld ein ”løpende ytelse” kan buet alltid tre inn berre for tida etter konkursopninga. Førearbeida uttalar at tredje ledd skal sjåast som ”en spesialanvendelse av prinsippet i annet ledd”,<sup>29</sup> med den konsekvens at ”[M]edkontrahentens ydelse er i disse tilfelle alltid fullt delelig, og boet vil etter regelen i paragrafens annet ledd alltid kunne kreve å tre inn delvis, nemlig forsåvidt gjelder de ydelser som skjer etter boåpningen.”<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> NOU 1972:20 s. 314

<sup>25</sup> Andenæs s. 220

<sup>26</sup> Andenæs s. 221

<sup>27</sup> NOU 1972:20 s. 314

<sup>28</sup> NOU 1972:20 s. 314-315

<sup>29</sup> NOU 1972:20 s. 315

<sup>30</sup> NOU 1972:20 s. 315

Andenæs meiner ein klausul som gjev den andre parten rett til å avbryte leveransen dersom han ikkje får dekning for det tidlegare leverte ikkje bind buet; "[D]ette står ikke uttrykkelig i § 7-4, men følger av det alminnelige prinsipp om at boets rett ikke kan begrenses i partenes avtale."<sup>31</sup>

Prinsippet Andenæs viser til her må vere den alminnelege fortolkinga av at ordlyden i § 7-3 andre ledd siste punktum er uttrykk for eit meir generelt prinsipp om at buet sin rett ikkje kan avgrensast i avtalen mellom partane, sjå punkt 1.5.

Konsekvensen av at buet nyttar sin valrett til å tre inn er at den andre parten blir eksponert for ein oppgjersrisiko med ein motpart han ikkje har vald sjølv. For situasjonen der oppgjertidspunktet har kome for den andre parten, har lovgjevar gitt eit særleg vern ved at parten kan krevje ovanfor buet at ein "tilsvarende del av avtalen oppfylles eller dersom henstand er gitt, at det stilles sikkerhet for slik oppfyllelse", jf § 7-5 fyrste ledd.

Regelen er eit utslag av prinsippet om "yting mot yting". Konsekvensen dersom buet ikkje oppfyll eller still sikring er at den andre parten kan heve avtalen i medhald av § 7-7.

Endeleg er buet gitt ein særskild rett til å seie opp avtalen med "sedvanemessig varsel, eller dersom slik sedvane ikke foreligger, med tre måneders varsel", jf dekl. § 7-6 fyrste ledd andre punktum. Regelen er isolert sett ei utviding av buet sin rett, då oppseiinga opnar for at buet både kan tre inn og avslutte avtalen på kortare tid enn vilkåra tilseier.

Det er heller ingen føringar i ordlyden på kva type avtalar det er tale om, men etter både juridisk teori og førearbeida er det klart at regelen må sjåast i samanheng med dekl. § 7-4 andre og tredje ledd.

I førearbeida er regelen grunna på at det ofte vil vere "hensiktsmessig å fortsette driften av forretningen i noen tid, f. eks. for å fullføre påbegynt produksjon eller selge ut foreliggende varebeholdninger",<sup>32</sup> og at buet derfor bør kunne tre inn på det som i realiteten blir avgrensa tid.

Som Tjaum skriv, gir regelen "altså ikke boet en ekstraordinær avbestillingsrett", det er heller tale om "avtaler som etter sin art kan sies opp."<sup>33</sup> Typiske eksempel nemnde i førearbeida er "kontrakter om leie av butikk- eller fabrikklokaler og avtaler med funksjonærer og arbeidere, men dessuten avtaler om levering av vann, elektrisitet o. l., lisensavtaler, avtaler om levering av råstoffer, salgsavtaler vedrørende bedriftens produkter m. m."<sup>34</sup>

Truleg må forholdet mellom § 7-4 andre og tredje ledd, og oppseiingsretten regulert i § 7-6 sjåast nærmast symbiotisk. Det er vanskeleg å tenkje seg gode eksempel på avtalar som heimlar delvis inngang i § 7-4, som ikkje kan seiast opp etter § 7-6.

---

<sup>31</sup> Andenæs s. 222

<sup>32</sup> NOU 1972:20 s. 317

<sup>33</sup> Tjaum, Arne. *Valuta- og renteswaper*. Universitetsforlaget. Oslo 1996 s. 372

<sup>34</sup> NOU 1972:20 s. 317

Sjølv om det er ei avgrensa type avtalar, er likevel hevingsregelen i § 7-6 isolert sett ei ulempe for den andre parten, då buet kan nyttegjere seg av avtalen på kortare tid enn avtalevilkåra tilseier.

Samla sett verkar likevel den andre parten å vere relativt godt beskytta dersom buet trer inn. I dette ligg at parten kan krevje kjapp avklaring frå buet på om det vil tre inn, sikring eller oppfylling frå buet dersom tida for hans eiga oppfylling har kome, masserkrav framfor dividende, og hevingsrett dersom buet ikkje innfrir sin del av avtalen.

Drøftinga under punkt 3.4 vil likevel belyse ulike avtaletypar der buet sin inngang medfører negative konsekvensar for den andre parten, som det etter gjeldande rett er usikkert om lovreglane gjev tilstrekkeleg vern mot.

Utgangspunktet er likevel etter dette at dersom skuldnaren i konkursen er part i ein gjeldande avtale og den andre parten ikkje har heva før opninga av buet, har buet ein såkalla Cherry Picking rett til å velje avtalar å tre inn i, med eit atterhald for kva økonomiske forpliktingar buet i realiteten faktisk kan handsame.

## 2.4. Kvifor trer buet inn?

### 2.4.1 Omsyn og føremål

I førearbeida er føremålet med å gje buet ein eksklusiv rett til å tre inn i skuldnaren sine avtalar grunna i at det ofte kan vere naudsynt for at ”avviklingen av debitors bedrift skal kunne skje noenlunde rasjonelt”, med eksempel for ”leie av forretningslokaler, hans arbeidsavtaler med bedriftens funksjonærer og arbeidere, hans salgsavtaler for bedriftens produkter osv.”<sup>35</sup>

At det førearbeida nemner berre er eksempel på kva avtaletypar det kan vere tale om, følgjer i utgangspunktet allereie av ordlyden i § 7-3 fyrste ledd om at konkursbuet har ”rett til å tre inn i de gjensidig tyngende avtaler” skuldnaren har slutta. Ordlyden er open og utelet i prinsippet ingen type avtale, noko som også er føreset i førearbeida.<sup>36</sup>

Utdraget har to hovudpunkt. For det fyrste er reglane gitt med tanke på *avvikling* av skuldnaren si bedrift, i motsetnad til reglane om gjeldsforhandling, der utgangspunktet er at drifta skal *fortsette*. For det andre skal buet sikre at avviklinga skjer på ein *rasjonell* måte. Spørsmålet blir kva som i realiteten ligg i dette.

Uttrykket er ikkje nærmare definert i førearbeida, og språkleg er rasjonelt mellom anna i Store Norske Leksikon forklart som fornuftig, praktisk og hensiktsmessig.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> NOU 1972:20 s. 311.

<sup>36</sup> NOU 1972:20 s. 309: ”Utvalget foreslår i nærværende kapittel en rekke alminnelige regler om avviklingen av gjensidig bebyrdende kontrakter, altså regler som i prinsippet gjelder alle kontraktstyper.”

<sup>37</sup> <http://snl.no/rasjonell>

Som tidlegare nemnt er fleire av kontraktane som er direkte naudsynte for ei fornuftig avvikling allereie særleg regulerte, så i mange tilfelle vil valet om buet skal tre inn, og i så tilfelle i kva avtale, vere motivert av om buet kan tene pengar til kreditorfelleskapet slik at den totale potten til fordeling vert større. Det er her ei vinkling mot beslag, i utgangspunktet til dekningslova kapittel 2 og særleg til deknsl. § 2-2 som er hovudregelen om kva buet kan ta beslag i.

Det følgjer av § 2-2 at "[N]år ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger."

Ordlyden "ethvert formuesgode" er bevisst svært vid,<sup>38</sup> og skal etter sikker rett omfatte fast eigedom, lausøyre, alle type ting og rettar her også immaterialrettar, pengar, verdipapir, andelar og anna. Noko upresist kan ein seie at det i praksis normalt vil "omfatte de fleste objekter som fordringshaverne kan ha interesse i å få dekning i."<sup>39</sup>

Sett i lys av dette, vil ei lukrativ kontrakt skuldnaren er involvert i klart vere eit "formuesgode" etter § 2-2, og dermed noko buet vil ha interesse av å utnytte. Her også Brækhus, som skriv at "[D]ebitors gode kontrakter kan representere en viktig del av hans aktiva; hvis alle kontrakter automatisk falt bort som følge av konkursen, ville det å slå debitor konkurs bli enda mer betenkelig fra kreditorsynspunktet enn det allerede er."<sup>40</sup>

Kva som er rasjonelt må også sjåast opp mot formålet for bu-handsaminga slik det følgjer av konkursloven (kkl.) § 85 første ledd: "[B]ostyrer skal vareta fordringshavernes felles interesse overfor den enkelte fordringshaver og overfor tredjeperson. Så langt det er forenlig med disse interessene, skal bostyreren i samarbeid med offentlige myndigheter medvirke til at hensynet til berørte arbeidstakere og særlige samfunnsinteresser varetas under bobehandlingen. Det påhviler bostyreren å foreta det nødvendige for at boet kan bli oppgjort."

Her også kkl. § 85 tredje punkt, som uttalar at bustyrar om mogleg skal søke ei "forøkning av boets eiendeler", noko som i førearbeida er vidare presisert med "[O]m mulig må bomassen søkes forøket, jfr. f.eks. leieinntekter, renter, salg av tegningsrettigheter for boets aksjer m.v."<sup>41</sup>

Ordlyden i samanheng med førearbeida talar for at bustyrar har relativt fritt spelerom innanfor formålet om å ivareta kreditormassen sine interesser og sikre at buet kan bli oppgjort. I dette ligg og at vurderinga av om buet skal tre inn i ein avtale eller ikkje,

---

<sup>38</sup> NOU 1970:22 s. 255: "Utvalget har foretrukket å bruke ordet 'formuesgode' fremfor 'formuesgjenstand', idet 'gode' er mer abstrakt."

<sup>39</sup> Andenæs s. 89

<sup>40</sup> Brækhus, Sjur. *Konkursrett – utvalgte emner*. Universitetsforlaget. 1970 s. 163. I det vidare vist til som Brækhus II. Store delar av stoffet fyrst publisert i *Avvikling av gjensidig bebyrdende kontrakter hvor den ene kontrahent åpner akkordforhandling eller går konkurs*. Jussens Venner serie B.3 nr. 4. 1969 s. 111-142.

<sup>41</sup> NOU 1972: 20 s. 155

sjeldan kan isolerast eller avgrensast til å berre vere avvikling eller inntening. Bustyrar må foreta ei totalvurdering av situasjonen i verksemda på tidspunktet for avgjerda, og så vurdere kva handling som vil vere mest fornuftig sett opp mot at buet har ein avgrensa tidshorisont for avvikling, samtidig som kreditormassen ynskjer så monaleg oppgjer som mogleg.

I dette kan ligge at både det å tre inn i nokre avtalar med utgangspunkt i å avvikle dei snarast, og å tre inn i andre for å søkje trekkje ut verdien av avtalen for kreditorane, er likestilte vegar for å oppnå formålet om rasjonell avvikling.

I tillegg kjem momentet om at buet kan tre inn med blanda formål. Det er ikkje fastlagt at buet må tre inn anten for å avvikle eller for å tene pengar. I nokre tilfelle kan derimot buet tre inn både for å tene pengar isolert sett, men ikkje minst og med sikte på å halde drifta i sving med tanke på å selje alt som eit "going concern."

Som Möller skriv kan "[B]etydelsen av att verksamheten kan hållas samman för att om möjligt säljast 'as a going concern' knappast överdrivas. För att möjliggöra detta är det inte bara viktigt att upprätthålla anställningsavtalen, utan även att bevara övriga för verksamheten ingångna avtal."<sup>42</sup>

Dette kan særleg illustrerast ved tilverknadskjøp. Dersom ein verkstad har fått kontrakt på å byggje tre skip, men går konkurs på eit tidspunkt der eitt er levert, eitt er halvferdig, og det tredje ikkje starta på, kan buet velje å tre inn i både oppdragsavtalen og dei tilsette sine arbeidsavtalar.

Dette kan grunnast på at ferdigstilling av skip nummer to vil føre til ei utbetaling i tråd med kontrakten og slik vere økonomisk gunstig, men og at ein ved å halde verksemda i sving med både arbeid, tilsette og framtidige prosjekt aukar sjansane for å kunne selje heile verkstaden som eit "going concern", ved at det faktisk ligg ein kontraktfesta potensiell verdi i verksemda, og alle dei tilsette med relevant kompetanse framleis arbeidar der.

Samla sett kan difor rasjonell avvikling definerast som den beste handlinga buet kan ta i høve til kvar avtale på tidspunktet for vurdering, basert på formålet om å gje kreditormassen så monaleg oppgjer som mogleg, samtidig som buet må ha eit perspektiv på avvikling. Dette kan innebere å ikkje tre inn i avtalar, å tre inn i avtalar med sikte på rein avvikling, inngang i avtalen for å nyttegjere seg av verdiane, inngang i alle avtalar med sikte på å selje heile verksemda som "going concern", eller ei blanding av desse.

#### **2.4.2 Bør formålet bak buet sitt val om å tre inn vere avgjerande?**

Tjaum har stilt spørsmål ved om "unntak fra inntredelsesretten lettere skal måtte aksepteres i tilfeller der kontrakten ikke har betydning for muligheten til å foreta en

---

<sup>42</sup> Möller, Mikael. *Konkurs och kontrakt – Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*. Uppsala. 1988 s. 24.

rasjonell avvikling, men bare for omfanget av de midler som skal fordeles mellom kreditorane.”<sup>43</sup>

I realiteten er dette eit spørsmål om formålet med inngangen bør vere avgjerande, altså bør det i dei avtalane der buet trer inn med hovudføre mål om å tene pengar til kreditorane vere meir høve til å nekte buet å tre inn, framfor dei avtalane som vert nytta hovudsakeleg til å avvikle buet rasjonelt?

For medkontrahenten ville ei slik løysning gje sterkare vern, og samtidig avgrense valretten for buet.

Tjaum drøftar ikkje spørsmålet i særleg grad, og konkluderer med at ”unntak fra inntredelsesretten først og fremst må begrunnes i hensynet til den solvente parten, og ikke i at inntredelsesrett for boet ikke har betydning for muligheten til å foreta en rasjonell avvikling. Med en slik løsning bringes reglerne om kontraktens stilling i konkurs i harmoni med beslagsretten i dekl. kap. 2.”<sup>44</sup> Dette er i tråd med den førre drøftinga om kva formål buet skal arbeide mot, og at det ikkje er noko motsetnadsforhold mellom å tre inn for å tene pengar, og å tre inn for å avvikle.

Det bør også lede til den konklusjon at då rasjonell avvikling dekkjer alle formål buet kan ha ved å tre inn i ein avtale, har det lite for seg å stille opp ulik terskel. Dette kan for det fyrste grunnast på at ein ulik terskel vil botne ut i ei vurdering av ulike formål, og når formåla er likestilte blir det ein sirkelargumentasjon utan substans.

I tillegg vil det også skape rettsteknisk vanskelege reglar. I konkursreglane som elles i lovverket, er fokus på rettsteknisk enkle og praktikable reglar eit hovudformål ved utforming og innhald. Her kjem og at det kan vere vanskeleg både å definere nøyaktig kva formål buet har med å tre inn i avtalen, og ikkje minst at buet kan tre inn med blanda formål.

### **2.4.3 Om tidsperspektivet som moment i vurderinga**

Forutan omsyn til formål og unntak må buet også inkludere tidsperspektivet som moment i vurderinga av om det bør tre inn i ein avtale.

I førearbeida uttalast det at etter ”gjeldende rett volder boets rett til å tre inn i debitors kontrakter særlege problemer ved kontrakter som forutsetter meget store fremtidige utbetalinger fra boets side, og ved langsiktige kontrakter ... Med de regler om boets plikt til å stille sikkerhet og boets oppsigelsesadgang som er oppstillet i §§ 7-5 og 7-6, skulle det etter utkastet være mulig å gi boet et rasjonelt begrenset rett til å tre inn også i kontrakter av disse typer.”<sup>45</sup>

Motsett er her førearbeida til endringslova når også gjeldsforhandling kom inn i dekl., der det i diskusjonen om heving av langsiktige kontraktar uttalast at i

---

<sup>43</sup> Tjaum s. 363

<sup>44</sup> Tjaum s. 364

<sup>45</sup> NOU 1972:20 s. 313

konkurstilfella "[Etter en totalvurdering] kan derfor medkontrahenten gis en hevningsrett som følge av 'avtalens art.'"46

Andenæs meiner buet ikkje prinsipielt er avskore, men at spørsmålet ikkje er særleg praktisk då "[B]oet vil normalt ikke ønske å tre inn i avtaler som forutsetter store fremtidige utbetalinger eller en omfattende tilvinningsprosess."47

Sandvik er relativt kategorisk og uttalar at "[A]vvilingsformålet med konkursboets forretningsdrift må innebære at medkontrahenten må kunne heve en kontrakt som løper over så lang tid at det går utover normal avviklingstid for et konkursbo."48

I tilfelle med langvarige kontraktar har ein reglane i høvesvis dekl. §§ 7-4 og § 7-6 som for visse avtalar gjev buet ein oppseiingsrett, og dermed sikrar at buet kan tre inn i også langvarige avtalar sjølv om dei har ein avviklingshorisont. Meir om dette under punkt 2.3.

Ei meir utførleg drøfting av kva konsekvensar mellom anna avviklingsformålet kan ha for buet sin rett til å tre inn visast det til drøftinga under punkt 3.4.

### **3. Lovfesta unntak frå retten til å tre inn etter dekl. § 7-3**

#### **3.1. Innleiing**

Hittil har oppgåva handsama hovudregelen om buet sin rett til å tre inn i avtalar, dei positive vilkåra for inngang og konsekvensen av at buet trer inn.

Situasjonen under dette punktet er at lovgjevar av omsyn til den andre parten har lovfesta unntak frå hovudregelen som skal regulere avtalar buet ikkje skal ha rett til å tre inn. Det er altså her tale om gjensidig tyngande avtalar som er heilt eller delvis uoppfylte, som buet likevel er avgrensa frå å kunne tre inn i.

---

<sup>46</sup> NOU 1993:16 s. 115. Det presiserast at dette er førearbeida til ei endringslov som innførte ein ny lovregel om gjeldsforhandling. Her også Nygaard (Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2.utg. Bergen 2004, s. 205) som uttalar at "[E]tterfylgjande utsegner gitt av eit departement, utanom sjølv lovgjevingprosessen, om kva ein lovregel går ut på, vil i realiteten kunne likestillast med vanleg rettsdogmatisk lovtolkning... Kva vekt skal eit slikt standpunkt ha? Svaret må bli: Iallfall ikkje meir enn om same utgreiing med same kvalitet vart gjort av ein juridisk forfattar elles." Det må likevel seiast at førearbeida til ei endringslov har meir vekt enn om lovutvalet kjem med ei utsegn for å avklare tvil, men det at førearbeida gjeld innføring av gjeldsforhandling og ikkje konkurs, gjer at utsegn om konkursreglane må ha mindre vekt enn førearbeida frå 1972.

<sup>47</sup> Andenæs s. 215

<sup>48</sup> Sandvik, Per. *Lærebok i materiell konkursrett. Utdrag*. Universitetsforlaget. 1985 s. 89

Forutan unntaket i § 7-3 er det og eit generelt unntak for alle reglane i kapittel 7 i § 7-1, og i det vidare vil både forholdet mellom dei to reglane og innhaldet i unntaka drøftast.

Bruksområdet for deknl. kap. 7 er konkurs i kontraktforhold. Det er altså eit skjeringspunkt mellom dei vilkår og føresetnadar partane har forhandla fram som avgjerande for avtalen på eine sida, og konkursreglane om likedeling og beslag på andre sida. I dette ligg at nokre avtaletypar og situasjonar kan ha ein så spesiell karakter og innhald at buet av den grunn ikkje bør kunne tre inn i avtalen. Dette er i stor grad tale om unntak som er gitt i omsyn til den andre parten. Som Brækhus skriv kan medkontrahenten ha ”mer spesielle innvendinger mot å godta boet som ny kontraktspartner, og endel av desse innvendingene er relevante.”<sup>49</sup>

### 3.2. Kort om § 7-1 og terskelen for unntak

Regelen i § 7-1 er generell og angir bruksområdet for alle reglane i kapittel 7 av dekningslova. Som tidlegare nemnd er utgangspunktet i § 7-1 at reglane i heile kapittelet er preseptoriske, med atterhald for lovfesta unntak og det som følgjer av ”vedkommende rettsforholds egenart.”

I førearbeida er unntaket forklart med at reglane i deknl. kap. 7 ”er en generalisering av de regler som gjelder (eller antas å gjelde) for endel praktisk viktige kontrakttyper, især kjøpekontrakten, leiekontrakten, entreprisekontrakten, fraktavtalen og arbeidsavtalen.”<sup>50</sup>

Generaliserande reglar vart vurdert som den mest praktiske løysninga, og ”faren for for vidt dreven generalisering kan formodentlig et langt stykke avverges ved forbehold for de særregler som måtte følge av ’vedkommende rettsforholds egenart’, jf. § 7-1.”<sup>51</sup>

Om ordlyden ”vedkommende rettsforholds egenart” uttalar førearbeida at bruksområdet er basert på at det kan tenkjast at ”de oppstilte regler eller enkelte av dem ikke lar seg anvende når det gjelder sterkt avvikende kontrakttyper, eller at de for slike typers vedkommende fører til klart uheldige resultater.”<sup>52</sup> Domstolane er då gitt ”fullmakt til å fravike normalmønsteret og til å utforme regler som passer for vedkommende kontrakttype.”<sup>53</sup>

Terskelen for unntak verkar difor å vere høg, men generell med lite konkret rettleiing for kva type kontraktar som er omfatta. Det som i alle høve er klart er at kvar sak må vurderast konkret opp mot kritera ”sterkt avvikende” og ”klart uheldige resultater”, noko som tilseier ei streng tolking. Mangelen på rettspraksis gjer seg gjeldande også

---

<sup>49</sup> Brækhus II s. 163

<sup>50</sup> NOU 1972:20 s. 310

<sup>51</sup> NOU 1972:20 s. 309

<sup>52</sup> NOU 1972:20 s. 310

<sup>53</sup> NOU 1972:20 s. 310



her, Høgsterett har aldri handsama ei sak om ”vedkommende rettsforholds egenart” etter deknl. § 7-1.

Det kan verke som eit motsetnadsforhold i førearbeida når det på den eine sida skal vere mange og vesentlege unntak, medan det på andre sida verkar å vere ein høg terskel for at unntaka skal kome til bruk. Truleg er det nok brukt litt kraftige formuleringar for å beskrive terskelen for unntaka i førearbeida. Gode grunnar talar for at terskelen ikkje bør vere særskilt høg.

Som Tjaum skriv er den ”vesentligste grunnen til dette [er] problemet med å operere med regler som i utgangspunktet skal gjelde for alle typer kontrakter. Det blir derfor behov for unntak som i prinsippet er ganske vide.”<sup>54</sup>

Her også Brækhus som skriv at eit svært viktig utgangspunkt for handsaming av reglane er at det å operere med ein hovudregel med mange unntak kan føre til at ein i tvilstilfelle har ”lett for å la den nominelle hovedregel slå gjennom, man opererer m.a.o med en presumpsjon for en løsning i samsvar med hovedregelen. I vårt tilfelle er det iallfall ikke plass for en slik presumpsjon.”<sup>55</sup>

Samla sett verkar det difor klart at om ein ser terskelen i lys av bruksområdet og statusen til hovudregelen som ” kanskje [blir] mer formell enn reell”,<sup>56</sup> kan den ikkje vere særleg høg.

### **3.3. Den særskilde regelen i § 7-3, og forholdet mellom §§ 7-1 og 7-3**

Det er vidare klart at unntaket i § 7-1 må sjåast i samanheng med unntaket i § 7-3 andre ledd fyrste punktum, som uttalar at buet sin rett til å tre inn ikkje grip inn ”i den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art.”

Regelen regulerer meir spesifikt eit unntak frå retten til å tre inn i kontraktar etter § 7-3, og ikkje eit generelt unntak for kapittel 7 som er tilfelle med ”vedkommende rettsforholds egenart” i § 7-1. Det verkar likevel å vere noko uklart forhold mellom dei to unntaka, og særleg kan det stillast spørsmål ved om det særskilde unntaket for ”avtalens art” tilfører noko av substans til tolkinga utover det som kan ligge under ”vedkommende rettsforholds egenart.”

Bruksområdet for § 7-3 andre ledd fyrste punktum blir i førearbeida presentert gjennom to ulike typar forhold som skal kunne føre til unntak. Dette er for det fyrste at ”avtalens art” kan forklarast som ”en spesialutforming av prinsippet i § 7-1”, då det for ”visse kontraktstyper ligger [det] i kontraktens art at insolvensen er en relevant bristende forutsetning.”<sup>57</sup> For det andre blir det vist til at det kan ”tenkes at kontrakten

---

<sup>54</sup> Tjaum s. 356

<sup>55</sup> Brækhus II s. 164

<sup>56</sup> NOU 1972:20 s. 313

<sup>57</sup> NOU 1972:20 s. 313

forutsetter en personlig oppfyllelse fra debtors side, slik at medkontrahenten kan motsette seg oppfyllelse fra andre, også debtors bo.”<sup>58</sup>

Avklarande er og at ”[D]et som bestemmer kontraktens ’art’ er i denne sammenheng ikke bare de deklarasjoniske eller preseptoriske rettsregler som gjelder for kontrakten, men også kontraktens individuelle regler, f. eks. reglene om partenes adgang til å overdra sine rettigheter etter kontrakten.”<sup>59</sup>

Dette leidar Andenæs til konklusjonen at ”forbeholdet i deknl. § 7-3 annet ledd første punktum [slik sett har] vidare anvendelse enn forbeholdet for rettsforholdets egenart. På den annen side kan forbeholdet for rettsforholdets egenart ha betydning for alle bestemmelsene i deknl. kap. 7.”<sup>60</sup>

Basert på både ordlyden i lova og førearbeida synes dette å vere ein litt missledande konklusjon. Eit ”rettsforhold”, som brukt i § 7-1 fyrste ledd, er for alle praktiske og faktiske formål eit synonym med ”avtalen[s]” som brukt i § 7-3 andre ledd fyrste punktum. Definisjonen av ”rettsforhold” må vere at det beskriv alle element av avtalen, og vil dermed forutan sjølve ytinga også omfatte dei nærmare vilkåra for gjennomføring, typen kontrakt og forholdet mellom partane. Slik sett er ”rettsforholdets egenart” eit meir omfattande omgrep enn ”avtalens art.”

Truleg er det meir treffande å seie at atterhaldet i § 7-1 om ”rettsforholdets egenart” isolert sett har vidare bruksområde då det gjeld for heile kapittel 7, noko som også fell betre på plass med utsegna i førearbeida om at ”avtalens art” i § 7-3 er ei spesialutforming av det overordna prinsippet i § 7-1. Situasjonen er då at unntaket i § 7-3 andre ledd understrekar prinsippet om at buet sin rett kan innskrenkast av typen avtale, men at innhaldet i høvesvis ”rettsforholdets egenart” og ”avtalens art” samsvarar.

Til støtte for dette kan det visast til den tilsvarende regelen i dansk rett, som på grunnlag av det nordiske lovsamarbeidet skal vere relativt samsvarande med dei norske reglane. Det følgjer av konkursloven (kl.) § 53 at ”[B]estemmelsene i dette kapitel anvendes kun, hvis ikke andet følger af andre lovbestemmelser eller af vedkommende retsforholds beskaffenhed.”

Paulsen kommenterar at ”[R]etsforholdets beskaffenhed er udtryk for en ret elastisk afgrænsning,” samt at ”[I] begrepet ligger, at der kan være tale om *særlige hensyn til skyldneren* (forfatternen si kursivering), der gør, at konkursboet ikke har retten til at indtræde i kontrakten.”<sup>61</sup>

Dei danske førearbeida viser til at det med ordlyden ”[H]erved sigtes bl. a. 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. Er hæftelsen for skyld i et hovedpunkt i kontraktsforholdet, må medkontrahenterne også straks kunne hæve kontrakten, således en aftale om ydelse av lån til skyldneren eller

---

<sup>58</sup> NOU 1972:20 s. 313

<sup>59</sup> NOU 1972:20 s. 313

<sup>60</sup> Andenæs s. 210

<sup>61</sup> Paulsen, Jens. *Insolvensret-Konkurs*. 1. Udgave. København 2010, s. 440

en kontrakt om et interessentskab, hvori skyldneren er ansvarlig deltager. Også andre aftaler kan være af den karakter, at medkontrahentens stilling ville blive således forringet, hvis han fik et konkursbo som kontraktspartner, at dette ikke kan fordres.”<sup>62</sup>

Her også dei norske førearbeida som uttalar at grunnen til at den danske kl. § 55 (som tilsvavar deknl. § 7-3) ikkje har eit særskilt unntak for avtalens art må vere ”formodentlig fordi disse regler kan utledes av dansk utkasts § 51 (no lovfesta som § 53, min kommentar) som svarer til § 7-1.”<sup>63</sup>

Det verkar etter dette klart at dei tre ordlydane ”rettsforholdets egenart”, ”avtalens art” og ”rettsforhold[s] beskaffenhet” langt på vei er synonym med likt innhald. Når det seinare i oppgåva blir vist til dei lovfesta unntaka, er det på bakgrunn av drøftinga over føresett at innhaldet i §§ 7-1 og 7-3 samsvarar og har lik terskel. Slik sett kan ein også hevde at dansk rett har vald ei meir effektiv og praktisk enklare løysing ved å samle unntaka i ein regel også i lova.

Sjølv om ein også i dansk rett manglar høgare rettspraksis for å avklare innhaldet og grensene for reglane, uttalar Paulsen at ”[P]raksis synes dog ikke at havet givet de helt store problemer med afgrænsingen.”<sup>64</sup> Det er altså ikkje rettspraksis han viser til her, men handsaminga av reglane i dagleg bruk. Som ei forklaring på mangelen på rettspraksis uttalar han at ”der ofte skal træffes beslutning inden for en kort tidshorisont, og i de relativt få tilfælde, hvor konkursboet har en interesse at indtræde i igangværende kontrakter, herunder byggesager, vil der ofte blive indgået en særskilt aftale vedførende enterprisens færdiggjørelse, herunder ofte med efterfølgende sikkerhedsstillelse.”<sup>65</sup>

Særskilde avtalar om praktiske løysningar for gjennomføring i dei tilfella buet trer inn kan med andre ord vere ein del av forklaringa på kvifor det ikkje eksisterer Høgsterettspraksis frå nokon av landa.

Når det gjeld dei to eksempla for bruksområdet til ”avtalens art” i deknl. § 7-3 tredje ledd andre punktum vist til i førearbeida, skriv Tjaum at i dei tilfella der ”grunlaget for unntak fra inntredelsesretten er insolvens som en relevant bristende forutsetning, påberopes insolvensen direkte.”<sup>66</sup>

Brækhus nemner som eksempel kredittavtalar av forskjellig art, som kassakreditt i bank, garantiavtalar for entreprenørar og skuldnaren sine avtalar om stifting eller drift av selskap.<sup>67</sup>

Desse er no særskilt regulerte i finansavtalelova §§ 52 fyrste ledd bokstav b) for kredittavtalar, 69 andre ledd andre punktum og 71 femte ledd for kausjonsavtalar, samt selskapslova § 2-36 fyrste ledd bokstav a) for selskapsavtalar.<sup>68</sup>

---

<sup>62</sup> Betænkning nr. 606/1971 s. 121

<sup>63</sup> NOU 1972:20 s. 313-314

<sup>64</sup> Paulsen s. 440.

<sup>65</sup> Paulsen s. 441

<sup>66</sup> Tjaum s. 357.

<sup>67</sup> Brækhus II s. 166

<sup>68</sup> Andenæs s. 215

Det sentrale her er at insolvensen i seg sjølv er ein bristande føresetnad for gjennomføring av avtalen. Det er altså tale om at arten av avtale er avgjerande framfor forholdet mellom eller eigenskapar hjå partane. Eksempelvis har bankar ein generell rett til å erklære seg ubundne av kredittlovnad når skuldnaren går konkurs.

For det andre typetilfellet nemnt i førearbeida, uttalar Tjaum at i dei tilfella ”der unntak oppstilles fordi kontrakten forutsetter personlig oppfyllelse fra konkursdebitor, er det derimot i første rekke virkningen av insolvens som påberopes.”<sup>69</sup>

Det sentrale her er at det i desse tilfella er personlege eigenskapar hjå parten eller forholdet mellom dei to avtalepartane som er det avgjerande, ikkje at avtalen i seg sjølv er av ein slik art at insolvensen representerer ein bristande føresetnad.

Brækhus nemnar her oppdragskontraktar som advokatar, kunstnarar, revisorar og arkitektar som type kontraktar buet ikkje kan tre inn i fordi den personlege oppfyllinga er ein for sentral del av avtalen.<sup>70</sup>

Det kan likevel tenkjast at dersom eit arkitektkontor går konkurs, kan buet velje å tre inn i arbeidskontraktane til dei tilsette etter deknl. § 7-11. Dersom dei tilsette arkitektane då er innstilte på å fullføre arbeidet, kan det tenkjast at buet også kan tre inn i oppdragsavtalen og fullføre den på tross av at ”avtalens art” i utgangspunktet stengjer for det. Eit moment kan her vere innsatsen og motivasjonen til dei tilsette i ein slik situasjon, men dersom ei slik løysning skulle vere mogleg å gjennomføre i praksis, måtte det vere på grunnlag av ei generell vurdering og ikkje ei særleg konkret vurdering av alle tilsette i kvar bedrift.

Unntaket for personlege eigenskapar hjå skuldnaren har og ei side til partsoppfyllinga i avtaleretten. Ein avtalepart står fritt til å velje kontrahent basert på både profesjonelle og personlege eigenskapar, og i den grad dette er avgjerande for valet, er det ein del av avtalen på same linje som andre vilkår for oppfylling.

Tjaum avsluttar med at ein på bakgrunn av denne delinga i førearbeida kan kome til ”den slutning at uttrykket ’påberope insolvensen’ i deknl. § 7-3 andre ledd første punktum er ment å omfatte både tilfeller der insolvensen påberopes direkte og tilfeller der den påberopes mer indirekte.”<sup>71</sup>

I dette ligg at den utløysande årsaka til at konkurs blir opna og avtalen heva, er at skuldnaren blir insolvent. Som vist over kan ein i teorien vise til eit skilje for kva konsekvensar insolvensen konkret gir som fører til heving, men i praksis vil det vere mindre grunn til å framheve dette. Om ein viser til insolvensen som bristande føresetnad, gjer ein det uavhengig av om det var direkte eller indirekte.

### 3.4. Særskilde avtaletypar – omsynet til medkontrahenten

---

<sup>69</sup> Tjaum s. 357

<sup>70</sup> Brækhus II s. 165

<sup>71</sup> Tjaum s. 358

Drøftinga over har vist at unntak frå buet sin rett til å tre inn er gitt av omsyn til medkontrahenten. Der kreditormassen sitt mål vil vere å få så samnhøveleg stor dekning som mogleg på sine fordringar, kan det for medkontrahenten vere ei ulempe at avtalen blir vidareført med buet som motpart.

Av meir generelle moment kan den andre parten av prinsipp vere lite komfortabel med debitorskifte. Dette kan vere både personlege og forretningsmessige grunnar til, men ikkje tungtvegande nok til å falle under unntaka i §§ 7-1 og 7-3 om ”rettsforholdets egenart” og ”avtalens art” høvesvis. Dette har og ei side til dei alminnelege reglane i obligasjonsretten om debitorskifte. Der ”kreditorskifte kan finne sted uten debitors samtykke, til og med mot debitors protest, krever debitorskifte medvirkning fra kreditors side. Denne ulikheten er naturlig. Man kan selge sine fordringer, men ikke sin gjeld.”<sup>72</sup>

Det kan også vere tilfelle at medkontrahenten ikkje har tillit til at han vil få dekning i den grad buet tek ansvar for når dei trer inn. Dette kan vere både frykt for massekonkurs og ei legitim uro for at buet ikkje har midlar til å handtere forpliktingane dei har teke på seg og uro for kva konsekvensane kan bli for han i kjølvatnet av dette. Lovgjevar har søkt å avhjelpe denne risikoen ved reglane i § 7-5, med tilhøyrande konsekvensar i § 7-7.

Dette betyr likevel ikkje at den solvente parten alltid vil vere lite tent med at buet trer inn.

I svært mange tilfelle vil den andre parten både kvalitativt og kvantitativt få same yting frå buet som han hadde fått frå skuldnaren om han var solvent og kunne yte sin del i samsvar med avtalen. Dette gjeld fyrst og fremst pengar, og som Sandvik skriv måtte jo debitor ”godta intervensjonsbetaling som rett oppfyllelse av sitt betalingskrav, og da kan han vanskelig gjøre saklig begrunnet innvending mot at det er boet som betaler.”<sup>73</sup>

Truleg kan dette utvidast til å gjelde genussytingar generelt. Så lenge produsenten av ytinga er lik og ytinga er i tråd med avtalen, kan ikkje kven som leverar det vere avgjerande.

Der problemet kan oppstå er når det er tale om levering av meir spesielle ytingar, og truleg særleg ytingar med behov for oppfølging i etterkant. Sandvik viser til at sjølv om ”boet er i stand til å yte fullverdig primær oppfyllelse av en kontrakt, er det et særlig problem at boet jo deretter slutes, og at medkontrahenten deretter står uten noen han kan rette sine krav mot hvis det viser seg mangler ved ytelsen. Den som har sluttet avtale om kjøp av isolerglass med 10 års utbedringsgaranti, får ikke fullverdig ytelse selv om glasset leveres av boet i rett tid og uten synbare mangler. Vilåret om utbedringsgaranti er lite verdt når boet er avviklet.”<sup>74</sup>

Dette kan og gjelde for ytingar som treng/har inkludert service i etterkant. Nokre av desse kan nok utbetrast ved at buet kan inngå avtale med andre liknande bedrifter om

---

<sup>72</sup> Bergsåker, Trygve. *Pengekravsrett*. 2 utg. Oslo 2011, s. 114

<sup>73</sup> Sandvik s. 88

<sup>74</sup> Sandvik s. 89

å overta serviceansvaret, men i andre tilfelle kan ein risikere at servicen vert avvikla saman med bedrifta.

I desse tilfella skaper den avgrensa tidshorisonen for avviklinga av buet ein situasjon der reklamasjon og garanti ikkje lenger er ein del av ytinga. Dette skaper igjen fleire problemstillingar.

For det fyrste blir spørsmålet om det at reklamasjonsretten forsvinn er ein negativ *nok* konsekvens av at buet trer inn til at buet bør vere avstengt frå å tre inn i slike avtalar.

Det kan tenkjast at A går inn i ein vanleg butikk med upåklageleg rykte og vandel og kjøper seg noko som har garanti i etterkant. Så går butikken konkurs kort tid etter, og garantien er dermed ingenting verd skulle det bli behov for det på eit seinare tidspunkt. I denne situasjonen vil kjøparen stort sett akseptere at då det var han sjølv som valde å gå inn på akkurat den butikken for å kjøpe tingen, og det på det tidspunktet var umogleg for han å vite at konkurs ville bli opna, var det tilfeldigeiter ein berre må akseptere kan slå feil i nokre tilfelle som førte til reklamasjonsretten tapte verdi.

Dersom situasjonen derimot er at buet ynskjer å tre inn i ei kontrakt for å levere ei yting, men denne ytinga også har eit etterfølgjande garanti/reklamasjonspotensiale, kan situasjonen vere ulik. Her er medkontrahenten, som i utgangspunktet får primæroppfyllinga tilfredsstillande dekkja, i den situasjon at han veit med 100% sikkerheit at skulle han ha behov for å nyttegjere seg av garantien eitt år seinare, vil buet vere avvikla og mottakar for eit slikt krav dermed ikkje eksistere. Sjølv om situasjonane er *kvantitativt* ulike, vil kontraktsparten her vere gitt eit lovbasert vern for kontraktposisjonen som kan bli svekka i den grad konkursbuet kan krevje å få tre inn i skuldnaren si kontrakt.

I dette ligg at medkontrahenten i tilfellet med buet blir påtvinga ein kontraktspart som han veit har kort utløpsdato, og at ytinga dermed ikkje vil bli levert 100% i høve til kva han har betalt for. Å vite at ytinga ikkje vil oppfylle 100%, og å kjøpe ei vare for så å oppleve ein uventa konkurs i etterkant, vil for medkontrahenten opplevast ulikt.

Dette fører så over til det andre spørsmålet. For dersom det er slik at buet ikkje bør kunne tre inn i ytingar som har anten garanti, service eller reklamasjonspotensiale, vil dette kunne leggje svært store avgrensingar på buet si moglegheit til å velje avtalar å tre inn i.

På den eine sida har lovgjevar bevisst grepe inn for å gje kjøpar av varer og tenester eit sterkt vern ved å lovfeste reklamasjonsrett i mellom anna kjøpsloven § 22. Dette talar for at reklamasjon bør vege tungt i ei vurdering av kva rettar som følgjer med i ein transaksjon.

På den andre sida vil gjennomføring av eit slikt vern i stor grad uthole buet sin valrett, for svært mange ytingar har potensiale for anten garanti eller reklamasjon i etterkant. Det blir altså tale om ei avveging av buet sine interesser i å tre inn, opp mot omsynet til medkontrahenten. Truleg vil ei løysing som generelt stengjer buet ute frå avtalar med garanti og reklamasjon vere ei for stor utholing av buet sin rett.

Eit liknande eksempel på avtale som derimot truleg bør vere avstengt for buet er tilfella der ein produsent/leverandør av hardware/software går konkurs. Også her er momentet om at buet skal avviklast sentralt, ikkje berre fordi det kan oppstå feil på både hardware og software, men også fordi software i dag blir levert med jamne oppdateringar over internett som ein del av produktet. Dersom bedrifta blir avvikla, vil programmerarar og andre tilsette naudsynt for å lage oppdateringane stå utan jobb, og programvaren vil difor bli utdatert på mykje kortare tid enn vanleg.

I større avtalar av for eksempel leveransar av alle datamaskiner inkludert spesielt designa software til ein skule, universitet eller ei bedrift, vil dette både gjere verdien av leveransen lågare, men og føre til utstyret har kortare levetid enn vanleg og slik føre til at mottakar må byte dei ut raskare.

Mottakar opplev dermed her negative konsekvensar av at buet trer inn i avtalen, på tross av at primærytinga blir levert tilfredsstillande. I større grad enn i tilfella med garanti eller reklamasjon, er det og her tale om ein ikkje uvesentleg del av totalytinga, oppdateringane i etterkant kan vere naudsynte både for at softwaren skal fungere skikkeleg, men og dersom det er tale om internsoftware til bedrifter og skular kan manglande oppdateringar føre til auka risiko for sikkerheitsbrot ved at maskinvaren er dårlegare verna mot hacking.

Økonomisk vil også mottakar her vere dårleg stilt. Dersom buet er avvikla er det ingen mottakar for heving av kjøpet som gjer at kjøpesummen er tapt, samtidig som nye midlar må investerast i ny maskinvare.

I større grad enn for reklamasjon og garantitilfella er det difor tunge rettslege grunnar som talar for at buet bør vere avstengd frå å tre inn i slike avtalar. Frå eit praktisk synspunkt vil også dette utholde buet sin rett i mindre grad enn for reklamasjon.

Spørsmålet blir etter dette om avtalar med vesentlege innslag av sekundærforpliktingar ligg utanfor buet sin rett til å tre inn, jf unntaka for ”avtalens art” i dekl. §§ 7-1 og 7-3.

Mangelen på rettspraksis gjer at liknande tilfelle ikkje har vore oppe, og det er heller ikkje belyst i juridisk teori.

Frå drøftinga i punkt 3.2 kan hentast at unntaka skal kome til bruk ”når det gjelder sterkt avvikende kontrakttyper, eller at de for slike typers vedkommende fører til klart uheldige resultater.”<sup>75</sup>

For å avgjere kva som er ei sterkt avvikande kontrakttype må det fastleggjast kva ei normal kontrakttype er. Dette må naudsynt nok vere eit vidt spekter, men i høve til spørsmålet er det mest relevante kva ei normal kontraktyting er. Truleg må det seiast at det normale er enkeltstående ytingar, altså der primærytinga er den fullstendige ytinga. Det er likevel klart at svært mange varer og tenester vil kunne ha behov for seinare vedlikehald, og dette er dermed ikkje i seg sjølv ei avvikande kontrakttype.

---

<sup>75</sup> NOU 1972:20 s. 310

Elementet av primær/sekundæroppfylling kan likevel tilseie at det her er tale om ei sterkt avvikande kontrakttype. Det avvikande eller særøigne her er ikkje at ytinga kan ha behov for seinare service eller garanti, men nettopp at regelmessige oppdateringar eller liknande i form av sekundærytingar er avgjerande for at primærytinga skal fungere og ha vanleg levetid.

Drøftinga over har vist at buet sin inngang i slike avtalar kan ha kvalifisert negative konsekvensar for den andre parten. Dette gjeld både konsekvensane det kan ha for ytinga i seg sjølv, men også at mottakar for eventuelle krav frå medkontrahenten ikkje lenger eksisterer når buet er avvikla. Dette talar for at også vilkåret om ”klart uheldige resultat” er oppfylt.

Samla sett verkar derfor dei beste grunnane å tale for at ytingar med vesentlege element av sekundærforpliktingar bør vere omfatta av unntaka i høvesvis §§ 7-1 og 7-3 andre ledd, og at buet dermed ikkje bør kunne tre inn i slike avtalar.

Eit tredje eksempel kan vere avtalar med sterke element av samarbeidspreg. Eksempel kan vere joint venture avtalar, at to næringsdrivande har felles innkjøpsordning eller reine samarbeidsavtalar der begge partane har investert tid, pengar og kanskje også opphavsrettar og merkevare.

Moment kan her hentast frå selskapsretten, der mellom anna selskapsloven (sel.) § 2-36 bokstav a) gjev selskapsmøtet heimel for å utløyse ein deltakar dersom han går konkurs. Andenæs beskriv sel. § 2-36 bokstav a) som at ”[B]estemmelsen er et lovfestet eksempel på adgang til å ’påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art’ ... Boets alminnelige rett til å tre inn i skyldnerens avtaler gjelder således ikke.”<sup>76</sup>

Sentralt her er også det momentet at samarbeidsavtalar og prosjekt over tid kan gli over til å bli eit ansvarleg selskap, jf vilkåra i sel. § 1-1, jf 1-2, eksemplifisert i Rt 1983 s. 1401 Tøttavangen Hotell, Bondeheim og Kaffistove.

Hovudgrunnen bak heimelen er det ubegrensa personlege deltakaransvaret i selskapslova. Kven som er selskapsdeltakar, kva vedkomande kan bidra med, og i kva grad han kan dekkje sin del av utgiftene blir dermed avgjerande for selskapet sin økonomiske situasjon og verksemda dei driv.

Utanom selskapsretten har slike avtalar også ei side mot partsautonomien i avtaleretten, der valet av medkontrahent kan vere sentralt for avtalen både fordi partane har utfyllande personlege eigenskapar sentrale for oppfylling, men også fordi avtalar med større innslag av personleg økonomisk ansvar gjer at valet av medkontrahent kan vere avgjerande for avtalen i eit lengre perspektiv.

Samla sett synes difor også avtalar med sterke element av samarbeidspreg å kunne føre til ”sterkt uheldige resultat” for den andre parten dersom buet trer inn, og gode grunnar talar difor for at også slike avtalar bør vere avstengde for buet å tre inn i.

---

<sup>76</sup> Andenæs, Mads Henry. *Selskapsrett*. Oslo. 2007 s. 158.



### 3.5. Om porteføljer, netting og enterprise

Eit særleg tilfelle avtalar som er avgrensa for buet å tre inn i er porteføljeavtalar, som ofte vil innehalde finansielle instrument med store økonomiske forpliktingar i ein svingande marknad. Der ein konkurs med påfølgjande bu-inngang i eit einskilt avtaleforhold kan vere ein vanskeleg nok situasjon, kan ein seie at ”]V]irkelig kritisk blir den imidlertid der partene har inngått flere kontrakter seg imellom, slik tilfelle regelmessig vil være innenfor en ...portefølje. Da risikerer den solvente part å måtte oppfylle alle kontraktene som per konkurssåpningstidspunktet fremstår som tapsbringende for ham, mens han bare vil motta en (ofte ubetydelig) dividende fra kontrakter som fremstår med gevinst.”<sup>77</sup>

I slik handel vil eit av dei viktigaste elementa vere å sikre kreditt og eliminere risiko i så stor grad som mogleg. Eit ofte brukt middel for å oppnå dette er såkalla netting. Det mest sentrale for denne oppgåva er såkalla close-out netting, for det som ”kjennetegner denne formen for netting, er at den først blir virksam når nærme angitte begivenheter inntre – typisk konkurs eller andre former for kollektiv gjeldsforfølging.”<sup>78</sup>

Gevinsten ved å avtale slik netting er at dersom konkurs inntreff, skal heile kontraktsportefølja mellom partane avsluttast og ”alle beløp som forfaller i fremtiden utregnes. Disse beløpene skal deretter ved hjelp av en avtalt beregningsvaluta omregnes, slik at de kan motregnes til et netto-beløp i favør den ene eller den andre parten.”<sup>79</sup>

Slik netting, eller sluttrekning som det har vorte døypt i norske lover og førearbeid, er no lovfesta i både verdipapirhandellova § 14-2, og lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6, og er særskilt unntatt frå dei preceptoriske reglane i dekningslova. Sjølv om slike avtalar kanskje hadde vore unntatt frå at buet kunne tre inn etter ”avtalens art” i § 7-3 andre ledd, ser ein likevel her at lovgjevar føretek særlege reguleringar som kjem ”i første rekke aktørene i handelen til gode, men det har også positiv betydning for stabiliteten i det finansielle systemet”.<sup>80</sup> Dette på tross av at slike reguleringar i realiteten gjev ei gruppe kreditorar ein fordel framfor resten ved at dei er sikra at buet ikkje kan tre inn, samtidig som dei får oppgjær.

Noko liknande kan ein sjå innanfor enterpriseretten, der regelen i NS 3430 punkt 35.1 fastset at ”byggherren kan heve, dersom boet ikke godtgjør at arbeidet vil bli utført i samsvar med kontrakten. Denne bestemmelsen går lenger i å begrense boets rett enn dekningsloven § 7-5. Lovforarbeidene uttrykker at dette likevel er forenlig med dekningsloven § 7-3 andre ledd andre punktum.”<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Poulsson, Christian i artikkelen: *Fra markedsreform til kraftderivater*. s. 183, publisert i *Industribygging og rettsutvikling – Juridisk festschrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*. Fagbokforlaget, Bergen. 2005

<sup>78</sup> Tjaum s. 445

<sup>79</sup> Tjaum s. 445

<sup>80</sup> Tjaum s. 442

<sup>81</sup> Nazarian, Henriette – i artikkelen: *Bør det være adgang til å avtale heving i konkurs?*. Publisert i: *Fra Driftssentralen til Teorifagbygget (JUB-2004-uit-161) 2004*, s. 166

Isolert sett er det ingen grunn til at desse unntaka frå § 7-3 skal vere heimla i særlovgevinga. Det kan spørjast om dette er eksempel på særleg regulering av tunge økonomiske interesser, både offentleg og privat, som sikrar tryggleik og lovheimel for langvarig praksis. Dette skapar tryggleik både i marknaden generelt og for investorar spesielt, samt at samfunnsøkonomien får grobotn for verdiskaping.

Dette underbyggjast også i førearbeida, ved at dei store aktørane i norsk næringsliv som Noregs Bank, Nord Pool ASA, NHO og NAET var samstemte i at bruksområdet for netting burde utvidast i verdipapirhandellova § 14-2.<sup>82</sup> Frå lovgjevar si side vart det uttala at "[G]enerelt vil departementet bemerke at bestemmelser om motregning etter reglene i verdipapirhandelloven kapittel 10 innebærer at kredittrisikoen for én gruppe kreditorer reduseres på bekostning av en annen gruppe kreditorer. Etter departementets syn bør det derfor foreligge særlige grunner for å gi et slikt vern for en kreditorgruppe i konkurs."<sup>83</sup>

Når reglane likevel vart utvida, vart det mellom anna vist til tidlegare utsegn om at "en slik motregningsadgang [vil] legge til rette for økt tillit til markedsplassen, og økt tillit til markedsplassen vil kunne ha gunstige samfunnsøkonomiske konsekvenser."<sup>84</sup>

#### **4. Nokre rettspolitiske tankar – § 7-3 de lege ferenda**

##### **4.1. Innleiing**

På bakgrunn av drøftingane over, er det klart at de lege lata har lovgjevar teke eit val om å operere med ein hovudregel om at buet kan tre inn, men med mange og vesentlege unntak. Kvar terskelen for unntaka går, og kva avtalar som meir konkret er omfatta, er meir usikkert.

I forlenginga av dette kan det drøftast om partane i større grad enn no bør ha moglegheita til å avtale løysningar for oppgjær i konkurs, og ved å slik regulere si eiga rettsstilling også leggje føringar for kva avtalar buet kan tre inn i.

Dette kan illustrerast ved at uavhengig av om buet trer inn for å avvikle eller tene pengar, vil valretten buet har isolert sett ofte vere ei ulempe for motparten. "Boet vil bare tre inn i de kontrakter som synes fordelaktige fra boets synspunkt; det er stort sett de kontrakter det fra medkontrahentens synspunkt er minst glede ved."<sup>85</sup> Vidare meiner Brækhus likevel at "dette må medkontrahenten nødvendigvis finne seg i – det er et av de slag livet gir når man har vært så uheldig å kontrahere med en fremtidig fallent."<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Ot.prp.nr.34 (2006-2007) s. 153-154

<sup>83</sup> Ot.prp.nr.34 (2006-2007) s. 155

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.53 (2000-2001) s. 39

<sup>85</sup> Brækhus II s. 163

<sup>86</sup> Brækhus II s. 163

## 4.2. Kontraktrett vs konkursinstituttet

Andenæs hevdar at prosessen fram til avtaleinngåinga talar for at buet sin rett til å tre inn bør vege tungt, då "A [vil] søke å beskytte seg mot B's fordringshavere, og B mot A's fordringshavere. Sine egne fordringshavere vil ingen av partene ha noen interesse av å beskytte. Reelt sett er situasjonen ved avtaleutforminga derfor at partene søker å regulere fordringshaverens – altså tredjeparts – rettsstilling."<sup>87</sup> Førearbeida følgjer her opp med at "[E]n naturlig konsekvens av dette er at avtalen for så vidt bare binder partene, ikke tredjemann, boet."<sup>88</sup>

Reglane i dekl. kap. 7 skal regulere kontraktar si stilling i konkurs. Dette fører til at ulike disiplinær innanfor privatretten møtast, og at ulike omsyn dermed må avvegast og vurderast opp mot det generelle juridiske målet om ei god løysning og ein god regel. Som Krüger skriv er det "tale om å integrere og se i sammenheng grunnprinsipper og utgangspunkter av vesensforskjellig karakter. At det oppstår konkurs i et kontraktsforhold nødvendiggjør ikke ubetinget at kontraktsrettens argumentasjon skal vike for den konkursrettslige tenkemåte."<sup>89</sup>

Det er sikker rett at ein i Noreg har svært vidtgående kontraktfridom. Partane kan i utgangspunktet avtale dei vilkår og oppgjersmåtar dei ynskjer, med bindande verknad som også tredje-personar og andre må respektere. Dette har gitt seg utslag i "visse lettkjøpte og derfor farlige slagord, såsom satsen om at 'ingen kan overdra større rett enn han selv har', 'kreditorane får ikke større rett enn debitor hadde' m-v."<sup>90</sup>

At slike slagord kan vere farlege hindrar likevel ikkje at "kjernen i filosofien er ubestridt: sålenge den preseptoriske lovgivning ikke står i veien kan partene fastlegge sine innebyrdes rettsforhold, også med konsekvenser for de tredjemenn som faktisk og rettslig blir berørt av avtalene, således også partenes respektive kreditorer."<sup>91</sup>

Med utgangspunkt i at partane fritt kan avtale sitt innbyrdes rettsforhold med bindande verknad også for kreditorane, er det eit uunngåeleg skjeringpunkt at ordlyden i § 7-3 andre ledd siste punktum er uttrykk for eit generelt prinsipp om at buet sin rett ikkje kan avkortast i avtalen mellom partane.<sup>92</sup>

Slagordet om at kreditorane ikkje får større rett enn skuldneren hadde er lovfesta i dekl. § 2-2, som slår fast at fordringshavarane har "rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden."

Kva ein skuldnar eig på beslagstidspunktet vil han i svært stor grad kunne styre sjølv. Dette er grunnen til reglane om omstøyting for kreditorskadelege disposisjonar i dekl. kap. 5, der "hovedformål[et] er å motvirke at boet tømmes for aktiva forut for

---

<sup>87</sup> Andenæs s. 211

<sup>88</sup> NOU 1972:20 s. 311

<sup>89</sup> Krüger, Kai . *Kontrakt og konkursbeslag*. Publisert i Jussens Venner 1969, s. 59

<sup>90</sup> Krüger s. 59

<sup>91</sup> Krüger s. 59

<sup>92</sup> Andenæs s. 217

den formelle boåpning, enten i form av boforringende disposisjoner eller i form av forfordeling av fordringshaverne.”<sup>93</sup>

Dette har og ei side til buet sin rett til å tre inn i kontraktar. For situasjonen der skuldnaren forstår han er på veg utfor stupet og føretek kreditorskadelege disposisjonar, og situasjonen der partane allereie på tidspunktet for avtaleinngåinga søker å sikre seg mot konkurs har fleire fellestrekk og ikkje minst same resultat; buet får mindre aktiva å fordele.

På grunnlag av omsyna bak konkursinstituttet og konkursbuet si oppgåve er det sterke grunnar som støttar at buet er gitt ei opning til å omstøyte disposisjonar gjort i nær tid til konkursen. Dette er usolidarisk og illojalt gjort overfor kreditormassen og bør slåast ned på.

Det kan likevel stillast spørsmål ved om to partar som nyttar kontraktfridomen til å også regulere det tilfelle at ein av partane går konkurs, bør måtte finne seg i at buet også her kan tre inn og sikre seg gevinst.

Brækhus er konsekvent på at buet ikkje treng respektere klausular som anten går på at buet ikkje kan tre inn, eller reine hevingsklausular; ”[E]n klausul som nekter boet rett til å nyttiggjøre seg en slik kontrakt, virker som et privat beslagsforbud, altså som et påbud om at en formuesfordel som tilkommer debitor, ikke skal kunne utnyttet av hans kreditorer. Det bør man som kjent bare respektere hvor det er tale om gavetransaksjoner o.l – Reelt sett ville det også være meget uheldig om det skulle være fri adgang for kontrahentene til å sette mulige konkursboer helt utenfor. Særlig gjelder dette for avtaler som ... kan være helt essensielle for en rasjonell avvikling av boet. Men også debitors portefølje av kontrakter generelt kan som nevnt være et vesentlig aktivum sett fra boets synspunkt.”<sup>94</sup>

I dette synspunktet frå Brækhus ligg moment frå den tidlegare drøftinga om kva som er rasjonell handsaming av buet og kva som er kontraktar buet trer inn i fordi kontrakten er ein del av skuldnaren sine aktiva som kan utnyttast for å tene pengar til kreditormassen. Slik Brækhus framstiller det, bør ikkje dette utgjere nokon forskjell; buet skal kunne tre inn i alle kontraktar som ikkje er stengde etter (det som no er, men på tidspunktet for publisering av artikkelen ikkje endå var) dei lovfesta unntaka i dekl. §§ 7-1 og 7-3 om ”rettsforholdets egenart” og ”avtalens art” respektivt. Dette samsvarar med den tidlegare drøftinga om buet sitt formål med å tre inn, men tek eit klart standpunkt i høve til den meir overordna drøftinga om partane bør kunne avtale oppgjersmåtar som strengjer ute buet.

Krüger meiner ”begrunnelsen [er] uholdbar. Den rammer i sin almindelighet alle kontraktsmessige ordninger som virker uheldige sett fra boets synspunkt. At en kontrakt begrenser beslagsretten kan efter min mening ikke være tilstrekkelig til å sette den ut av kraft.”<sup>95</sup>

Heller ikkje argumentet om at ei slik avgrensing av buet sine rettar har karakter av eit privat beslagsforbod er tungtvegande meiner Krüger, som skriv at ”[D]et

---

<sup>93</sup> Andenæs s. 286

<sup>94</sup> Brækhus II s. 170-71

<sup>95</sup> Krüger s. 67

karakteristiske for beslagsforbudene er at avhenderen av et retts gode søker å bruke kontraktsformen til å fastlegge forholdet mellom erververen og hans kreditorer. I vårt tilfelle er det imidlertid medkontrahentens egen rettsstilling og forhold til erververens konkursbo som er emnet. Her må i mine øyne utgangspunktet være omvendt: dette er undergitt partenes rådighet med mindre tungtveiende legale hensyn tilsier noe annet. I det store og hele mener jeg at man her befinner seg på et område hvor de konkursrettslige hensyn og prinsipper bør vike for kontraktsfrihetsprinsippet.”<sup>96</sup>

Når lovgjevar likevel har teke eit val om at konkursinstituttet skal ha gjennomslag overfor kontraktretten, er dette grunna både på omsynet til kreditormassen og samfunnsmessige omsyn for ei ryddig avvikling.

På bakgrunn av drøftinga over kan det likevel frå ein rettspolitisk spørjast om kontraktretten burde stått sterkare overfor konkursinstituttet i denne samanhengen.

Som vist ved Krüger og Sandvik, kan det med god grunn hevdast at den avtalepart som sikrar seg oppgjer i konkurs søkjer å regulere si eiga rettsstilling like mykje som han søkjer å avgrense tredjemann sine rettar.

### 4.3. Om avtalefridomen og unntaka i § 7-3

Avtalefridomen er ein av grunnsteinane i norsk rett, og er ein sentral føresetnad både for næringsliv og samfunnsøkonomien. For dei største økonomiske interessene i næringslivet har lovgjevar respektert behovet for å kunne avtale og føreseie si eiga skjebne i konkurs ved reglane i netting, sjå punkt 3.5.

For dei som ikkje er omfatta av reglane om netting skriv Andenæs at ”det er liten grunn til å legge vekt på *kontraktspraksis* som rettskilde ved vurderingen av hva som følger av ’rettsforholdets egenart’ eller ’avtalens art’. At det er vanlig å avtale bestemte klausuler som direkte eller indirekte regulerer boets rettsstilling, skaper altså i seg selv ingen formodning for at ’rettsforholdets egenart’ eller ’avtalens art’ tilsier slike klausuler.”<sup>97</sup>

Motsett er Sandvik som uttalar at ”[R]ent prinsipielt må det ... sies at det jo er avtalens eget innhold og dens egne bestemmelser som fastlegger hva som er ’avtalens art.’ Gjelder det en bestemmelse som nevner konkurs som hevingsgrunn sammen med og på linje med andre forhold med beslektet virkning, kan en neppe sette klausulen ut av betraktning.”<sup>98</sup>

I forlenginga av dette kan det visast til drøftinga i punkt 3.3 om dei lovfesta unntaka, der det vart hevda at det er partane sjølve og det dei avtalar som utgjer rettsforholdet. Då kan det verke unaturleg at ikkje alle element av rettsforholdet skal leggjast til grunn i vurderinga av kva avtalen inneheld.

---

<sup>96</sup> Krüger s. 67-68

<sup>97</sup> Andenæs s. 211-212

<sup>98</sup> Sandvik s. 90

Hovudankepunktet i reglane er at rekkjevidda til § 7-3 er uklar, og noko av grunnen til dette er som vist i drøftinga i punkt 3.2 og 3.3; unntaka er vidtgåande, men terskelen og innhaldet i dei meir konkret er usikkert.

Det kan på bakgrunn av dette vere rom for å hevde at avtalefridomen i større grad bør få gjennomslag, ved at partane regulerer si eiga rettsstilling i konkurs og slik blir mindre eksponert for usikkerheita i unntaka.

På den andre sida er ein konsekvens av å utvide avtalefridomen i større grad enn gjeldande rett opnar for, at det kan medføre ei meir eller mindre ureflektert utholing av buet sin rett til å tre inn i kontrakter. Her kan også visast til den legislative grunninga for § 7-3 i førearbeida.<sup>99</sup>

Vidare uttalast det og at ”[R]eglene 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. En generell konkursrettslig regulering synes praktisk sett å være den eneste mulige løsning.”<sup>100</sup>

Ei regelendring bør vere grunna på ei vurdering om at gjeldande rett er utilstrekkeleg. I tilfellet for dekl. § 7-3 er hovudregelen legislativt solid grunna, og relativt effektiv og praktikabel i rettsbruken. Drøftinga i punkt 3.4 viste også at dersom ein kan påvise avtaletypar som medfører så uheldige konsekvensar for medkontrahenten at buet bør vere stengt ute frå å tre inn, vil dei svært ofte også vere omfatta av unntaket for ”avtalens art.” Dette medfører igjen at behovet for å regulere dette gjennom utvida avtalefridom er mindre, reglane vil stort sett føre til gunstige løysingar.

Spørsmålet handlar i stor grad om å velje ei side som utgangspunkt, med unntak for urimelege løysingar. I tilfellet for dekl. § 7-3 har lovgjevar teke eit val om at utgangspunktet er at buet kan tre inn i avtalar, med unntak for tilfella der omsynet til medkontrahenten veg særleg tungt og inngang slik ville føre til urimelege og uheldige resultat.

Det kan hevdast at reglane hadde gitt tilfredsstillande resultat også om lovgjevar tok utgangspunkt i avtalefridom, med unntak for når omsynet til buet måtte vege tyngst. Eventuelt måtte ein lage reglar for kvar særskild avtaletype. Dette vart drøfta i lovprossessen, men vurdert som for tidkrevjande arbeid på eit uklart rettsområde med behov for snarleg avklarande lovregulering.<sup>101</sup> Lovgjevar var dermed svært bevisst på at det vart teke eit val der konkursinstituttet fekk forrang på kontraktretten.

Om ein ser på formålet bak reglane, og det faktum at gjeldande rett stort sett gjev medkontrahenten godt vern, verkar det likevel samla sett å vere tale om praktikable reglar som jamt over gjev gode resultat. Kanskje er den manglande Høgsterettspraksisen også eit teikn på dette. Behovet for auka avtalefridom er i alle høve ikkje pressande naudsynt, for sjølv om rekkjevidda av regelen er noko uklar, er den ikkje utilstrekkeleg.

---

<sup>99</sup> NOU 1972:20 s. 309-311

<sup>100</sup> NOU 1972:20 s. 309

<sup>101</sup> NOU 1972:20 s. 309

## 5. Om buet sin rett, avtalar og motrekning i konkurs

### 5.1. Innleiing

I førre punkt vart forholdet mellom kontrakt- og konkursrett drøfta, både grunnleggjande og meir spesifikt opp mot kva fridom partane bør ha til å avtale oppgjær i konkurs.

I dette punktet er spørsmålet om buet sin rett blir uthola dersom partane kan nytte motrekning som oppgjersmåte, og i så fall kva reglar som gjeld for når partane kan gjere dette.

Med motrekning ”menes at et krav avregnes i en forpliktelse, slik at kravet og forpliktelsen faller bort så langt de beløpsmessig dekker hverandre.”<sup>102</sup>  
Når motrekningsvilkåra<sup>103</sup> er oppfylte, er ”(B) i en situasjon hvor det oppleves som rimelig og rettferdig at han kan motregne.”<sup>104</sup>

Det følgjer av dekl. § 8-1 at den som ”ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren”, kan nytte den til motrekning med ”dens fulle beløp” ovanfor ei fordring som ”da tilkommer skyldneren, men som inngår i boet”. Noko ”grovt og upresist gir ordlyden uttrykk for at B kan motregne i konkurs dersom han hadde kunne motregnet utenfor konkurs.”<sup>105</sup>

### 5.2. Problemstillingane – konsekvensen når buet trer inn vs avtala vilkår buet må respektere om det ynskjer å tre inn

Grunnlaget og relevansen for å drøfte spørsmål om motrekning i ei oppgåve om buet sin rett til å tre inn i avtalar kan delast i to. Felles for begge er at motrekning vil føre til at avtalen blir mindre lønsam for buet, og slik har karakter av ei utholing av buet sin rett.

Det er for det fyrste klart at dersom buet vel å tre delvis inn i ein avtale i medhald av § 7-4, vil den andre parten sitte att med ei dividendefordring for den uoppfylte delen før konkursopninga. Spørsmålet er om denne dividendefordringa bør kunne nyttast til motrekning overfor buet i den delen av avtalen buet faktisk trer inn i. Avgjerande her er om ein kan seie at den andre parten hadde denne fordringa ”ved åpningen av bobehandlingen”, jf § 8-1, eller om fordringa oppstår i det buet trer inn i avtalen.

For det andre er spørsmålet i kva grad og i kva tilfelle partane kan eller bør kunne erklære eller avtale motrekning i konkurs, då ein slik oppgjersmåte kan seiast å verke som eit hinder for buet sin rett til Cherry Picking, då motrekninga senkar den totale verdien av avtalen til det punktet der det ikkje lenger er lønsamt for buet å tre inn. Det blir eit spørsmål om forholdet mellom dekl. § 7-3 andre ledd, § 7-4 fyrste ledd og § 8-1.

<sup>102</sup> Sæbø, Rune. *Motregning*. Bergen. 2003 s. 14

<sup>103</sup> Sæbø drøftar dei kort på side 30-31.

<sup>104</sup> Sæbø s. 31

<sup>105</sup> Sæbø s. 422.

I tillegg har spørsmålet om avtala motrekning direkte relevans for spørsmålet om avtalar i konkurs, som drøfta i punkt 4.

### 5.3. Motrekning med dividendekrav når buet trer inn i avtalen

Det synes i utgangspunktet både rimeleg og rettvist for den andre parten at det dividendekravet han sit att med for dei ubetalte leveransane før konkursen, skulle kunne nyttast til motrekning mot det kravet som oppstår for den delen av avtalen buet trer inn i. Dette underbyggjast vidare ved at den andre parten ”anses å ha rett til å motregne etter deknl. § 8-1 1.ledd med erstatningskrav som nevnt i deknl. § 7-8, selv om erstatningskravet i og for seg er betinget av at kontrakten faller bort som følge av konkursen, f.eks fordi boet ikke ønsker å tre inn i kontrakten.”<sup>106</sup> I tillegg representerer motrekning ein sikringsrett for den andre parten, samt at det kan tenkjast at han undervegs i avtaleforholdet hadde ei rettkome forventning om å nytte motrekning som oppgjersmåte for kravet.

Det er likevel brei einsemd i juridisk teori om at dividendekravet frå den uoppfylte delen av kontrakten ikkje kan nyttast til motrekning i det nye kravet som oppstår når buet trer inn. Andenæs meiner det følgjer av dei alminnelege motrekningsreglane.<sup>107</sup> Tjaum viser til omsyna til buet, ved at dersom ”den andre part hadde en motregningsrett, ville betydningen av boets inntredingsrett blir klart svekket. Vi kan f.eks forutsette at skyldneren hadde inngått en avtale om salg av en bil for 100.000 kroner. Fra et annet forhold hadde kjøperen en dividendefordring på kr. 60.000. Hvis boet ikke ville gi noen dekning til dividendefordringer, ville motregningsrett innebåret at boet ved inntreden reelt sett bare fikk 40.000 kr i vederlag for bilen. Inntreden ville derfor i praksis vært utelukket.”<sup>108</sup>

Her også Sæbø som skriv at dersom den andre parten (B) ”gis rett til å motregne i slike tilfelle, får B altså dekning *fordi* boet benytter seg av sin rett til å tre inn [i] kontrakten, en rett boet er gitt av hensyn til kreditorfelleskapet. Det er uantagelig at boets inntreden i og oppfyllelse av kontrakten skulle kunne gi B dekning av motkravet på kreditorfelleskapets bekostning, når B ville måttet nøye seg med dividende dersom boet ikke hadde trådt inn i kontrakten.”<sup>109</sup> Han konkluderar vidare med at ”når opptjeningen av hovedkravet er betinget av at boet trer inn i og oppfyller skyldnerens avtale med B, bør altså motregning normalt være avskåret; i slike tilfelle bør en se det slik at hovedkravet ikke tilkom skyldneren ved boåpningen.”<sup>110</sup>

Slik ordlyden i § 8-1 er utforma med opninga av buet som skjeringspunkt, må den rette løysninga vere at dersom buet trer inn oppstår dividendefordringa etter opninga, og det vil dermed vere ein tilfeldig fordel for den andre parten om han skulle kunne nytte den til motrekning.

---

<sup>106</sup> Sæbø s. 442

<sup>107</sup> Andenæs s. 221

<sup>108</sup> Tjaum s. 417

<sup>109</sup> Sæbø s. 442.

<sup>110</sup> Sæbø s. 443



#### 5.4. Avtala motrekning i konkurs – avgrensar det buet sin rett?

Men kva om partane ved inngåing av avtalen har regulert ein avtalt motrekningsrett i konkurs, og buet ynskjer å tre inn i avtalen?

I drøftinga om avtala motrekning er det viktig å starte med rett utgangspunkt. Avtala motrekning er *både ein sikringsrett* for motkravet, og *ein oppgjersmåte* for hovudkravet.

Det er tidlegare fastlagt at § 7-3 andre ledd er uttrykk for eit prinsipp om at buet sin rett ikkje kan avgrensast i avtalen mellom partane.

No kan ein ikkje likestille heving med motrekning verken i rettsleg eller faktisk forstand, men i økonomisk og realitetskonsekvens for buet er det parallellar. Som vist til i eksempelet frå Tjaum over kan motrekning gjere at nettosummen buet sit att med reduserer verdien i ein avtale i den grad at den ikkje er attraktiv nok til å tre inn i. Og den vidare argumentasjonen var då at omsynet til buet burde slå gjennom og hindre ei slik motrekning med dividendekrav.

Det er vidare også fastlagt at dersom buet trer inn i avtalen etter § 7-4, blir det ”berettiget og forpliktet etter avtalen som om den hadde vært inngått av boet selv.”<sup>111</sup>

Spørsmålet blir om det å nekte den andre parten avtala motrekning blir å gi ”boet rett til å anse seg ubundet av avtalens bestemmelser om oppgjør av hovedkravet”,<sup>112</sup> eller snudd om: er avtala motrekning eit inngrep i prinsippet om at buet sin rett ikkje kan avgrensast i avtale mellom partane, jf § 7-3 andre ledd?

Tjaum er klart negativ til avtala motrekning: ”Motfordringen skal bare dekkes som en dividendefordring. I den utstrekning boets krav etter en kontrakt det har trådt inn i strekker til, vil motregningen i konkurs innebære at motfordringen må tilstås full dekning. Reelt sett blir derfor boet stilt svakere enn skyldneren.

Dette viser at det en avtalt motregningsrett reelt sett innebærer, er at den solvente parten får dekning for motfordringen. Svaret skulle derfor være at motregningsretten på dette punkt ikke kan nyte større vern enn f.eks en panterett i skyldnerens vederlagskrav etter en kontrakt.”<sup>113</sup>

Dette synspunktet støttast og av Möller, som skriv at ”såväl boets rätt at inträda som regeln, att boets fordringar inte kan bortkvittast mot fordringar från tiden före konkursen, är *tvingande* (forfattaren si kursivering) till boets förmån. Avtal som ställer boet sämre än vad dessa regler utsäger behöver inte beaktas av boet.”<sup>114</sup>

Endeleg er også Brækhus som, nærmast i tråd med synspunkta om avtalar i konkurs generelt, er negativ til ein utvida motrekningsrett i avtale mellom partane.<sup>115</sup> Sæbø<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> NOU 1972:20 s. 314

<sup>112</sup> Sæbø s. 443.

<sup>113</sup> Tjaum s. 422

<sup>114</sup> Möller s. 224

<sup>115</sup> Brækhus, Sjur. *Avtalt motregning, Bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige fremtidige forpliktelser overfor depositaren – Festskrift til Kristen Andersen*. Publisert i Rett og humanisme. Oslo 1977 s. 64-75.

skriv at "[B]rækhushus godtar imidlertid avtalt motregningsrett som sikkerhetsrett sui generis. B påberoper seg da avtalebasert motregningsrett etter rettsregler som anerkjenner slike motregningsretter, ikke alminnelige regler om motregning overfor tredjeperson."<sup>117</sup>

Sæbø er i favør av at buet må respektere avtala motrekning, og når det gjeld dei motståande synspunkta i teorien skriv han at "[D]enne argumentasjonen kan virke overbevisende ut fra synspunktet på motregningsrett som en form for sikkerhet for motkravet. Men motregning er også en oppgjørsmåte for hovedkravet."<sup>118</sup> Han konkluderar vidare at avtalt motrekningsrett bør anerkjennast også i slike tilfelle, og det momentet at "den avtalte motregningsretten kan redusere boets interesse i å tre inn i skyldnerens kontrakt med B, er en annen sak; motregningsretten kan i så måte få samme virkning som andre avtalebestemmelser om Bs vederlagsforpliktelse."<sup>119</sup>

Det sentrale skillet i juridisk teori er at både Tjaum, Möller og Brækhushus ser på motrekning som ein sikkerhetsrett for motkravet, og at dersom buet må respektere ein slik rett vil det i realiteten avgrense buet sin eigen rett til å tre inn.

Sæbø hevdar derimot at ein slik avtale ikkje vil påverke buet sin *rett* til å tre inn i avtalen, det vil berre påverke *interessa* buet kan ha i å tre inn, då avtalen kan vere mindre gunstig etter motrekninga. Og at resultatet av å ikkje anerkjenne motrekning i konkurs blir å gje "boet rett til å anse seg ubundet av avtalens bestemmelser om oppgjør av hovedkravet."<sup>120</sup>

For å finne gjeldande rett kan ein starte med å harmonisere avtala motrekningsrett med reglane om kva vilkår buet må respektere etter § 7-4 fyrste ledd.

Det er tidlegare avklara at dersom buet trer inn blir det "berettiget og forpliktet etter avtalen som om den hadde vært inngått av boet selv."<sup>121</sup> I dette må ligge at dersom buet vel å tre inn, er det med positiv kunnskap om at det i oppfyllinga er forplikta til dei oppgjørsmåtene partane har avtala om oppgjør av hovudkravet.

Her også Sæbø som skriv at "tredjeperson som hovedregel må respektere avtaler som innehaver av hovedkravet måtte inngå med B om *innhold* og *oppfyllelse av hovedkravet*, herunder avtaler som setter mer eller mindre omfattende betingelser for Bs betalingsplikt, ettergivelse og rett og plikt for B til å innfri hovedkravet på annen måte enn betaling med pengar."<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> Temaet om motrekning i konkurs er for omfattande til at ein fullstendig og fullgod presentasjon av relevante drøftingar i teorien kan presenterast innafor grensene av oppgåva. Det sentrale vert difor plukka ut og presentert konsist, sjølv om det er oppsummeringar av andre teoretikarar, i dette tilfellet Sæbø om Brækhushus sin artikkel.

<sup>117</sup> Sæbø s. 234

<sup>118</sup> Sæbø s. 444

<sup>119</sup> Sæbø s. 445

<sup>120</sup> Sæbø s. 443.

<sup>121</sup> NOU 1972:20 s. 314

<sup>122</sup> Sæbø s. 238

Når avtala motrekning er like mykje ein oppgjersmåte som ein sikringsrett, må det vere klart at det ikkje er noko motsetnadsforhold mellom ein avtala motrekningsrett og kva vilkår buet må respektere etter § 7-4 når det vel å tre inn. Synspunktet bør her vere at når buet i forkant av valet om å tre inn har tilgang på avtalevilkåra, må det respektere avtala motrekning som oppgjersmåte på lik linje med andre vilkår i § 7-4 fyrste ledd.

Neste spørsmål er forholdet mellom kva vilkår buet må respektere i tråd med § 7-4 fyrste ledd, og kva vilkår buet kan sjå seg ubundne av i tråd med prinsippet i § 7-3 andre ledd.

Det kan for det fyrste hevdast at då avtala motrekning er omfatta av vilkåra buet må respektere i § 7-4 fyrste ledd, er det i det heile ikkje tale om at buet blir bunde av vilkår som ”ville gi boet en dårligere stilling enn etter lovens alminnelige regler.”<sup>123</sup> Situasjonen er heller at buet nettopp blir bunde av dei alminnelege reglane i lova, og dermed må respektere avtala motrekning som oppgjersmåte.

Dersom ein likevel hevdar at avtala motrekning som oppgjersmåte avgrensar buet sin rett i større grad enn buet etter reglane skal måtte akseptere, blir det tale om å stille opp eit skilje mellom vilkår buet må respektere og vilkår buet kan sjå seg ubundne av ved inngang.

Det er vanskeleg å sjå kvar eit slikt skilje skal gå i praksis. Om ein tek utgangspunkt i ordlyden i § 7-3 andre ledd, er det tale om vilkår som gjev den andre parten rett til å heve i konkurs. Med andre ord vilkår som stengjer buet fullstendig ute av avtalen.

Men når det gjeld avtala motrekning er det ikkje tale om vilkår som avgrensar buet sin *rett* til å tre inn, konsekvensen av å måtte respektere motrekninga er heller at buet si *interesse* i å tre inn kan påverkast.

Det kan hevdast at om ein set skillet mellom vilkår som stengjer buet ute frå å tre inn i avtalen, og vilkår som regulerer oppgjersmåtar for hovudkravet buet må respektere i tråd med § 7-4, har ein eit skilje som truleg er gjeldande rett.

Det verkar derimot vanskeleg å skulle stille opp eit finmaska skilje mellom kva vilkår buet må respektere og ikkje når det kjem til oppgjersmåtar for hovudkravet, og korleis dette skiljet skal gjerast gjeldande i forholdet mellom § 7-3 andre ledd og § 7-4 fyrste ledd.

Samla sett verkar difor Sæbø sitt standpunkt å ha dei beste grunnane for seg, avtala motrekning er både ein sikringsrett og ein oppgjersmåte, og må difor respekterast av buet dersom det trer inn i avtalen, i tråd med § 8-1 og § 7-4, og utan å vere i strid med prinsippet i § 7-3 andre ledd.

---

<sup>123</sup> Andenæs s. 211

## 6. Litteraturliste:

### Bøker og artiklar:

- Andenæs                      Andenæs, Mads Henry: *Konkurs*. 3.utg. Oslo 2009
- Andenæs                      Andenæs, Mads Henry: *Selskapsrett*. Oslo 2007
- Bergsåker                    Bergsåker, Trygve: *Pengekravsrett*. 2 utg. Oslo 2011
- Brækhus                     Brækhus, Sjur: *Konkursrett – utvalgte emner*.  
Universitetsforlaget. 1970. Også kjend som Brækhus II.
- Brækhus                     Brækhus, Sjur: *Avvikling av gjensidig bebyrdende kontrakter  
hvor den ene kontrahent åpner akkordforhandling eller går  
konkurs*. Jussens Venner serie B.3 nr. 4. 1969.
- Brækhus                     Brækhus, Sjur: *Avtalt motregning, Bankinnskudd og lignende  
irregulære depoter som sikkerhet for mulige fremtidige  
forpliktelser overfor depositaren – Festskrift til Kristen  
Andersen*. Publisert i Rett og humanisme. Oslo 1977
- Krüger                        Krüger, Kai: *Kontrakt og konkursbeslag*. Jussens Venner 1969.
- Möller                        Möller, Mikael: *Konkurs och kontrakt – Om konkursboets  
innträde i gäldenärens avtal*. Uppsala. 1988
- Nazarian                     Nazarian, Henriette: *Bør det være adgang til å avtale heving i  
konkurs?* Fra Driftssentralen til Teorifagbygget. JUB-2004-uit-  
161. 2004.
- Nygaard                      Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2.utg. Bergen  
2004
- Paulsen                      Paulsen, Jens: *Insolvensret-Konkurs*. København 2010.
- Poulsson                    Poulsson, Christian: *Fra markedsreform til kraftderivater*.  
Publisert i ”Industribygging og rettsutvikling – Juridisk  
festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum”. Fagbokforlaget,  
Bergen. 2005.
- Sandvik                      Sandvik, Per: *Lærebok i materiell konkursrett. Utdrag*.  
Universitetsforlaget. 1985
- Sæbø                         Sæbø, Rune: *Motregning*. Bergen. 2003.
- Tjaum                         Tjaum, Arne: *Valuta – og renteswaper*. Universitetsforlaget.  
Oslo. 1996.

**Internettsider:**

Konkursrådet	<a href="http://www.konkursradet.no">http://www.konkursradet.no</a>
Statistisk Sentralbyrå	<a href="http://www.ssb.no">http://www.ssb.no</a>
Store Norske Leksion	<a href="http://snl.no">http://snl.no</a>

**Førearbeid:****Danske:**

Betænkning II nr. 606/1971

**Norske:**

NOU 1972:20

NOU 1993:16

Ot.prp.nr.26 (1998-99)

Ot.prp.nr.53 (2000-2001)

Ot.prp.nr.34 (2006-2007)

**Rettspraksis:**

Rt 1983 s. 1401

Rt. 1986 s. 1239

RG 1990 s. 1033