



# Heving av kontrakt ved insolvens hos motparten.

*JUR-3902 Vår 2013*

*John Christian Eriksson*

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap  
ved Universitetet i Tromsø  
Det juridiske fakultet  
Våren 2013*

# INNHALDSFORTEGNELSE

<b>1. Innledning</b> .....	<b>5</b>
1.1 Presentasjon av oppgaven. Tema og formål.....	5
1.2 Rettskilder og metode.....	6
1.2.1 Metodespørsmål.....	6
1.2.2 Rettskildesituasjonen.....	7
1.3 Avgrensning.....	8
1.4 Den videre fremstilling.....	8
<b>2. Heving som misligholdsbeføyelse</b> .....	<b>9</b>
2.1 Innledende om heving.....	9
2.2 Hevingsbegrepet.....	10
2.2.1 Virkningene av heving.....	10
2.2.2 Skal det heves kun for fremtidig oppfyllelse eller med tilbakevirkende kraft?.....	11
2.3 De reelle hensyn som begrunner adgangen til heving.....	12
<b>3. Partenes insolvens og dekningsadgang</b> .....	<b>13</b>
3.1 Innledende om insolvens og dekning.....	13
3.2 Skyldnerens insolvens.....	13
3.2.1 Insolvensbegrepet.....	13
3.2.2 Konkursloven § 61.....	14
3.3 Fordringshavernes dekningsrett.....	16
3.3.1 Innledende om dekningsrett.....	16
3.3.2 Dekningsloven § 2-2.....	16
<b>4. Den lovbestemte hevingsadgang</b> .....	<b>18</b>
4.1 Innledende om problemstillingen.....	18
4.2 De reelle hensyn som begrunner rett til heving.....	19
4.2.1 Partenes stilling.....	19
4.2.2 Endrede forhold etter avtaleinngåelsen.....	20

4.3 Den annen parts rettigheter i forkant av heving .....	22
4.3.1 Partenes stansings- og tilbakeholdsrett .....	22
4.3.2 Hvor lenge kan ytelsen holdes tilbake?.....	23
4.4 Konkursboets inntredelsesrett.....	23
4.4.1 Innledende om inntredelsesretten.....	23
4.4.2 De reelle hensyn som gjør seg gjeldende ved rett til inntreden i avtaleforholdet .....	24
4.4.3 Hvilke avtaler kan boet tre inn i? .....	26
4.5 Når kan en kontrakt heves på grunn av insolvensen?.....	26
4.5.1 Innledende om adgangen til å heve .....	26
4.5.2 Når kommer reglene i kap. 7 til anvendelse?.....	27
4.5.3 Dekningsloven § 7-7 første ledd, heving hvor boet ikke vil benytte sin rett til inntreden... 28	
4.5.4 Dekningsloven § 7-3 annet ledd første punktum, heving hvor boet vil benytte sin rett til inntreden.....	30
4.5.5 Hvilke kontraktstyper omfattes av unntaket i dekningsloven § 7-3 annet ledd første punktum.....	32
4.5.5.1 Kredittavtaler.....	32
4.5.5.2 Garantiavtaler .....	35
4.5.5.3 Avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap .....	36
4.5.5.4 Avtaler som forutsetter personlig oppfyllelse .....	37
4.5.6 Avtaler som kan unntas fra inntreden på bakgrunn av dens personlige karakter.....	39
<b>5. Avtalebestemt hevingsadgang.....</b>	<b>41</b>
5.1 Innledende om avtalebestemt heving .....	41
5.2 NS 8405, norsk bygge- og anleggskontrakt.....	42
5.3 Hevingsbestemmelsen i NS 8405 .....	43
5.3.1 Innledende om retten til å heve etter NS 8405 .....	43
5.3.2 Heving hvor en av partene går konkurs .....	43
5.3.3 Heving hvor en av partene blir ”bevislig insolvent” .....	44
5.3.4 Unntak fra retten til å heve .....	46
5.3.5 Hvorfor stilles det opp forskjellige vilkår for byggherren og entreprenøren? .....	47
5.4 Forholdet til dekningsloven § 7-3 annet ledd annet punktum og § 7-1 .....	48
5.5 Vil hevingsklausulen i NS 8405 stå seg i forhold til boets rettigheter? .....	51
<b>6. Særskilt om adgangen til å heve når en av partene er under gjeldsforhandling .....</b>	<b>52</b>
6.1 Innledende om gjeldsforhandling .....	52
6.1.1 Hva innebærer gjeldsforhandling? .....	52

6.1.2 Frivillig gjeldsordning.....	52
6.1.3 Tvangsakkord.....	52
6.2 Vilkårene for å åpne gjeldsforhandling .....	53
6.3 Skyldnerens avtaler under gjeldsforhandling .....	53
6.3.1 Innledende om skyldnerens avtaler .....	53
6.3.2 Heving etter åpning av gjeldsforhandling .....	54
6.3.3 Heving på grunn av ”avtalens art” .....	54
<b>7. Avsluttende betraktninger .....</b>	<b>55</b>
<b>8. Kildehenvisninger .....</b>	<b>56</b>
8.1 Lovregister.....	56
8.2 Forarbeider.....	57
8.2.1 Norges Offentlige Utredninger.....	57
8.2.2 Ot.prp.....	58
8.3 Rettspraksis.....	58
8.3.1 Høyesterett. ....	58
8.3.2 Lagmannsretten. ....	58
8.4 Juridisk litteratur.....	58
8.5 Juridiske artikler .....	59

# 1. Innledning

## 1.1 Presentasjon av oppgaven, dens tema og formål

Temaet for denne oppgaven er *"Heving av kontrakt ved insolvens hos motparten"*. Adgangen til å heve en avtale følger vanligvis av kontraktsrettslige regler og er som regel betinget av vesentlig mislighold hos en av partene. Vesentlighetskriteriet følger av en rekke lovfestede bestemmelser som for eksempel kjøpsloven<sup>1</sup> §§ 54 første ledd og 55 første ledd.

Hvor dårlig økonomi rammer en av partene og det åpnes gjeldsforhandlinger eller konkurs hos vedkommende, kan det derimot tenkes at den annen part vil tre ut av avtaleforholdet som en direkte følge av dette. Hvor partene ønsker å heve sitt avtaleforhold på grunn av den annen parts insolvens vil det oppstå problemstillinger i forbindelse med den hevingsdisposisjon som utøves, i forhold til åpning av gjeldsforhandling hos skyldneren og i forhold til vedkommendes konkursbo. Vil det være anledning for skyldnerens medkontrahent å heve avtalen på dette grunnlag og vil slik hevingsdisposisjon stå seg i forhold til skyldnerens konkursbo, eller kan boet se bort i fra denne og kreve å få gjennomført avtalen som forutsatt? Problemstillingene må løses med bakgrunn i de alminnelige reglene i dekningslovens<sup>2</sup> kapittel 7 som regulerer skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser under insolvensbehandling.

Et viktig spørsmål i disse situasjoner er om insolvensen isolert sett kan gi grunnlag for opphør av kontrakten ved heving til tross for at det ikke foreligger annet mislighold som er å anse som vesentlig. Det kan også spørres hvorvidt insolvensen kan regnes som en form for vesentlig mislighold ved enkelte kontraktstyper?

I entrepriseretten reguleres en rekke prosjekter av standardavtaler utarbeidet av representanter og juridiske eksperter begge sider av slike avtaleforhold. Disse avtalene inneholder som regel bestemmelser om gjensidighetsbeføyelser i tilfelle av ordinært mislighold eller insolvens hos en av partene. Oppgaven vil ta for seg disse avtalebestemmelsene hvor de gir partene en hevingsrett på bakgrunn av at medkontrahenten befinner seg i en slik økonomisk stilling at

---

<sup>1</sup> Lov om kjøp, 13 mai 1988 nr. 27 (kjl.)

<sup>2</sup> Lov om fordringshavernes dekningsrett, 8 juni 1984 nr. 59 (deknl.)

insolvens er inntrådt eller nært forestående. Slike såkalte hevingsklausuler er i stor grad benyttet i entrepriseretten, men er ikke like fremtredende på andre rettsområder. Det vil legges vekt på forholdet mellom den klausul som det er enighet om og konkursboets rettigheter, herunder den inntredelsesrett boet har i konkursdebitors gjensidig tyngende avtaler jf. dekl. § 7-3 første ledd. Det vil i denne forbindelse bli redegjort for hevingsbestemmelsen i NS 8405 – Norsk bygge- og anleggskontrakt<sup>3</sup>.

Det hovedsakelige formål med denne oppgaven er å gi en strukturert oversikt over gjeldende rett i forhold til de særlige spørsmål som melder seg når heving av kontrakt på grunn av insolvens er aktuelt. Oppgaven vil også omhandle de tilfeller hvor insolvensen er nært forestående, herunder i gjeldsforhandlingstilfellene. Da det ikke er utarbeidet noen hovedproblemstilling knyttet opp mot oppgavens tema vil derfor de enkelte problemstillingene fortløpende bli presentert og redegjort for.

## **1.2 Rettskilder og metode**

### **1.2.1 Metodespørsmål**

I forhold til oppgavens tema, som omfatter rettsgrunnlag av både lovbestemt og avtalebestemt art vil den juridiske metoden variere i innhold. Det har for eksempel vært uenighet om avtaler i det hele tatt skal regnes som en rettskilde, noe Eckhoff i sin fremstilling av rettskildelæren er skeptisk til. Han legger til grunn at avtaler normalt ikke har betydning for bedømmelsen av generelle rettsspørsmål og at de derfor ikke kan anses som en egen rettskilde.<sup>4</sup> Det må til tross for denne uenighet representere den alminnelige oppfatning at også avtalebestemmelser er å anse som egne rettskilder. Det følger av Nygaard at særlig standardavtaler lettere blir akseptert som en egen rettskildefaktor, men det er ikke dermed sagt at metoden for anvendelse av avtalebestemmelser og lovbestemte regler er identisk.<sup>5</sup>

Den mest påfallende forskjell mellom lov og avtale som rettskilde er utgangspunktet for rettanvendelse i lys av disse. Når man står ovenfor problemstillinger som har et lovbestemt

---

<sup>3</sup> Heretter ”NS 8405”.

<sup>4</sup> Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5. Utgave, Oslo 2001 s. 25.

<sup>5</sup> Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og Standpunkt, 2. Utgave, Oslo 2004 s. 340.

rettsgrunnlag vil lovteksten være det avgjørende, mens det i avtaletilfellene er den enighet som forelå mellom partene på avtaletidspunktet som i utgangspunktet skal legges til grunn.

Den forskjell i rettsanvendelse, og da særlig i forhold til tolkningen, må tas med som et moment når rettslige problemstillinger skal løses på bakgrunn av slike avvikende rettsgrunnlag.

### **1.2.2 Rettskildesituasjonen**

Innen norsk rett foreligger en omfattende regulering av hevingsspørsmålet samt forholdet mellom skyldnerens konkursbo og skyldnerens kontraktspartner. Alminnelige regler om heving er lovfestet i forhold til en rekke spesielle avtale typer, for eksempel i kjøpsloven §§ 26 og 54 og håndverkertjenesteloven<sup>6</sup> § 43, mens hevingsadgangen i forhold til gjeldsforhandling og konkurs i sin alminnelighet reguleres av dekningslovens bestemmelser.

På kontraktsrettens område foreligger det i tillegg til deklatoriske og preseptoriske lovbestemmelser også viktige standardavtaler som regulerer rettigheter i forhold til heving, for eksempel NS 8405 og tilgrensende kontraktsstandarder som ofte inneholder en omfattende regulering av misligholdstilfellene.

Det foreligger om hevingsspørsmålet mye rettspraksis, men dette ser ikke ut til å gjelde heving på grunn av insolvens, som er oppgavens tema. Høyesterett har ikke behandlet spørsmål som dreier seg om heving ved insolvens, herunder om avtalte hevingsklausuler, og praksis fra lagmannsretten berører så vidt spørsmålet. Som en konsekvens av dette har det blitt sendt ut forespørsel til alle landets tingretter, dog uten positivt svar.

Det bør i lys av dette kunne legges til grunn at heving på bakgrunn av medkontrahentens insolvens er en problemstilling som ofte løses ved bobehandlingen. Det er derimot ikke sagt at problemstillingen er upraktisk, heller tvert i mot. Skiftende økonomiske tendenser de siste årene vil etter min mening kunne føre til at problemstillingen i tiden fremover vil kunne bli mer aktuell. Det vil både ved avtaleslutning og ved etterfølgende tvister være av betydning å ha oversikt over rettsområdet slik at den enkelte avtalepart kan sikre sine rettigheter i tilstrekkelig grad.

---

<sup>6</sup> Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere, 16 Juni 1989 nr. 63 (hvtjl.).

Den rettskildesituasjon som foreligger medfører at de problemstillinger som er aktuelle må gjøres rede for og løses med særlig henblikk til de uttalelser som følger av lovenes forarbeider samt teoretiske fremstillinger og reelle hensyn.

### **1.3 Avgrensning av oppgaven**

Oppgavens innhold retter seg i all hovedsak mot de problemstillinger som oppstår når en kontraktspart anser seg berettiget til å heve på grunn av medkontrahentens insolvens.

Det vil falle utenfor oppgaven å behandle spørsmålet om heving på grunn av ordinært betalingsmislighold delvis fordi dette verken er en betingelse for eller et bevis på motpartens insolvens og delvis for at grunnlaget for hevingen da ikke nødvendigvis er den ene parts insolvens. Heving i gjeldsforhandlingstilfellene anses derimot å ha en så nær sammenheng med insolvenssituasjonen at denne likevel vil omfattes.

Oppgavens innhold begrenses til å gjelde de gjensidig bebyrdende avtaler i betydningen av at det er minst to parter i det avtaleforhold som omhandles, samt at begge parter har forpliktelser ovenfor hverandre. Dette fører til at det i stor grad er personer og firma som driver næringsvirksomhet som omhandles. De rent private ensidige disposisjoner som for eksempel et gaveløfte omfattes ikke.

Det vil videre ikke redegjøres for de rent avtalerettslige sider rundt temaet. Hvorvidt en kontrakt kan heves på grunn av at den er ugyldig eller urimelig jf. avtaleloven<sup>7</sup> vil derfor ikke omfattes. Erstatningsrettslige spørsmål vil heller ikke ble behandlet i oppgaven.

### **1.4 Den videre fremstilling**

Oppgaven vil i det videre behandles i fire hoveddeler, hvor generelle drøftelser rundt heving, insolvens- og dekningsrett gjennomgås først i punkt 2 og 3. Videre behandles den lovbestemte hevingsadgang ved insolvens i punkt 4, hvorpå punkt 5 tar for seg de avtalebestemte

---

<sup>7</sup> Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer, 31 mai 1918 nr. 4 (avtl.)



hevingsklausulenes stilling, og til slutt vil det i punkt 6 gjøres særskilt rede for gjeldsforhandlingstilfellene.

Det vil etter min mening være naturlig og formålstjenlig å behandle gjeldsforhandlingstilfellene til sist, da en rekke bestemmelser som også gjelder for disse gjennomgås i forbindelse med heving ved insolvens og konkurs og således må ses i lys av dette.

## **2. Heving som misligholdsbeføyelse.**

### **2.1 Innledende om heving**

Det grunnleggende utgangspunktet på avtalerettens område fremgår av det allmenngyldige prinsippet "*pacta sunt servanda*", som på latin betyr at avtaler skal holdes. Prinsippet er et av de mest fremtredende vi har i norsk rett og fremgår av Kong Christian Den Femtis Norske Lov<sup>8</sup> femte bok, første kapittel, 2 art. Det følger av lovens ordlyd at kontrakter skal holdes slik de er inngått og slik vil prinsippet også ha grunnleggende betydning på kontraktsrettens område. Til tross for dette utgangspunktet vil det alltid være behov for regler som regulerer partenes etterfølgende rett til å påberope seg ulike typer mislighold, og av de misligholdsbeføyelser som eksisterer er heving normalt blant de mest inngripende.

Kontraktslovgivningen inneholder en omfattende regulering av misligholdsbeføyelsene som er tilgjengelige mellom avtalepartene, men det er først ved de mest omfattende misligholdssituasjonene at heving er aktuelt. Det fremgår for eksempel av kjøpsloven §§ 54 og 55 at selgeren kan heve et kjøp på grunn av hhv. manglende betaling eller manglende medvirkning fra kjøperen. Det grunnleggende vilkår er derimot at misligholdet er å anse som vesentlig, se blant annet kjl. § 54 første ledd og avhendingsloven<sup>9</sup> § 4-3 første ledd.

---

<sup>8</sup> Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15 april 1687. (NL.)

<sup>9</sup> Lov om avhending av fast eiendom, 3 juli 1992 nr. 93 (avhl.)

## 2.2 Hevingsbegrepet

I følge forarbeidene til forbrukerlovgivningen innebærer heving at *”partenes gjensidige rettigheter og plikter etter kontrakten bortfaller”*.<sup>10</sup> Hevingsbegrepet beskrives av Viggo Hagstrøm som kreditors opphevelse av *”partenes gjensidige rett og plikt til å oppfylle avtalen in natura, fordi det krav han har mot den annen part, er misligholdt”*.<sup>11</sup> Hevingsbegrepet forekommer i en rekke lovverk og begrepets innhold må anses å være alminnelig kjent.

At det i følge Hagstrøm er kreditor som har hevingsrett kan derimot presiseres nærmere. ”Kreditor” er i følge Bergsåker den som har et pengekrav på noen.<sup>12</sup> Det er derimot ikke sagt at den hevingsberettigede må ha et pengekrav for å gjøre gjeldende sin rett. Benevnelsen ”realkreditor” brukes for eksempel om kreditor som har krav på annet enn penger, typisk en naturalytelse. Det er klart at også kreditor for en naturalytelse kan ha mulighet for å få hevet en avtale vedkommende er bundet av. Det følger for eksempel av hvtjl. §§ 15 og 16 at forbrukeren kan heve avtalen på grunn av forsinkelse, og at tjenesteyteren dermed ikke har rett til betaling. Forbrukeren er i vedkommende tilfelle realkreditor for den ytelse som skal presteres, nemlig håndverkertjenesten.

### 2.2.1 Virkningene av heving

Virkningene av at en avtale heves er som oftest omfattende og inngripende. I kjøpsloven § 64 første ledd fremgår virkningene av heving klart. Bestemmelsen lyder slik:

*”Når kjøpet heves faller partenes plikt til å oppfylle kjøpet bort”*

Hvtjl. § 16 første ledd lyder slik:

*”Hever forbrukeren hele avtalen, har tjenesteyteren ikke rett til betaling.”*

En naturlig språklig forståelse av ordlyden i disse bestemmelsene belyser det vesentlige rundt hevingsinstituttet. Partenes gjensidige plikter ovenfor hverandre bortfaller, og såfremt heving

---

<sup>10</sup> NOU 1979:42, forbrukertjenester, s. 51.

<sup>11</sup> Viggo Hagstrøm, i samarbeid med Magnus Aarbakke, Obligasjonsrett, 2003 Oslo s. 409.

<sup>12</sup> Trygve Bergsåker, Pengekravsrett, 1994 Oslo s. 19.

i vedkommende tilfelle er berettiget vil således partenes betalings- og ytelsesplikt opphøre. Hevingen medfører med andre ord at det settes en strek over hele avtalen.

I avtaleforhold hvor verdien av ytelsene er forholdsvis liten vil det ikke skape de store ringvirkninger dersom heving fører frem. Hvor avtaleforholdet er stort og komplekst vil derimot heving kunne føre til alvorlige konsekvenser for partene ettersom de fratras sin mulighet til å oppfylle og dermed sin rett til vederlag.

### **2.2.2 Skal det heves kun for fremtidig oppfyllelse eller med tilbakevirkende kraft?**

Det grunnleggende trekk ved heving er som nevnt at det settes en strek over den avtale som eksisterer. Dette er i og for seg greit dersom ytelsene ikke er prestert. Hvor partene derimot har prestert sin del av avtalen, helt eller delvis, oppstår det spørsmål om hvor vidt hevingen vil favne. Skal det som allerede er prestert holdes utenfor eller skal det heves med tilbakevirkende kraft slik at de ytelser som allerede er presterte tilbakeføres? Spørsmålet kan også uttrykkes slik at det enten heves "ex tunc" eller "ex nunc".

Heving "ex tunc" vil innebære at den hevingsberettigede kan nekte å motta ytelsen og videre bli fritatt for å prestere egen ytelse.<sup>13</sup> Slik heving fører også til at de allerede presterte ytelser tilbakeføres. Partene stilles som om avtalen aldri var inngått.

Det annet alternativ er heving med virkning kun for fremtiden, "ex nunc". Hevingen vil i disse tilfellene kun virke fra hevingstidspunktet og fremover. De allerede presterte ytelsene vil partene følgelig ha krav på betaling for, mens de ytelser som ennå ikke er prestert bortfaller i sin helhet.

Hvorvidt det skal heves "ex tunc" eller "ex nunc" avhenger av grunnlaget for den avtale som foreligger, lovregulering samt de reelle hensyn som ligger til grunn for avtaletypen. Eksempelvis er det i kjøpsforhold normalt å heve med tilbakevirkning, slik at allerede presterte ytelser tilbakeføres, se kjøpsloven § 64 annet ledd. Ved avtale om håndverkertjenester for forbrukere og lignende avtaletyper er heving fremover det normale, se eksempelvis hvtjl. § 15 annet ledd. Det er i håndverkertjenesteforhold ofte vanskelig å adskille det arbeid som er gjort fra tingen arbeidet er gjort på. Det vil derfor være upraktisk

---

<sup>13</sup> Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II, 3. Utgave, Bergen 2007 s. 151.

dersom heving av slik avtale skulle fått virkning for det allerede utførte arbeid, slik at dette måtte adskilles og tilbakeføres. Partene har derimot anledning til å avtale seg bort fra lovens bestemmelser så fremt disse ikke er tvingende, og de kan dermed skissere opp den løsning som best passer dem.

### **2.3 De reelle hensyn som begrunner adgangen til heving**

Heving er som nevnt den mest inngripende av misligholdsbeføyelsene og må derfor reserveres for de tilfeller hvor mindre inngripende beføyelser, som for eksempel prisavslag eller retting, ikke anses å være tilstrekkelig for å opprettholde balansen i den opprinnelige avtale som foreligger.

Det vil virke urimelig dersom partene ikke har anledning til å komme seg ut av et avtaleforhold hvor den annen part utøver mislighold i en slik grad at avtalen står i fare for i det hele tatt bli gjennomført. I de fleste bygge- og entrepriserforhold er både byggherre og entreprenør tilsluttet andre kontraktsparter og dersom en av partene misligholder vil dette skape ringvirkninger gjennom hele kontraktskjeden. Partenes rett til å stanse arbeidet, samt medkontrahentens tilbakeholdsrett i betaling jf. eksempelvis hvtjl. §§ 42 første ledd og 13 første ledd vil kunne føre til at slike prosjekter stopper opp, at arbeidere ikke får betalt og at andre kontraktsparter ikke får gjennomført sitt arbeid pga forsinkelser.

Hevingsretten balanserer avtalepartenes behov for å komme seg ut av et slikt belastende avtaleforhold, og søker dermed også å redusere risikoen for at mer komplekse avtaleforhold som nevnt stopper opp. At heving i disse tilfellene anerkjennes gjør at den part som vil påberope seg et mislighold kan komme seg ut av kontrakten, finne en ny motpart til å gjennomføre avtalen og dermed begrense den forsinkelse og det tap som påføres. Også hensynet til tredjemann er med å begrunne hevingsrett. Hvor tredjemann, typisk kjøper av en eiendom ikke får levert i henhold til kontrakten vil det være gunstig for denne at byggherren kan heve og på annen måte få ferdigstilt arbeidene.

Det kan argumenteres for at retten til å kreve erstatning vil kunne avhjelpe de hindringer som misligholdet fører med seg og at heving derfor må ha en meget høy terskel, men dette kan som oftest ikke legges til grunn. Retten til å kreve erstattet et eventuelt tap jf. for eksempel hvtjl. § 28 første ledd vil ikke være til stor hjelp hvor den ytelse som er avtalt ikke består i

betaling av penger. Det er ofte gjennomføringen av arbeidet som er fremtredende, og hvor en slik ytelse blir vesentlig forsinket, enten på grunn av vanlig mislighold eller på grunn av insolvens, taler dette for at den annen part gis anledning til å fri seg fra avtalen og deretter inngå avtale med en ny kontraktspart om gjennomføringen.

Det at misligholdet generelt sett må være vesentlig gjør at partene i første omgang er henvist til å løse problemet på en mildere måte, ved retting eller prisavslag. Heving kan da normalt sett ikke gjøres gjeldende. Heving tar etter dette sikte på å regulere de mest vesentlige misligholdssituasjonene og er ikke kurant å påberope seg.

### **3. Partenes insolvens og dekningsadgang**

#### **3.1 Innledende om insolvens og dekning**

I de tilfeller hvor en person eller en virksomhet har pådratt seg gjeld av en slik størrelse at denne ikke makter å gjøre opp for seg vil vedkommendes kreditorer i hovedsak ha to muligheter for å inndrive sitt tilgodehavende. For det første kan de forsøke å inndrive sitt krav på normalt vis ved betalingsoppfordring og eventuelt utlegg jf. tvangsfullbyrdelsesloven<sup>14</sup> kap. 7 flg. Ved slik enkeltforfølgelse vil kun det krav vedkommende kreditor har på skyldneren bli forfulgt, og kun kreditor som forfølger kravet vil få dekning. For å unngå et kappløp om dekning hos skyldner som er i økonomiske vanskeligheter er det for det annet en mulighet for kreditorene å begjære vedkommende skyldner konkurs, og på den måte avverge at enkelte kreditorer stilles i en bedre stilling og således påvirke den tilfeldige og urimelige fordeling som kan oppstå ved enkeltforfølgning.

#### **3.2 Skyldnerens insolvens**

##### **3.2.1 Insolvensbegrepet**

Insolvensbegrepet er sentralt ved konkurs og gjeldsforhandling og gir uttrykk for den situasjon eller tilstand en skyldner er i eller må være i for å kunne omfattes av en del av de

---

<sup>14</sup> Lov om tvangsfullbyrdelse, 26 juni 1992 nr. 86. (tvangsl.)

spesielle reglene som gjelder på området. Begrepet vil med dette både tjene som en beskrivelse på en tilstand og være et rettslig vilkår i forskjellige henseender. For eksempel er hovedvilkåret for å ta til følge begjæring om konkurs at vedkommende skyldner er insolvent. Dette følger av konkursloven<sup>15</sup> § 60 som lyder:

*”Er skyldneren insolvent, skal vedkommendes bo tas under konkursbehandling når det begjæres av skyldneren eller en fordringshaver”*

Hva som ligger i insolvensbegrepet vil videre gjøres rede for.

### **3.2.2 Konkursloven § 61**

Vilkårene for insolvens følger av kkl. § 61. Bestemmelsen lyder slik:

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

I følge konkurslovens forarbeider forklares insolvensbegrepet best ved hjelp av begrepene insuffisiens og illikviditet.<sup>16</sup> Disse begrepene gis det uttrykk for i § 61, hvor illikviditet inntreer når skyldneren ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, mens insuffisiens foreligger hvor skyldnerens gjeldsforpliktelser overstiger den reelle verdien av vedkommendes eiendeler.

Det følger av juridisk teori at det må kreves ”noe i retning av et generelt økonomisk sammenbrudd”, og videre at både illikviditet og insuffisiens er nødvendige krav for insolvensen.<sup>17</sup> Dette synspunkt er videreført i dagens lovgivning som på dette punkt i stor grad bygger den tidligere rettstilstand, samt på Brækhus’ fremstilling.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Lov om gjeldsforhandling og konkurs, 8 juni 1984 nr. 58. (kkl.)

<sup>16</sup> NOU 1972: 20 s. 120.

<sup>17</sup> Sjur Brækhus, Konkursrett, utvalgte emner, Oslo 1970 s. 58.

<sup>18</sup> NOU 1972: 20 s. 120.

At skyldneren etter kkl. § 1 skal være i stand til å dekke sin gjeld etter hvert som den forfaller og dermed være solvent innebærer jf. forarbeidene ikke bare at den gjeld som allerede er forfalt skal dekkes, men også at de øvrige og fremtidige forpliktelser må kunne dekkes etter hvert som de forfaller.<sup>19</sup> Dette stiller etter min mening krav til grundighet ved avgjørelsen av om insolvens foreligger. Dersom skyldnerens forventede inntekter ikke anses å strekke til, eller det ikke blir sannsynliggjort at fremtidig inntekt vil finne sted vil dette tale for å fastslå insolvens.

Suffisiensvurderingen må naturlig nok gjøres konkret for hvert enkelt tilfelle og vil hos enkelte skyldnere, særlig de som driver virksomhet, ikke være kurant. Vurderingen må ta utgangspunkt i skyldnerens eiendeler på tidspunktet, men det kan i mine øyne ikke ses blindt på den verdi eiendelene utgjør der og da. Det vil for enkelte eiendeler kreves en møysommelig prosess for å få realisert den verdi som denne representerer. Markedsendringer underveis i prosessen kan derfor føre til at verdien faller før realisasjonen. Dette er forhold som må vurderes nøye når verdien av skyldnerens aktiva fastsettes. I følge Brækhus vil også likviditetsvurderinger kunne være av betydning dersom skyldnerens eiendeler består av aksjer eller andre eiendeler som representerer en verdi i form av virksomhetsutøvelse. Dersom en virksomhet skal overdras vil det være stor forskjell ved verdifastsettingen for en likvid virksomhet i drift og en virksomhet som ikke er drivverdig, til tross for at det foreligger en del underliggende verdier i virksomheten.<sup>20</sup>

Det følger av Rt 2012 s. 1310 avsnitt 17 at det er konkursrekvirenten som har bevisbyrden for at han har et krav som kan tjene som grunnlag for konkursåpning. Det samme gjelder i forhold til insolvensen. Dette må tolkes dit hen at den som begjærer skyldneren konkurs må kunne føre bevis for at vedkommende er insolvent. Skyldneren selv skal dermed ikke måtte ha bevisbyrden for at han feilaktig har blitt begjært konkurs, og det kreves videre klar sannsynlighetsovervekt for at insolvens skal kunne konstateres. Dette begrunnes med at det vil være vesentlig mer betenkelig med en uriktig konkursåpning enn en feilaktig nektelse av å åpne konkurs.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> NOU 1972: 20 s. 121.

<sup>20</sup> Brækhus op. cit. s. 61.

<sup>21</sup> Rt 2012 s.1310, avsnitt 17.

### 3.3 Fordringshavernes dekningsrett

#### 3.3.1 Innledende om dekningsrett

Kreditor som har et krav på debitor kan dersom kravet ikke blir gjort opp på normal måte enten ved enkeltforfølgning eller generalbeslag, kreve hele eller deler av sitt tilgodehavende oppgjort gjennom å få skyldnerens eiendeler realisert. Hvilke eiendeler som kan tas dekning i fremgår av dekningslovens bestemmelser, og da særlig første del som regulerer gjenstanden for fordringshavernes dekningsrett.

Det vil både for gjeldsforhandlings- og konkurstilfellene være relevant å kjenne til disse reglene, da kreditor slik vil ha bedre forutsetninger for å kunne ta stilling til eventuelle hevingsdisposisjoner som vil kunne gjøres gjeldende når egne interesser skal sikres. Reglene vil derfor kort gjennomgås nedenfor.

#### 3.3.2 Dekningsloven § 2-2

Deknl. § 2-2 regulerer hvilke eiendeler fordringshaverne har rett til å ta dekning i ved en eventuell gjeldsforfølgelse. I utgangspunktet kan det i følge bestemmelsens ordlyd tas dekning i:

*”ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger.”*

Retten til dekning i ”ethvert formuesgode” begrenses derimot hvor noe annet er fastsatt ved *”lov eller annen gyldig bestemmelse”*, og bestemmelsen er derfor kun å anse som et rettslig utgangspunkt. Det foreligger en rekke beslagsforbud i loven og disse må respekteres av boet, se eksempelvis reglene om beslagsfrihet for skyldnerens personlige eiendeler i § 2-3.

Det er de formuesgoder som *”tilhører skyldneren”* på beslagstiden som kan tas dekning i. En antitetisk tolkning av bestemmelsens ordlyd tilsier at formuesgoder som ikke tilhører skyldneren skal holdes utenfor. Det kan dreie seg om formuesgoder som er lånt av andre, som leies av skyldneren eller som er blitt avhendet før konkurs åpnes og hvor medkontrahenten har fått rettsvern for sin del av ytelsen.



I følge uttalelser i Rt 1935 s. 981 er det kun de formuesgoder som skyldneren reelt sett er eier av som kan tas beslag i. Dette gjør at proforma eierskap ikke vil innebære endringer i forhold til hvilke gjenstander som det kan tas dekning i. I saken var en eiendom formelt sett overdratt til skyldneren, men i realiteten var dette gjort for hans far. Boet fikk ikke medhold i at eiendommen kunne trekkes inn i boet.

For å skape klarhet rundt hva som tilhører hvem og for å unngå kreditorsvik ved at eiendeler påstås å tilhøre andre enn skyldneren er det et krav om at erververen av en formuesgjenstand oppnår rettsvern for sitt erverv for å kunne utøve separatistrett for sitt krav på skyldneren, og at gjenstanden dermed ikke kan tas beslag i av skyldnerens kreditorer. Separatistrett er i juridisk teori beskrevet som tredjepartsrettighet som går foran kreditorbeslaget og som gir vedkommende tredjepart en særskilt rettighet i forhold til boet.<sup>22</sup>

Typiske tilfeller hvor reglene om separatistrett blir aktuelle er for eksempel hvor løsøregjenstander er kjøpt og betalt, men hvor det ved konkursåpning oppstår spørsmål rundt leveringen, eller for fast eiendoms rettsforhold hvor avtale om kjøp er inngått men verken kjøpekontrakt eller skjøte er tinglyst.

Hvor en gjenstand overdras mellom to parter oppnås rettsvern for erververen til den ervervede gjenstand på forskjellig vis alt etter hvilken type overdragelse det dreier seg om. For fast eiendom må en rettighet, dersom den skal stå seg ovenfor konkursen, tinglyses senest dagen før konkursåpningen jf. tinglysingsloven<sup>23</sup> § 23. Ved erverv av løsøre reguleres rettsvern av ulovfestede regler som følger av rettspraksis, for eksempel ku- og jernskrapdommene, hhv. Rt 1910 s. 231 og Rt 1912 s. 263. I følge disse reglene må overlevering av salgsobjektet være skjedd for at kjøperen skal være sikret rettsvern og derfor også kunne utøve separatistrett i konkurs. Rettsvernsreglene kan foruten om de nevnte utgangspunkter være omfattende og til dels kompliserte. Det faller imidlertid utenfor oppgavens tema å redegjøre noe nærmere for disse.

I forhold til hevingstilfellene blir spørsmålet om rettsvern og separatistrett aktuelt i forhold til partenes situasjon når det oppstår insolvens hos medkontrahenten. Vil kreditor kunne utøve

---

<sup>22</sup> Mads Henry Andenæs, Konkurs, 3. utgave, Oslo 2009 s. 155.

<sup>23</sup> Lov om tinglysing, 7 juni 1935 nr. 2. (tingl.)

separatistrett ved å heve, i betydningen at hans ytelse da kan tilbakeføres? og hvordan stiller dette seg i forhold til konkursboets rettigheter? Spørsmålene vil søkes løst i det følgende.

## **4. Den lovbestemte hevingsadgang**

### **4.1 Innledende om problemstillingen**

I de fleste kontraktsforhold, og etter min mening særlig i entreprisekontrakter, er det alltid en risiko for at en av partene forviller seg inn i en dårlig økonomisk stilling og derfor ikke evner å gjennomføre kontrakten slik den opprinnelig ble inngått. For den part hvor problemene er av en slik grad at insolvens tilsynelatende er uunngåelig finnes det derimot muligheter.

Vedkommende kan gjennom frivillig gjeldsordning eller tvangsakkord jf. kkl. § 1 få til en avtale- eller tvangsbasert sanering av gjelden og slik ha bedre forutsetninger for å gjennomføre sine forpliktelser. Dersom situasjonen er så prekær at dette ikke er en reell mulighet for skyldneren, er konkurs nært forestående.

For å sikre den annen parts interesser i en slik situasjon er det i deknl. kap. 7 gitt bestemmelser som regulerer vedkommendes rettigheter i forbindelse med de kontraktsforhold som består mellom partene. Disse reglene fungerer uavhengig av de rettskilder som gjør seg gjeldende i kontraktsforholdet isolert sett. De rettskilder som på en annen side regulerer kontraktsforholdet før partenes økonomiske problemer omfatter hevingsbeføyelser som gjør seg gjeldende ved en av partenes vesentlige mislighold. Et spørsmål som melder seg er hvorledes ”vesentlig mislighold” av kontrakt stiller seg i forhold til en parts ”insolvens” som opphørsgrunnlag. Vil det at en part blir insolvent være ensbetydende med at kontrakten er vesentlig mislighold og på dette grunnlag gjøre partene hevingsberettiget, eller er det liten eller ingen sammenheng mellom disse vilkårene?

En hevingsrett for en av partene gir i følge Andenæs skyldnerens medkontrahent sikkerhet i sin egen ytelse til skyldneren hvor denne ikke er overgitt og derfor ikke anses å tilhøre vedkommende jf. deknl. § 2-2.<sup>24</sup> Jeg er enig i dette, og hevingsretten må på denne bakgrunn ses på som et viktig virkemiddel for den solvente part ved sikring av sine egne interesser.

---

<sup>24</sup> Andenæs op. cit. s. 200.

## 4.2 De reelle hensyn som begrunner rett til heving

### 4.2.1 Partenes stilling

I gjensidig bebyrdende avtaleforhold er det den solvente part som løper størst risiko når den annen part kommer i en slik økonomisk stilling som nevnt ovenfor. Den solvente part vil i motsetning til skyldneren ofte kunne være i en god økonomisk situasjon og ha gode utsikter for videre drift, og vil derfor være mer beskyttelsesverdig enn skyldneren som i mange tilfeller må innse at det ikke er noe særlig håp om å komme seg ut av sine økonomiske problemer.

I kontraktsforhold hvor begge parter er solvent vil sikring av egne interesser ved heving som oftest føre til at ytelsene mellom partene tilbakeføres og dermed stille partene som om avtalen ikke var inngått. Dette vil ikke være utgangspunktet hvor en av partene er i et økonomisk utføre av en slik grad at insolvensen er inntrådt eller nært forestående.

Den solvente part må for å kunne ivareta sine interesser i kontraktsforholdet derfor holde seg tilstrekkelig opplyst om den annen parts stilling, og da særlig om vedkommendes økonomi. Ettersom det ikke alltid er like kurant å få oversikt over noens økonomiske, eller andre personlige forhold, taler både rimelighets- og forutberegnelighetshensyn for at den solvente part bør ha en mulighet til å komme seg ut av et kontraktsforhold vedkommende ikke er tjent med å være i, til tross for at det ikke på forhånd hefter feil eller mangler ved kontrakten. Mot den solvente parts mulighet til å komme seg ut av avtaleforholdet taler derimot hensynet til skyldneren selv, og under konkursbehandling, også hensynet til kreditorfellesskapet, som begge vil bli satt i en dårligere økonomisk stilling dersom medkontrahenten tillates å bli frigjort fra avtalen.

I kontraktsforhold hvor begge partene er solvent vil ikke de samme hensyn gjøre seg gjeldende til tross for at en av partene kan oppleve en svingende økonomi. Det vil i mine øyne ikke i samme grad være rom for vurderinger rundt skyldnerens økonomiske situasjon dersom kontrakten oppfylles i henhold til det avtalte, og det skal derfor mye til for at skyldnerens økonomi skal kunne begrunne hevingsrett for medkontrahenten. En vil da være henvist til de alminnelige regler om heving av kontrakt, som vanligvis stiller krav om vesentlig mislighold.

Som det vil bli gjort rede for nedenfor eksisterer det en rett for skyldnerens konkursbo til å tre inn i skyldnerens avtaler og videreføre disse etter konkursen. Ettersom kontrakten da vil måtte videreføres på samme vilkår som før konkursen må det stilles spørsmål om hvorfor den solvente part uansett vil heve den gjensidig bebyrdende avtale som eksisterer mellom partene?

Hvorvidt den solvente part får en fordel av å heve avtalen kommer an på flere forhold. Det vil først og fremst være av betydning om ytelsene i henhold til kontrakten er overgitt til skyldneren og hvorvidt betaling har skjedd eller ikke, altså om oppfyllelsen av avtalen er påbegynt eller ikke, og videre om det i forlengelsen av dette foreligger uoppfylte deler av kontrakten som medkontrahenten kan være tjent med å heve. Som kjent vil ytelser medkontrahenten har fått rettsvern for inngå i boet og heving vil ikke uten videre gi rett til en restitusjon av disse.

Er ytelsene enda ikke prestert vil den solvente part ikke ha ytt noe kreditt og hans tilbakeholdsrett vil da tjene til sikkerhet for hans krav på motparten. Det vil til tross for dette være kontraktsforpliktelser som gjenstår å oppfylle, men hvor det likevel kan tenkes at medkontrahenten vil kunne vinne en fordel ved å heve kontrakten ovenfor skyldneren og dens konkursbo. Jeg vil i neste punkt drøfte hva som eventuelt kan begrunne et ønske om heving.

#### **4.2.2 Endrede forhold etter avtaleinngåelsen**

Hvor boet ønsker å tre inn i den avtale som foreligger vil dette tilsynelatende sikre den solvente parts interesser ved at avtalen gjennomføres på de vilkår som opprinnelig er avtalt jf. dekl. § 7-4 første ledd, og ved at kravet dekkes som massefordring. Dette vil derimot ikke alltid være tilfellet. Både endrede markedsforhold, samt endrede kontraktsforhold som følge av partsskifte vil kunne føre til at kontrakten blir mindre verdifull for medkontrahenten og slik begrunne et ønske om å komme seg ut av kontraktsforholdet.

I en langvarig kontrakt om levering av varer eller tjenester vil det for eksempel kunne oppstå endringer i valutakurs, etterspørsel/behov, kvalitetskrav eller lignende, og som dermed fører til en dårligere lønnsomhet for medkontrahenten. Det er for eksempel inngått langvarig avtale om levering av brøytetjenester til fastpris, hvorpå et usedvanlig vintervær gjør at tilbydereren går i null eller taper penger. Det vil da kunne være gunstig for denne å heve avtalen og inngå

ny og justert avtale med en annen kontraktspart. Det er likevel ikke bare hvor skyldnerens medkontrahent vil tape på avtalen at han vil kunne ha et ønske om å heve. Også for det tilfelle at den ytelse han leverer blir verdsatt høyere i dagens marked, og han slik kan tjene mer hos en annen avtalepart, kan heving være gunstig.

Det vil på en annen side kunne tenkes situasjoner hvor den solvente part ikke er tjent med å heve kontrakten, til tross for at denne er ugunstig for ham. Det mest åpenbare er hvor vedkommende har fått rettsvern for sin ytelse og derfor har krav på fullt oppgjør. En annen situasjon nevnes i dekningslovens forarbeider; for eksempel ved avtale om aksjesalg hvor kjøperen går konkurs før oppfyllelse er skjedd, og aksjene på konkurstidspunktet er verdt mindre enn dividendekravet av den opprinnelige salgsverdi. Det vil da kunne lønne seg for den solvente part, her selgeren, å fastholde avtalen for så å kreve dividende av sitt opprinnelige krav.<sup>25</sup>

Det er på det rene at det ved videreførelse av kontrakten etter konkurs vil skje et partsskifte på debitorsiden. Et slikt partsskifte er det etter alminnelig pengekravsrett ikke anledning til uten samtykke fra kreditorsiden.<sup>26</sup> Dette vil derimot kunne stille seg noe annerledes i forhold til de gjensidige avtaleforhold. Det at konkursboet trer inn i avtaleforholdet vil likevel kunne ligge til grunn for det ønske den solvente part har om å tre ut av dette. For eksempel vil det bli en annen part å forholde seg til i forbindelse med etterfølgende mangels- eller erstatningskrav. Den karakter boet har gjør at slike etterfølgende krav ofte går tapt på grunn av at motparten, hvor denne er et selskap, slutter å eksistere før mangelen viser seg og kan påberopes. Å bli sittende igjen med et konkursbo som motpart vil også kunne føre til at kvaliteten på ytelsene ikke blir i henhold til hva som er avtalt. Disse forhold vil drøftes nærmere i forbindelse med gjennomgangen av adgangen til heving nedenfor.

På bakgrunn av det ovenfor nevnte vil den solvente part ofte være i en slik situasjon at vedkommende vil kunne ha et berettiget ønske om å heve kontrakten når motparten kommer i økonomiske problemer. I hvilken grad en slik hevingsrett er berettiget vil i det videre være gjenstand for drøftelse. Jeg vil derimot først gjennomgå en del rettigheter i forbindelse med insolvenssituasjonen ettersom disse er sentrale opp mot gjennomføringen av heving.

---

<sup>25</sup> NOU 1972: 20 s. 319.

<sup>26</sup> Se for eksempel NOU 1999: 31, oppkjøp og inndrivelse av fordringer, pkt. 2.1.2 avsnitt 2.

## 4.3 Den annen parts rettigheter i forkant av heving

### 4.3.1 Partenes stansings- og tilbakeholdsrett

Hevingsrett for en av kontraktspartene i et gjensidig bebyrdende avtaleforhold er nært knyttet opp mot den stansings- og tilbakeholdsrett som eksisterer, samt i konkurstilfellene, boets rett til å tre inn i avtaler skyldneren har inngått jf. deknl. § 7-3 første ledd.

Hvor en av partene misligholder sine forpliktelser i henhold til kontrakten er det et grunnleggende kontraktsrettslig prinsipp at den annen part kan stanse og holde tilbake sin ytelse inntil videre. Stansingsretten har god forankring både i lovverket samt i en rekke standardavtaler, se eksempelvis hvtjl. § 11 første ledd bokstav a jf. § 13 for forsinkelse på entreprenørens side, og § 41 første ledd bokstav a jf. § 42 som regulerer entreprenørens rett til å stanse arbeidet. Kjl. § 10 regulerer selgerens tilbakeholdsrett ved manglende betaling og i NS 8405 fremgår det av dens pkt. 30.2 at entreprenøren ved 24 timers skriftlig varsel kan stanse utførelsen på grunn av vesentlig mislighold.

Den alminnelige bestemmelse om adgang til å holde tilbake egen ytelse følger av dekningsloven § 7-2. Bestemmelsen regulerer stansings- og tilbakeholdsrett på generelt grunnlag og kommer jf. ordlyden til anvendelse hvor det foreligger en gjensidig tyngende avtale. Regelens omfang er i § 7-1 begrenset slik at den ikke kommer til anvendelse hvor annet følger av andre lovbestemmelser eller av ”vedkommende rettsforholds egenart”. Vilåret for å holde tilbake egen ytelse er i følge lovens ordlyd at skyldneren mangler midler til å oppfylle sin del av avtalen i rett tid. Ordlyden ”i rett tid” taler for at tilbakeholdsretten må kunne utøves fra det tidspunkt hvor betaling skulle vært gjort i henhold til avtalen. Er det ikke fastsatt noe forfallstidspunkt vil dette måtte fastsettes på bakgrunn av de alminnelige regler for avtaletypen. Videre kreves det i følge rettspraksis at det foreligger konneksitet mellom ytelsen som tilbakeholdsretten utøves i og den fordringen som tilbakeholdsretten skal sikre.<sup>27</sup> Dette må tolkes dit hen at den annen part ikke kan holde tilbake ytelser som ikke står i sammenheng med det krav som ikke blir gjort opp.

---

<sup>27</sup> Rt 2013 s. 129, avsnitt 29.

### **4.3.2 Hvor lenge kan ytelsen holdes tilbake?**

Et spørsmål som melder seg hvor en av partene utøver tilbakeholdsrett er hvor lenge denne kan opprettholdes ovenfor den annen part.

I følge ordlyden i hvtjl. § 13 første ledd kan forbrukeren *”holde tilbake så mye av betalingen at det sikrer de kravene forbrukeren har som følge av forsinkelsen”*. En tolkning av ordlyden taler for at bestemmelsen tar sikte på å tjene som sikkerhet for de ”krav” forbrukeren har som følge av eventuelt oppstått tap i forsinkelsesperioden. At kravet må være ”som følge av” forsinkelsen jf. ordlyden tyder på at det må være årsakssammenheng mellom forsinkelsen og det krav forbrukeren benytter stansingsretten til å sikre, samt at kravet må springe ut av vedkommende kontraktsforhold. Dette er i tråd med uttalelsene i Rt. 2013 s. 129, som nevnt ovenfor. Kjl. § 4-6 inneholder nesten identisk bestemmelse, og kommer til anvendelse ved avhending av fast eiendom jf. lovens § 1-1.

I hvtjl. § 13 annet ledd er forbrukeren gitt rett til å holde tilbake betaling for selve tjenesten, dersom det er avtalt at betaling skal skje ved arbeidets start, eller etter hvert som tjenesten utføres. Bestemmelsen er etter en naturlig språklig forståelse slik å forstå at stansing og tilbakeholdelse av en ytelse kan opprettholdes inntil arbeidet påbegynnes eller utføres i henhold til avtalen. Dersom ytelsen vedvarer å utebli vil stansingsretten være i behold frem til vilkårene for heving av avtalen eventuelt er til stede, og den vil således falle bort parallelt med at avtalen heves eller gjennomføres slik avtalt. For tjenesteyterens del kan denne jf. hvtjl. § 42 stanse arbeidet i påvente av betaling, og en ser her at det for ytelse som består i betaling av penger vil eksistere en tilbakeholdsrett, mens denne for arbeid eller annen lignende ytelse vil bestå i en rett til å stanse arbeidet. Ytelsen som skal presteres vil altså være avgjørende for hvilken karakter en slik rettighet har.

## **4.4 Konkursboets inntredelsesrett**

### **4.4.1 Innledende om inntredelsesretten**

Etter kkl. § 117 er det under konkursbehandling boets oppgave å realisere skyldnerens eiendeler slik at disse kan tjene til dekning av de fordringer som er meldt inn av kreditorene.

Når konkurs åpnes hos skyldneren jf. kkl. § 60 vil vedkommende jf. kkl. § 100 første ledd være uberettiget til å forføye over boets eiendeler og fordringer, samt til å pådra boet forpliktelser. Konkurskyldneren selv kan i lys av dette verken pådra boet flere forpliktelser eller fristille noen av vedkommendes avtaleparter fra de forpliktelser de har pådratt seg ovenfor ham. Den part som utøver stansingsrett til sikkerhet for avtalt vederlag i et gjensidig tyngende avtaleforhold vil derfor måtte heve slik avtale for å kunne fristille seg fra denne.

Inntredelsesretten, slik den fremgår av dekl. § 7-3, gir boet en utstrakt rett til å tre inn i skyldnerens uoppfylte avtaler til tross for at motparten utøver slik stansingsrett som nevnt ovenfor. Dette gir boet en sterk stilling ovenfor skyldnerens medkontrahenter og kan føre til at en eventuell hevingsdisposisjon fremmet av kreditor avskjæres.

Er den annen parts ytelse overgitt og det ikke er tatt gyldig forbehold om tilbakeføring vil den uten videre gå inn i bomassen jf. dekl. § 2-2. Det vil i disse tilfellene ikke være noe avtale å tre inn i, og boet vil heller ikke ha noe behov for inntreden. Dette vil stille seg annerledes dersom ytelsen ikke er overgitt på konkurstidspunktet eller det ved pantebestemmelse eller annen sikkerhetsrett er tatt gyldig forbehold om tilbakeføring av ytelsen.<sup>28</sup> I disse tilfellene har boet et behov for inntredelsesrett for å skaffe seg den annen parts ytelse.<sup>29</sup> På bakgrunn av dette og de hensyn som ellers gjør seg gjeldende ved konkursavviklingen, gis boet i dekl. § 7-3 første ledd rett til å tre inn i skyldnerens gjensidig tyngende avtaler.

Det uttales i forarbeidene at de unntak fra regelen som eksisterer er så mange og så vesentlige at regelens preg av "hovedregel" kanskje blir mer formell enn reell.<sup>30</sup> Det henvises her til dekl. §§ 7-3 annet ledd og 7-5. Til tross for uttalelsene er det klart at inntredelsesretten spiller en sentral rolle ved bobehandlingen og at den derfor i alle fall må kunne karakteriseres som et sentralt utgangspunkt ved behandlingen av skyldnerens gjensidig tyngende avtaler.

#### **4.4.2 De reelle hensyn som gjør seg gjeldende ved rett til inntreden i avtaleforholdet**

Det uttales i forarbeidene til konkurslovgivningen at *"Skal avviklingen av boet kunne skje noenlunde rasjonelt, må boet – i alle fall for en viss tid – kunne tre inn i debtors kontrakt om*

---

<sup>28</sup> Andenæs op. cit. s. 209.

<sup>29</sup> Andenæs op. cit. s. 209.

<sup>30</sup> NOU 1972: 20 s. 313.



*leie av forretningslokalene, hans arbeidsavtaler med bedriftens funksjonærer og arbeidere, hans salgsavtaler for bedriftens produkter osv.*"<sup>31</sup>

På bakgrunn av denne uttalelsen vil rasjonell avvikling av boet kunne sies å være en av hovedhensynene bak regelen. At skyldneren har drevet på kreditors regning tilsier at boet må kunne realisere så mye som mulig av vedkommendes eiendeler. Det vil ofte ligge en urealisert verdi i de avtaler skyldneren har inngått men ikke rukket å gjennomføre før konkursåpningen, og realisering av disse vil derfor ofte representere en verdi for kreditorfellesskapet. At boet gis en rett til å tre inn i disse gjør at kreditorfellesskapet vil kunne nyte godt av de midler som på denne måte tilføres grunnlaget for den dividendeutbetaling som skal skje.

Uttalelsen i forarbeidene angår først og fremst de tilfellene hvor skyldneren er næringsdrivende, men de samme hensyn vil etter min mening gjøre seg gjeldende dersom det foreligger en avtale hvor dette næringspreget ikke er fremtredende. Det er boets, og dermed indirekte kreditorfellesskapets rettigheter til den verdi avtalen innebærer som beskyttes gjennom regelen og som står sentralt når rekkevidden av denne skal fastslås.

På den annen side står hensynet til skyldneren selv, samt hans medkontrahenter. Det vil til tross for at bobehandlingen søkes gjennomført mest mulig rasjonelt også måtte ses hen til de hensyn som gjør seg gjeldende for disse og deres rettsstilling. For skyldnerens del vil det for eksempel tale mot en rett til inntreden at han etter kontrakten er forpliktet til personlig oppfyllelse, da det verken vil være rimelig eller praktisk å pålegge skyldneren å oppfylle kontrakten under konkursen. Å pålegge skyldneren slik personlig oppfyllelse vil i mine øyne heller ikke i tilstrekkelig grad sikre boet oppfyllelse i henhold til den kontrakt som foreligger. Det er sannsynlig at skyldneren ikke vil yte noen særlig innsats, slik at oppfyllelsen i mange tilfeller vil blitt mangelfull. Den usikkerhet som da vil råde med tanke på å få dekket etterfølgende krav kan i disse tilfellene begrunne en begrensning av retten til inntreden.

For medkontrahentens del vil det også være betenkelig å la boet tre inn på en slik måte. Vedkommende må da prestere sin egen ytelse mot at konkursboet yter sin del som massekrav jf. dekl. § 7-4. Til tross for at boet da må prestere fullt ut og medkontrahenten har sine vanlige kontraktsrettslige innsigelser i behold så vil ikke dette kunne garantere for dekning

---

<sup>31</sup> NOU 1972: 20 s. 311.

ved en eventuell massekonkurs i boet. Medkontrahenten vil i slike tilfeller påføres en betydelig risiko for tap dersom inntredelse aksepteres.

#### **4.4.3 Hvilke avtaler kan boet tre inn i?**

Det er i følge ordlyden i dekl. § 7-3 første ledd første punktum de ”gjensidig tyngende avtaler” som boet gis en rett til å tre inn i. En naturlig språklig forståelse av ordlyden taler for at boet gis rett til å tre inn i avtaler hvor begge parter skal yte noe og hvor begge parter har krav på motytelse. De ensidige løfter, typisk et gaveløfte, vil stå i en annen stilling, ettersom de i alminnelighet ikke gir den forpliktete noe krav på motytelse. Giveren vil ved slike ha separatistrett i ytelsen frem til overleveringen er skjedd. Å gi boet en rett til å tre inn i slike mener jeg ville vært svært urimelig ovenfor giveren ettersom denne ikke har noe motkrav, og denne løsning følger derfor i mine øyne klart av lovens ordlyd.

Det er i følge ordlyden kun de avtaler som skyldneren selv har sluttet som boet har anledning til å tre inn i. Det må være klart at ingen andre kan inngå avtaler på vegne av skyldneren, men det må likevel være tilstrekkelig at en avtale er inngått ved gyldig fullmakt. Videre må ordlyden tolkes slik at avtaler som ikke enda er inngått, vil falle utenfor. Boet kan etter bestemmelsen ikke ha noe krav på å fullføre en avtaleinngåelse på vegne av skyldneren og på dette vis få rett til inntreden.

#### **4.5 Når kan en kontrakt heves på grunn av insolvensen?**

##### **4.5.1 Innledende om adgangen til å heve**

Som tidligere nevnt er det alminnelige vilkår for å heve at det foreligger et ”vesentlig mislighold”. Et spørsmål som vil bli behandlet i det videre er hvorvidt insolvensen i seg selv vil kunne danne et selvstendig grunnlag for opphør av kontrakten ved heving, til tross for at konkursboet vil benytte sin rett til inntreden. Vil boet kunne tre inn å legge beslag på ytelsene eller vil insolvensen føre til at medkontrahenten gis rett til å fastholde sin tilbakeholdsrett og avslutte kontraktsforholdet ved å heve?

Utgangspunkter er i følge rettspraksis og teori at konkurs i seg selv ikke er å anse som tilstrekkelig grunnlag for å hevde bortfall av en avtale ved heving.<sup>32</sup> Det er nærliggende å tro at insolvensen ikke vil kunne begrunne slik heving ved majoriteten av avtaletyper og at medkontrahenten må være henvist til å reagere mot mangler ved kontraktsforholdet på vanlig måte før insolvensen inntreffer. På en annen side kan det tenkes at enkelte avtaletyper er så spesielle i sitt innhold at en inntredelsesrett for boet vil kunne virke urimelig eller upraktisk. Dekningslovens kap. 7 inneholder bestemmelser som regulerer den adgang medkontrahenten har til å heve slik avtale.

#### **4.5.2 Når kommer reglene i dekningsloven kap. 7 til anvendelse?**

I følge forarbeidene fantes det ved utarbeidelsen av reglene i kap. 7 ikke generelle regler som regulerte skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser, og analogier fra de regler som gjorde seg gjeldende i kjøpsloven og annen særlovgivning ga ikke alltid et godt resultat. Det var derfor et stort behov for avklarende generelle regler, noe som nå finnes i kap. 7.<sup>33</sup>

Omfanget av reglene i dekningslovens kapittel 7 reguleres i § 7-1. Reglene kommer jf. bestemmelsen bare til anvendelse når ikke annet følger av ”*andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart*”. Reglene må i denne sammenheng anses å være et supplement til de lovreguleringer som ellers gjør seg gjeldende, for eksempel tilsvarende regler i kjøpslovgivningen eller annen kontraktsrettslig lovgivning.

Loven er altså ikke preseptorisk, og andre løsninger kan følge av særlovgivning eller av et rettsforholds egenart. Hva som følger av ”vedkommende rettsforholds egenart” jf. § 7-1 drøftes nærmere nedenfor i forbindelse med avtalebestemt heving. Bestemmelsen må videre ses i nær sammenheng med § 7-3 som også blir redegjort for nedenfor. Det forutsettes i forarbeidene at § 7-1 supplerer § 7-3 med tanke på unntaket for ”avtalens art”, hvor § 7-1 er en generell unntaksbestemmelse som gjelder for alle reglene i kapitlet, mens § 7-3 gjelder spesifikt for det tilfelle hvor insolvensen påberopes som opphørsgrunn etter ”avtalens art”.

---

<sup>32</sup> Se dom, Hålogaland lagmannsrett, LH-2004-65713, samt Andenæs op. cit. s. 201.

<sup>33</sup> NOU 1972: 20 s. 309.

### 4.5.3 Dekningsloven § 7-7 første ledd, heving hvor boet ikke vil benytte sin rett til inntreden

Den alminnelige hovedregelen om heving følger av dekl. § 7-7 første ledd som lyder slik:

*”Dersom konkursboet ikke trer inn i skyldnerens avtale, eller ikke oppfyller eller stiller sikkerhet etter § 7-5, kan den annen part heve avtalen. Samme rett til heving har den annen part dersom skyldneren under gjeldsforhandling ikke oppfyller eller stiller sikkerhet etter § 7-5.”*

Bestemmelsen regulerer både konkurstilfellene og gjeldsforhandlingstilfellene, hhv. i første og andre punktum. Bestemmelsen er av generell karakter og omfatter, hvor den er anvendelig, de fleste avtaleforhold. Hevingsretten kan oppfattes som en forlengelse av den stansings- og tilbakeholdsrett som den solvente part har ved skyldnerens manglende oppfyllelse. Ordlyden i første punktum må etter en normal språklig forståelse anses å gi medkontrahenten en ubetinget rett til å heve avtalen dersom konkursboet ikke vil tre inn, oppfylle, eller stille sikkerhet.

At den solvente part har rett til å heve avtalen innebærer at han ikke trenger å prestere den del av ytelsen som gjenstår og som hviler på hans hånd, samt at det avtaleforhold som foreligger avsluttes. Allerede presterte ytelser vil derimot ikke være beskyttet, og vil på vanlig måte inngå i boet. Det er dermed kun for den uoppfylte del av avtalen at medkontrahenten kan heve.

For det første vil medkontrahenten anses berettiget til å heve dersom konkursboet velger å ikke tre inn i den avtale som eksisterer mellom partene. En antitetisk tolkning av ordlyden tilsier her at medkontrahentens hevingsrett tilsvarende vil avskjæres hvor konkursboet velger å tre inn i avtaleforholdet. Inntredelsesretten virker jf. denne bestemmelsen å være absolutt for skyldnerens bo, men dette medfører ikke riktighet. Unntaksreglene vil derimot ikke gjennomgås her, men senere i oppgaven.

Dersom boet trer inn i avtalen vil hevingsrett etter denne bestemmelsen gå tapt. Det kan derimot ikke være nok at konkursboet selv avgjør å ville tre inn, boet må i de fleste tilfellene også erklære at slik inntreden foretas for at motpartens hevingsrett skal gå tapt. Forarbeidene

gir støtte for denne løsning og det uttrykkes at inntreden ikke skjer uten videre, men at det i tillegg til uttrykkelig erklæring også må godtas at inntreden skjer ved konkludent atferd, for eksempel at boet innretter seg på en slik måte at det er nærliggende å tro at inntreden har funnet sted.<sup>34</sup> For enkelte avtaletyper skjer inntreden automatisk, se for eksempel dekl. § 7-10 og § 7-11 om hhv. leieavtale vedrørende fast eiendom og om arbeidsavtaler, hvor boet trer inn uten særskilt vedtakelse. En antitetisk tolkning av disse bestemmelsen taler også for at boet må gi erklæring om inntreden for kontrakter som ikke omfattes av vedkommende bestemmelser.

§ 7-7 første ledd regulerer også de tilfeller hvor boet ikke oppfyller eller unnlater å stille sikkerhet jf. dekl. § 7-5. Bestemmelsen må i mine øyne forstås slik at dette er en mulighet for medkontrahenten til å heve hvor skyldnerens bo har erklært at det trer inn i kontrakten, men likevel ikke oppfyller i henhold til denne eller ikke imøtekommer kravene om sikkerhetsstillelse etter § 7-5. Sikkerhetsstillelse for oppfyllelsen etter denne bestemmelsen kan jf. ordlyden i første ledd kreves av medkontrahenten hvor ”henstand er gitt”. Ordlyden må her forstås slik at sikkerhetsstillelse kan kreves hvor boet trer inn, men det går lang tid uten at oppfyllelse skjer.

Her er den solvente part ytterligere beskyttet ved at han når som helst kan foreta heving dersom boet, til tross for inntreden, ikke oppfyller i henhold til avtalen. Bestemmelsen er en viktig sikkerhetsventil for medkontrahenten, ettersom han ved å bli pålagt å yte i henhold til kontrakten løper en risiko i forhold til den annen parts motytelse. Dersom han skulle bli pålagt å yte uten å ha noen forsikring i forhold til den annen parts, herunder konkursboets, oppfyllelse ville dette kunne føre til svært urimelige resultater. Medkontrahenten ville da blitt pålagt å yte midler til boet i etterkant av boåpningen, noe som i tillegg vil stride mot den alminnelige oppfatning om at midler ervervet av skyldneren etter åpning av konkurs ikke omfattes av beslagsretten. Det følger som nevnt av dekl. § 2-2 at det kun er de midler som tilhører skyldneren på beslagstiden som skal tjene til dekning av skyldnerens forpliktelser.

---

<sup>34</sup> NOU 1972: 20 s. 313

#### 4.5.4 Dekningsloven § 7-3 annet ledd første punktum. Heving hvor boet vil benytte sin rett til inntreden

For det tilfelle at skyldnerens konkursbo ønsker å tre inn i den gjensidig tyngende avtale som foreligger mellom skyldneren selv og hans medkontrahent er det alminnelige utgangspunkt at medkontrahenten vil måtte forholde seg til avtalen slik den opprinnelig ble inngått, til tross for at det skjer et partsskifte i kontraktsforholdet. Deknl. § 7-3 annet ledd første punktum åpner derimot for at medkontrahenten også i disse tilfellene kan komme seg ut av avtaleforholdet. Spørsmålet blir da i hvilke tilfeller og på hvilke vilkår dette er en mulighet for medkontrahenten?

Deknl. § 7-3 annet ledd første punktum lyder slik:

*”Bestemmelsene i foregående ledd griper ikke inn i den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art”*

Bestemmelsen viser til § 7-3 første ledd om boets rett til inntreden og kan jf. ordlyden tolkes i den retning at enkelte avtalers ”art” gjør skyldnerens medkontrahenter berettiget til å heve avtalen til tross for at boet ønsker å tre inn i avtalen, da med henvisning til insolvensen i seg selv som opphørsgrunn.

Ordlyden i bestemmelsen; *”griper ikke inn i den annen parts rett”* gjør at denne bestemmelsen må ses på som et unntak for de tilfeller hvor boet ønsker å tre inn i skyldnerens avtale, men hvor medkontrahenten anses å ha en rett til å påberope seg selve insolvensen som opphørsgrunn på grunn av avtalens særegne art. Hva som omfattes av *”den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn”* jf. bestemmelsen er et spørsmål som utredes nærmere i det følgende.

Det uttales i dekningslovens forarbeider at det for visse kontraktstyper følger av deres art at insolvensen er en relevant bristende forutsetning.<sup>35</sup> Uttalelsen kan forstås slik at når forutsetningen ikke lenger er tilstedeværende vil enkelte avtaler kunne opphøre ved heving, til tross for at den ikke er gjennomført i henhold til den opprinnelig avtale. Den bristende forutsetningen må jf. uttalelsene i forarbeidene være av relevant karakter. At insolvensen må

---

<sup>35</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

være en relevant bristende forutsetning taler for at de vilkår som stilles jf. den alminnelige lære om bristende forutsetninger ikke uten videre er anvendelig.

Det vil etter min mening kunne argumenteres for at det kun er i de tilfeller hvor avtalens art er av en slik karakter at gjennomføring vil vise seg vanskelig, eller at resultatet av gjennomføringen vil bli urimelig, at forutsetningen om solvens er relevant og at kontrakten derfor kan opphøre. Dette passer også godt overens med regelens karakter som unntaksbestemmelse. De kontraktstilfellene som etter dette omfattes, bør enten vise seg vanskelig å gjennomføre på grunn av konkursboets inntreden, eller så må resultatet av gjennomføringen hvor konkursboet trer inn i avtaleforholdet anses å bli urimelig for den solvente part.

Ordlyden ”rett til å påberope” i § 7-3 annet ledd første punktum kan tolkes slik at boets erklæring om rett til inntreden kun avskjæres ved medkontrahentens uttrykkelige hevingserklæring. Dersom medkontrahenten ikke påberoper seg heving vil boets rett til inntreden antas å være i behold. På en annen side fremgår det av uttalelsene i forarbeidene til dekningsloven, under merknadene til § 7-7, at hvor forholdene ligger slik an at heving er det eneste fornuftige alternativ sett fra medkontrahentens side, så vil man anse avtalen som hevet dersom ikke medkontrahenten innen rimelig tid sier fra at han ønsker å fastholde.<sup>36</sup> Det er derimot ikke de samme hensyn som gjør seg gjeldende for disse to bestemmelsene, ettersom § 7-7 regulerer adgangen til heving når boet ikke vil tre inn, mens § 7-3 regulerer hevingsadgangen når boet har et ønske om å tre inn. Det vil etter min mening skape usikkerhet rundt medkontrahentens standpunkt dersom denne kunne latt være å uttale seg om hevingsspørsmålet. Dette ville igjen kunne føre til at bobehandlingen blir satt på vent, og at gjennomføringen av kontrakten utsettes. Dette vil ikke være noen fordel for verken medkontrahenten eller skyldnerens bo, og det må derfor anses som en nødvendighet at medkontrahenten eksplisitt fremmer sitt hevingskrav. Dette bør gjøres innen rimelig tid etter at boet har tatt stilling til inntredelsesspørsmålet.

---

<sup>36</sup> NOU 1972: 20 s. 319.

#### **4.5.5 Hvilke kontraktstyper omfattes av unntaket i dekningsloven § 7-3 annet ledd første punktum?**

I forarbeidene gis det eksempler på hvilke typer avtaler som omfattes av unntaket.

Bestemmelsen omfatter eksempelvis ”kredittavtaler, garantiavtaler og avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap”.<sup>37</sup> Dette er avtale typer som anses som så spesielle i sin art at de bør kunne unntas fra hovedregelen i § 7-3 og hvor det således ikke kan kreves inntredelse av boet.

Oppramsingen er etter min mening ikke uttømmende, slik at også andre avtale typer kan være av en slik art at de unntas fra boets inntredelsesrett. I svensk rett finnes det lovbestemmelser som gjør at enkelte avtale typer opphører umiddelbart som en følge av konkursåpningen, blant annet handelsagenturloven<sup>38</sup> § 27. Tilsvarende bestemmelse eksisterer ikke i norsk rett. Det er derimot nærliggende å tro at slike rettsområder er tilnærmet like i Norge og Sverige, slik at det for disse også i norsk rett kan argumenteres for å gjøre unntak fra hovedregelen om inntreden jf. § 7-13.

Jeg vil videre gjennomgå de forskjellige avtale typene som i følge forarbeidene kan være gjenstand for heving.

##### **4.5.5.1 Kredittavtaler**

En kredittavtale kan typisk innebære en avtale om kredittgivelse i forbindelse med kjøp eller leie, men også i form av obligasjonslån eller normal låneavtale i bank. Ved slike avtaler vil långiveren ofte stille som en forutsetning at lånet eller kreditten hviler på den opprinnelige debitor. Den som har gitt en slik kreditt vil ha gjort sine undersøkelser i forkant for å være sikker på at vedkommende debitor kommer til å betale for seg. Det ville derfor vært urimelig for kreditor om det ved slik avtale var anledning til å overdra fordringen på debitorsiden, ettersom vedkommende da påtar seg en større risiko enn forventet.

Utgangspunktet i pengekravsretten er som nevnt at et partsskifte på debitorsiden normalt sett ikke kan foretas uten samtykke fra kreditor. Et forbud mot slikt debitorskifte kan også følge av lovgivning eller avtale mellom partene. Det at kredittavtaler vanligvis ikke er gjenstand for

---

<sup>37</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

<sup>38</sup> Sveriges lov om handelsagentur, 1991:351.



omsetning på debitorsiden taler for at debtors eventuelle konkursbo ikke skal gis rett til å tre inn i slik avtale og at låne- eller kredittgiveren dermed skal være berettiget til å heve avtalen.

Det ligger videre i hele situasjonen at kredittavtaler som oftest ikke er godt egnet for inntreden. Boet vil som oftest ikke ha noe behov for å tre inn i slike avtaler ettersom de sjeldent representerer noen selvstendig verdi og ofte er betinget av en slags form for sikkerhetsstillelse. Dette kan imidlertid stille seg annerledes dersom den kreditt som er gitt tjener som kapital bundet opp i et formuesgode som ved realisering ved en senere anledning kan være egnet til å tilføre boet verdier. Det kan for eksempel tenkes at skyldneren eier en eiendom som leies ut og som isolert sett går i overskudd, men som er pantsatt for dens fulle verdi til en kredittinstitusjon. Ved konkurs vil vanligvis eiendommen abandoneres jf. kkl. §§ 117b eller 117c, ettersom den ikke representerer noen selvstendig verdi. Pantaveren selv må da realisere eiendommen for å få dekket sitt tilgodehavende. Det må imidlertid i slike tilfeller kunne tenkes at hvor eiendommen skaper et overskudd vil det kunne være av interesse for boet å realisere den selv. Boet kan i disse tilfellene ha et ønske om å tre inn i den kredittavtale som skyldneren har ovenfor kredittinstitusjonen for å finansiere videre drift.

Ved avveiningen av om heving skal tillates eller ikke mener jeg at forhold på lån- eller kredittgiverens side må tillegges stor vekt, slik at det behov denne har for å forholde seg til den opprinnelige skyldner går foran boets inntredelsesrett. Den usikkerhet som råder under insolvensbehandlingen vil gjøre at kredittgiveren vil være ekstra påpasselig med å holde tilbake sine ytelser. At det krav som oppstår ved inntredelse blir dekket som massekrav vil likevel kunne være lite verdt dersom det viser seg at boets midler ikke er tilstrekkelige. Det er i forhold til dette uttalt i forarbeidene at kontrakter med store fremtidige utbetalinger samt langsiktige kontrakter er særlig problematiske, men at skyldnerens rett til å kreve sikkerhetsstillelse jf. dekl. § 7-5 første ledd likevel kan gi boet en mulighet til å tre inn i slike kontrakter. Svingninger i pris og marked ellers kan derimot også tenkes å tale for at heving tillates, ettersom medkontrahenten, her kredittgiveren, har behov for å få avklart situasjonen fort. Det må etter dette komme an på en konkret vurdering i det enkelte kredittforhold hvorvidt inntreden skal tillates eller ikke.

I finansavtaleloven<sup>39</sup> § 52 første ledd bokstav b som jf. lovens § 1 gjelder for ”avtaler og oppdrag om finansielle tjenester med finansinstitusjoner eller lignende institusjoner”, er det lovfestet at kredittgiveren kan kreve at bevilget kreditt blir innfridd før forfallstiden hvor det blir åpnet konkurs eller gjeldsforhandling hos kredittkunden. Ordlyden ”innfridd før tiden” gir kredittgiveren rett til å kreve den bevilgede kreditt innfridd umiddelbart selv om kredittavtalen løper over et lengre tidsrom. Den rett som her tilkommer kredittgiveren er i sin konsekvens identisk med heving av avtale. At kreditten kreves innfridd vil si at den gjestående del av kredittforholdet opphører å eksistere, samt at kredittgiveren i de fleste tilfeller vil måtte tre inn eventuelle pantesikrede eiendeler og realisere disse for å få betalt.

Ved slike kredittavtaler er altså hevingsrett lovfestet for kredittgiveren, noe som vil kunne tale for at også andre kredittavtaler bør kunne heves ved insolvens. Hvorvidt en analogisk anvendelse av finansavtalelovens bestemmelse skal kunne gjøres gjeldende vil derimot måtte vurderes for hvert enkelt tilfelle.

En sak fra Hålogaland lagmannsrett angikk et kredittløfte avgitt ovenfor den insolvente part, og hvor betaling ikke hadde skjedd. Retten kom til at slik disposisjon ikke var egnet for inntreden.<sup>40</sup> Sakens realitet var et selskap, ”Onesystems AS”, som hadde inngått 4 låneavtaler, deriblant en avtale med selskapet ”Nord-Invest AS” om betaling av 535 000 kroner. Før kreditten var utbetalt gikk Onesystems AS konkurs, og boet hevdet på selskapets vegne at betaling i henhold til avtalen måtte skje. Nord-Invest bestred dette og holdt tilbake beløpet.

Retten mente at avtalen, som måtte anses som en uoppfylt gjensidig tyngende avtale og ikke et forfalt pengekrav, i likhet med andre kredittavtaler bygger på en alminnelig insolvensforutsetning og at avtalen derfor faller bort dersom den ikke er gjennomført før skyldneren blir insolvent. Det at avtalen, og herunder betalingsforpliktelsen, falt bort kan i mine øyne ses på som en form for hevingsrett for medkontrahentens del.

Retten uttalte videre at slike avtaler ikke er egnet for boet å tre inn i, noe som støtter opp rundt den oppfatning som uttrykkes i forarbeidene. Uttalelsene i dommen taler etter min mening klart for at det ved avtaler av en slik art skal bestå en rett for den solvente part til å heve avtalen, og at konkursboet dermed avskjæres fra inntreden.

---

<sup>39</sup> Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25 juni 1999 nr. 46. (heretter finansavtl.)

<sup>40</sup> Dom, Hålogaland lagmannsrett, LH 2010-097251.

#### 4.5.5.2 Garantiavtaler

I følge forarbeidene må solvens også ved garantiavtaler anses å være en relevant forutsetning. Garantiavtaler forekommer i stor utstrekning, ofte i forbindelse med kjøp, men også i en rekke andre avtaleforhold. En ”garanti” eller ”tilsikring” som det også kalles, er av Hov ansett for å gi den som er berettiget en utvidet adgang til å påberope seg mangler som oppstår eller som viser seg etter tidspunktet for oppfyllelse av avtalen.<sup>41</sup>

Det er derimot ikke sikkert at det er en slik garantiavtale som er ment å omfattes av unntaket for ”avtalens art”. Den garanti som i mine øyne omfattes er den type avtale som garanterer for betaling i tilknytning til en annen avtale. Slik garanti stilles som oftest av en part til sikring av en annen parts betalingsevne, eller vilje, alt avhengig av hvilken type garanti det dreier seg om.

Forarbeidene nevner ikke hvilke ulike typer garantiavtaler som skal omfattes, men reelle hensyn kan tale mot at alle garantiavtaler skal kunne avskjæres fra boets rett til inntreden. Dersom skyldneren er et firma og er berettiget etter en fortløpende garantiavtale taler dette for at boet ved videreføring av skyldnerens virksomhet bør kunne tre inn i den avtale som har eksistert. Dette for å på best mulig vis å kunne videreføre drift som kan tjene til dekning for kreditorene. Dersom boet ikke får anledning til å tre inn i slik avtale kan dette føre til at de prosjekter virksomheten har ikke kan ferdigstilles på grunn av manglende garantistillelse og påfølgende manglende evne til å finansiere ferdigstillelsen.

På en annen side står hensynet til den forpliktete. Det vil for vedkommende part ofte være avgjørende hvem som er berettiget etter garantien og hvilken risiko garantien innebærer. Å la et konkursbo få rett til å tre inn i slik avtale vil etter min mening innebære en betydelig risikoøkning for den forpliktete. At solvensen her spiller inn som en relevant bristende forutsetning kan ikke være tvilsomt. Skulle konkursboet bli gitt rett til inntreden ville medkontrahenten havnet i en situasjon hvor vedkommende blir pålagt å utbetale i henhold til garantien dersom konkursboet ikke makter å betale for seg, for eksempel ved massekonkurs. Boets usikre økonomiske stilling taler her for at garantiavtalen ikke skal kunne gjøres gjeldende. Et moment som også taler for denne løsning er at slik garantiavtale er særegen i

---

<sup>41</sup> Hov op. cit. s. 102.

forhold til betaling. At garantisten gis oppgjør på avtalens vilkår jf. dekl. § 7-4, hjelper ikke denne stort, ettersom vederlaget for slike avtaler ofte er langt lavere enn det beløp som garantien kan tenkes å utgjøre. Når garantisten da ikke får annet enn et dividendekrav i boet for den del av garantien som utløses vil dette være svært uheldig.

Rett for boet til å tre inn i slik avtale må etter dette anses som urimelig for medkontrahenten og etter min mening derfor klart være omfattet av unntaket i loven. Garantisten vil med dette være berettiget til å heve garantiavtale på grunn av motpartens insolvens.

#### **4.5.5.3 Avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap**

Avtaler om stiftelse av ansvarlig selskap nevnes også som en avtaletype som kan være av en slik særegen art at rett til inntreden ikke er formålstjenlig. Hva slik avtale innebærer ligger i ordlyden. Det dreier seg om avtale om stiftelse av et selskap med en selskapsform av en slik karakter at rett til inntreden for skyldnerens bo vil stå i motsetning til de hensyn som gjør seg gjeldende ved vedkommende selskapsform.

Deltakere i slikt selskap hefter personlig og ubegrenset for de forpliktelser som hviler på selskapet jf. selskapsloven<sup>42</sup> § 2-4 første ledd og det er for slike selskaper en betingelse for overdragelse av selskapsandel at de øvrige deltakerne samtykker i eierskifte jf. sel. § 2-28. Det ville være problematisk å gi et konkursbo inntredelsesrett i avtaler om stiftelse av slikt selskap ettersom samtykke fra de andre deltakerne er påkrevet. Den struktur som et slikt selskap har gjør det videre upraktisk å la et konkursbo tre inn.

Det er i sel. § 2-36 første ledd bokstav a bestemt at en deltaker i et ansvarlig selskap kan utelukkes ved utløsning når det er åpnet konkurs eller offentlig gjeldsforhandling i deltakerens bo. Det samme gjelder i de tilfeller hvor deltakeren *”for øvrig er ute av stand til å dekke sine forpliktelser”*. Bestemmelsen kan ses på som en slags hevingsbestemmelse i selskapsforhold, hvor det legges vekt på hensynet til de andre selskapsdeltakerne ved at disse slipper å sitte igjen i et selskapsforhold hvor et konkursbo er deltaker. Et konkursbo vil ikke ha langsiktighet som formål ved deltakelsen og selskapet vil derfor neppe kunne fungere optimalt dersom et slik bo får rett til inntreden. Den heftelsesform som slike selskapsdeltakere er underlag, det solidariske ansvar, taler også for at de andre selskapsdeltakerne skal slippe å måtte forholde

---

<sup>42</sup> Lov om selskaper, 21 juni 1985 nr. 85. (sel.)

seg til et konkursbo som deltaker. Det ville vært urimelig ovenfor disse å måtte starte et nytt selskap med et konkursbo som part, ettersom dette ville påført deltakerne en stor usikkerhet i forhold til ansvarsfordeling.

Det kan også stilles spørsmål om hvorvidt en slik avtale vil kunne representere noen verdi for boet? Dersom svaret er nei vil inntredelsesretten heller ikke være praktisk. Etter min mening vil det ved oppstart av et nytt selskap ofte foreligge flere kostnader enn inntekter, og dette vil for boets del ikke være gunstig. Foreligger det derimot en briljant forretningside, patent eller annen rettighet av verdi så vil dette kunne utgjøre en verdi for boet. Det vil til tross for dette også her måtte legges vekt på de andre selskapsdeltakerne når rettstilstanden skal klarlegges. Det ansvar som påhefter deltakerne i et slikt selskap taler sterkt i mot å gi rett til inntreden for boet i slike avtaler og må etter min mening veie betydelig tyngre enn boets eventuelle interesser.

#### **4.5.5.4 Avtaler som forutsetter personlig oppfyllelse**

I forarbeidene uttales det at avtale som forutsetter en personlig oppfyllelse fra debtors side, slik at medkontrahenten kan motsette seg oppfyllelse fra andre, herunder skyldnerens bo, kan unntas fra boets rett til inntreden.<sup>43</sup> Hva som ligger i ”personlig oppfyllelse” er ikke vanskelig å tenke seg og ligger i ordlyden, men kan likevel være gjenstand for drøftelse. Det dreier seg typisk om avtaler som forutsetter oppfyllelse av den person som opprinnelig er satt til å gjennomføre avtalen og hvor vedkommendes personlige medvirkning er avgjørende for resultatet av den ytelse som skal presteres. Oppfyllelse fra andre vil derfor ikke være en mulighet og vil normalt sett kunne nektes av medkontrahenten.

Det er hensynet til medkontrahenten som gjør at denne bør kunne fristilles fra avtalen, da denne har inngått en avtale med en fremtredende forutsetning om at skyldneren selv skal oppfylle. Hvor skyldneren har påtatt seg en forpliktelse, men denne naturlig kan utføres av andre på skyldnerens vegne vil ikke de samme hensyn gjøre seg gjeldende og hevingsrett vil i disse tilfellene vanskelig kunne begrunnes.

Ved vurderingen av om oppfyllelsen er av personlig art trekker Andenæs frem enkelte profesjoner, blant annet advokater, arkitekter eller revisorer, og følger opp med at

---

<sup>43</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

henvisningen til avtalens art trolig må ses som en fullmakt for domstolene til å avskjære boets inntredelsesrett dersom særlige grunner taler for det.<sup>44</sup>

Det må stilles spørsmål ved hvor langt ”personlig oppfyllelse” må anses å strekke seg i betydningen av at det da gjøres unntak for rett til inntreden. Dersom enhver avtale som forutsetter en slags personlig oppfyllelse skal kunne berettige unntak fra inntredelsesretten vil dette sette boet i en dårlig stilling ettersom heving for ofte vil kunne påberopes. Den personlige oppfyllelse må i mine øyne være spesielt fremtredende. Det kan ikke alltid være tilstrekkelig at vedkommende skyldner innehar en profesjon som gjør han egnet til å gjennomføre avtalen. En slik avtale er noe boet kan tenkes å tre inn i og leie inn andre til å gjennomføre med et tilnærmet likt resultat. Den personlige oppfyllelse i seg selv må sies å være et viktig moment, men resultatet av den personlig oppfyllelse er vel så relevant ved vurderingen og det kan argumenteres for at det er nettopp dette som avgjør hvorvidt boet får tre inn eller ikke.

Er for eksempel noen leid inn for å holde et foredrag som omhandler et utpreget personlig tema så kan det være utenkelig at hans konkursbo skal kunne tre inn i avtalen og med det kunne gjennomføre foredraget med en annen foredragsholder og slik få krav på avtalens verdi. Er foredraget derimot om et generelt tema vil også andre inneha kunnskap om dette og slik gjennomføre foredraget uten store vanskeligheter. Boet må her selv kunne vurdere eventuelle mangelskrav i ettertid på grunn av at gjennomføringen avviker fra hva som opprinnelig ble avtalt.

Ved profesjonstjenester vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende. Det må for å begrunne en hevingsrett for medkontrahenten være klart at riktig oppfyllelse kun kan gjøres av den som opprinnelig er satt til å gjennomføre avtalen. Dersom et advokat- eller et ingeniøroppdrag kan gjennomføres av noen andre bør ikke heving tillates av hensyn til boet og kreditorfellesskapet. Det må også i disse tilfellene gjøres en vurdering av hvor viktig det personlige preg er for at avtalen skal kunne oppfylles korrekt. Er avtalen inngått med en ekspert på området, eller noen som har eksepsjonell kjennskap til saken så vil dette kunne være forhold som taler for at heving skal kunne påberopes av medkontrahenten. At avtalen er avhengig av personlig oppfyllelse vil føre til at medkontrahenten vil bli satt i en urimelig stilling dersom inntreden godtas og insolvensen må da kunne påberopes som opphørsgrunn.

---

<sup>44</sup> Andenæs op. cit. s. 215.

#### 4.5.6 Avtaler som kan unntas fra inntreden på bakgrunn av dens personlige karakter

I forarbeidene gis det videre uttrykk for at avtaler som er av "personlig karakter" ikke kan være gjenstand for rett til inntreden.<sup>45</sup> Det er i disse tilfeller hensynet til skyldneren selv som er avgjørende, ikke til medkontrahenten. Det uttales at "*den nødvendige hjemmel for å unnta disse kontraktene fra boets beslagsrett, må søkes i "vedkommende rettsforholds egenart", jfr. DU § 7-1 i. f.*". Det er etter uttalelsen bestemmelsen i dekl. § 7-1 som må legges til grunn for unntaket, og da trolig de kontrakter som fører til "klart uheldige resultater" jf. uttalelsene i NOU 1972: 20 på side 310, som kan unntas.

Kontrakter som omfattes kan for eksempel være leierett til bolig. Rettigheter etter slike kontrakter kan være så nødvendig for debitor selv at det må tas hensyn til dette ved spørsmål om boets rett til inntreden. Dersom et konkursbo skulle ha rett til å tre inn i disse kontraktene og nyttiggjøre seg den verdi som de eventuelt utgjør, ved for eksempel å fremleie skyldnerens bolig, ville det sette han i en dårlig og uønsket situasjon. Det ville også stride mot den rett skyldneren har til egen bolig for seg og sin familie jf. dekl. § 2-10.

Hvorvidt medkontrahenten kan heve avtalen er her et annet spørsmål. Å tilkjenne medkontrahenten en hevingsrett vil også føre til det resultat at skyldneren står uten egen bolig og således være i strid med denne retten. Inntredelsesretten kan i disse tilfellene ikke komme til anvendelse på bakgrunn av dekl. § 7-1 og unntaket for "vedkommende rettsforholds egenart". Dette vil innebære at medkontrahenten ikke kan heve avtalen, men boet heller ikke kan kreve å tre inn i den, og skyldneren har følgelig et krav på bolig for seg og sin familie.

Et annet tilfelle som i mine øyne kan tenkes å omfattes er avtale om løsningsrett eller annen lignende servitutrettslig rettighet. En analogisk anvendelse av reglene som gjelder for servitutter jf. servituttolven<sup>46</sup> § 9 tredje ledd, hvor strengt personlige servitutter ikke kan avhendes, vil kunne tale for at heller ikke slike personlige kontraktsmessige rettigheter som løsningsretter kan være gjenstand for inntreden ved skyldnerens insolvens, ettersom inntreden fra konkursboet i praksis tilsier at den kontraktsmessige forpliktelse overføres til en annen part. De reelle hensyn som ligger til grunn for bestemmelsene om servitutter søker i følge

---

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

<sup>46</sup> Lov om servitutter, 29 nov 1968 (servl.)

etterarbeider til servituttløven blant annet å verne den rett visse personer har i fast eiendom og slekt- og familieinteresser.<sup>47</sup>

En kontraktmessig forkjøpsrett vil på nærmere angitte vilkår gi den berettigede rett til å erverve noe til egen fordel og på bekostning av en annen interessent. Det kan på bakgrunn av hensynet til både den berettigede etter forkjøpsretten og avhenderen av formuesgodet argumenteres mot at inntredelsesrett for et konkursbo skal tillates. Hvor avhenderen normalt sett vil kunne bestemme selv hvem som skal kunne erverve den gjenstand eller eiendom som forkjøpsretten omhandler, vil en rett til inntreden gjøre at vedkommende blir nødt til å selge til en annen part enn forutsatt.

Er salgsobjektet av en slik art at det er viktig for avhenderen hvem som erverver det, vil en inntredelsesrett for boet kunne føre til et urimelig resultat. Er for eksempel forkjøpsrett til en eiendom gitt til et medlem av en religiøs gruppe vil det kunne være urimelig og muligens støtende dersom konkursboet hadde anledning til å tre inn i denne og deretter avhende eller leie ut eiendommen til personer som tilhører en gruppe med motstridende verdisyn.

Like fremtredende er avtalt forkjøpsrett eller løsningsrett til aksjer. Det vil ofte stride mot de andre aksjonærenes interesse å tillate inntreden i slik avtale til fordel for boet. I likhet med problemstillingen under stiftelse av ansvarlig selskap, vil boet ikke ha det samme formål med eierskap i et selskap som de andre aksjonærene. På en annen side vil det i aksjeselskap ikke eksistere noe personlig ansvar for aksjonærene, så dette hensynet veier ikke like tungt her. Det vil likevel av hensyn til den verdiskapning selskapet representerer for aksjonærene kunne argumenteres for en rett til å heve avtale om løsningsrett hvor boet ønsker å tre inn i slike.

En ser avslutningsvis at både hensynet til medkontrahenten og til skyldneren selv kan spille inn ved avgjørelsen av om heving skal tillates eller ikke. Hensynene som taler for disse og mot inntreden må derimot veie tungt for at hovedregelen om inntredelsesrett for et konkursbo skal kunne fravikes.

---

<sup>47</sup> NOU 1984: 32, Rådsegn 13 – Løsningsrettar. s. 40.



## **5. Avtalebestemt heving**

### **5.1 Innledende om avtalebestemt heving**

Ikke alle kontraktsforhold reguleres av lovbestemmelser, og i enkelte kontraktsforhold vil forholdet mellom partene være av en slik art at lovregulering verken er formålstjenlig eller ønskelig. Selv om lovregulering ikke foreligger er det ikke noe i veien med å la lignende reguleringer legges til grunn for rettsforholdet mellom partene ved avtale. Ofte vil det kunne være en fordel med adgang til slik regulering, også på lovbestemt område, ettersom forholdet mellom partene vil kunne endres uten å måtte gå veien om langtekkelige lovendringsprosedyrer. Partene er ofte selv mer oppmerksomme på hvilke reguleringer som kreves seg imellom, og derfor i stor grad også kompetent til å kunne regulere dette. Hvis en ser bort i fra den lovbestemte adgang partene har til å heve kontrakt, så vil avtalebestemmelse etter min mening utgjøre den mest klare og forutsigbare måte å regulere en eventuell hevingsadgang på.

Det er i forbindelse med kontraktsinngåelse en utbredt praksis å innta bestemmelser som gir partene hevingsrett i tilfelle av insolvens hos en av partene eller annet vesentlig betalingsmislighold. Slik avtalebestemmelse tas ofte inn som et ledd i en parts sikring av egne interesser. Etter dekl. § 7-3 annet ledd annet punktum vil avtalebestemmelse som gir den annen part en videre adgang til å heve på grunn av skyldnerens insolvens derimot ikke være bindende for boet.

Jeg vil i det følgende gjennomgå en del momenter knyttet opp mot slik avtaleregulering, og da særlig i forbindelse med standardavtaler som omhandler temaet. Forholdet mellom avtalt hevingsbestemmelse og skyldneren og hans bo vil stå sentralt. Da NS 8405 er en utbredt og ofte brukt bygge- og anleggskontrakt som regulerer spørsmålet om heving ved insolvens, vil det være naturlig at denne behandles utførlig i det følgende. Hevingsklausulen i NS 8405 vil gjennomgås med særlig fokus på om den må respekteres av boet i medhold av dekningslovens § 7-3 annet ledd annet punktum.

## 5.2 NS 8405, norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8405 er en norsk standardkontrakt for bygge- og anleggsbransjen forhandlet frem av representanter for ulike interesseorganisasjoner. Den er et viktig virkemiddel for utøvelsen av vedkommendes næringsvirksomhet, her ved reguleringen av rettigheter og plikter under bygge- og anleggsarbeider. Standarden avløste våren 2004 den inntil da gjeldende NS 3430 som var etterfølgeren til NS 3401 som hadde virket siden 1969. Kontrakten regulerer en rekke nødvendige forhold ved bygge- og anleggsarbeider og slike standarder anses i juridisk teori å kunne gi uttrykk for deklarasjonsrett på sitt område.<sup>48</sup> Uttalelser i en dom fra lagmannsretten, LG-1997-406, tyder derimot på at reglene ikke uten videre kommer til anvendelse hvor de ikke er blitt vedtatt mellom partene.<sup>49</sup>

Kontrakten regulerer forholdet mellom profesjonelle parter, og fyller med det et hull i lovgivningen, som kun inneholder slike bestemmelser i avtaleforhold mellom forbruker og næringsdrivende, se for eksempel bustadoppføringslova<sup>50</sup>. I følge Kolrud er det ikke anledning til å benytte NS 8405 i entreprisforhold hvor en av partene er forbruker, ettersom standarden da vil være i strid med preseptorisk lovgivning.<sup>51</sup> Det er derimot anledning for partene å avtale avvikende løsninger, men det må likevel være standardkontraktens hovedinnhold som anses å kunne gi uttrykk for deklarasjonsrett på området.

Valg av standardkontrakt må gjøres ut i fra partenes behov og forutsetninger, og NS 8405 er ikke det eneste standardiserte avtaleverk som en kan velge mellom, men passer i følge Kolrud godt for den tradisjonelle utførelsesentreprisen hvor store deler av prosjekteringsansvaret påligger byggherren.<sup>52</sup> NS 8405 er en omfattende standardavtale som ofte benyttes, og jeg har derfor valgt å ta utgangspunkt i denne for den videre drøftelse.

---

<sup>48</sup> Hov op. cit. s. 42.

<sup>49</sup> LG-1997-406, rettens bemerkninger.

<sup>50</sup> Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m, 13 juni 1997 nr. 43 (buofl.)

<sup>51</sup> Kolrud, Bergsaker, Davidsen, Holstrøm, Johansen, Lund, Ruud, Seim og Ven - NS 8405, kommentarutgave, 2004. s. 21. (Kolrud)

<sup>52</sup> Kolrud op. cit. s. 27.

## **5.3 Hevingsbestemmelsen i NS 8405**

### **5.3.1 Innledende om retten til å heve etter NS 8405**

Retten til å heve en entrepriseavtale på grunn av skyldnerens insolvens følger i NS 8405 av kontraktens punkt 39.1. Det følger av bestemmelsens tredje punktum at:

*”En part kan likeledes heve kontrakten dersom den andre parten går konkurs, eller han blir bevislig insolvent”.*

Bestemmelsen henviser til hovedregelen etter standarden, som gjør partene berettiget til å heve kontrakten ved vesentlig mislighold eller dersom det er klart at slikt vil inntre.<sup>53</sup>

Bestemmelsen i tredje punktum åpner for heving av kontrakten i to tilfeller. For det første hvor en av partene går konkurs jf. de alminnelige regler om dette i kkl., og for det andre når vedkommende blir ”bevislig insolvent”. Hva som kreves jf. disse vilkårene for at heving skal kunne gjennomføres gjennomgås i det videre.

### **5.3.2 Heving hvor en partene går konkurs**

At ordlyden stiller et krav om konkurs hos en av partene åpner ikke for store tolkningsproblemer. I følge ordlyden må vedkommende part ”gå konkurs”. Det er klart at det må være åpnet konkurs i vedkommendes bo. Det kan ikke være tilstrekkelig at konkursbegjæring er kommet inn til tingretten, selv om det skulle være klart at begjæringen vil bli tatt til følge. Tingretten må således fatte kjennelse om konkurs jf. kkl. §§ 60 og 61 jf. § 72 før hevingsbestemmelsen kan komme til anvendelse.

Det kan tenkes at insolvensen vil kunne begrunne heving etter den alminnelige regel i pkt. 39.1 annet punktum på grunn av antesipert ”vesentlig” mislighold. Dette kan det i mine øyne derimot ikke være adgang til. Insolvens er i alminnelighet ikke ansett som tilstrekkelig grunnlag for å begrunne heving av avtale, og på bakgrunn av dette vil insolvensen heller ikke kunne begrunne heving på grunn av antesipert mislighold. I disse tilfellene er det de

---

<sup>53</sup> NS 8405, pkt 39.1 første punktum.

manglende ytelser i henhold til kontrakten, ”det ordinære mislighold”, som oppstår før en eventuell insolvens, det må reageres mot.

I motsetning til dekningslovens regler gis medkontrahenten i pkt. 39.1 en ubetinget rett til å heve for det tilfelle at motparten går konkurs. Bestemmelsen tar således ikke hensyn til boet og dets lovbestemte rett til å tre inn i avtaleforholdet og det kan derfor stilles spørsmål rundt gyldigheten av avtalebestemmelsen i forhold til dekn. § 7-3 annet ledd annet punktum, noe jeg vil komme tilbake til nedenfor.

### **5.3.3 Heving hvor en av partene blir ”bevislig insolvent”**

I følge bestemmelsen kan kontrakten også heves dersom en part blir ”bevislig insolvent”. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden må det stilles opp to hovedvilkår for at heving skal kunne gjennomføres. For det første må parten være insolvent, og for det andre må dette kunne bevises. Om insolvensen som sådan må det henvises til redegjørelsen ovenfor under pkt. 3.2. Når det gjelder det andre vilkår, at insolvensen må være ”bevislig” så må dette etter min mening innebære at insolvensen må kunne bevises av den part som erklærer å heve avtalen, altså er det tale om et beviskrav. Hvor strenge krav som må stilles i denne anledning er et relevant spørsmål.

Ettersom heving er en relativt inngripende beføyelse vil det måtte stilles strenge krav for å tillate den hevingsdisposisjon som foretas. Det er ofte tale om store og verdifulle kontrakter hvor både partene selv, deres under- eller sideentreprenører og de ansatte berøres dersom det skulle oppstå stans i arbeidet. Hva som går inn under ”bevislig insolvent” fremgår ikke direkte av ordlyden. I følge Kolrud må først og fremst sviktende betalingsevne være dokumentert på en klar måte og ha karakter av en generell betalingsinnstilling.<sup>54</sup> Mindre typer mislighold av enkeltfordringer anses ikke egnet til å avdekke insolvens og kan derfor ikke gi grunnlag for heving.<sup>55</sup> I en kommentarutgave til NS 8406<sup>56</sup> tolkes kravet til ”bevislig insolvent” slik at det ikke har noe klart og avgrenset innhold, men at det skal foreligge klare indikasjoner på at insolvens foreligger.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Kolrud op. cit. s. 493.

<sup>55</sup> Kolrud op. cit. s. 493.

<sup>56</sup> NS 8406 – forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt.

<sup>57</sup> Marthinussen, Giverholt og Arvesen – NS 8406 forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer. (Marthinussen.) s. 462.

Videre antas det at sannsynlighetsovervekten må ligge klart over 50 %.<sup>58</sup> Hva som er å anse som ”klart over” er ikke fastlagt, og vil måtte vurderes ved hvert enkelt tilfelle. Alminnelig sannsynlighetsovervekt synes å være utilstrekkelig ved slik inngripende beføyelse som heving er. Rimelighetsvurderinger rundt vedkommende kontraktstype vil kunne virke inn ved denne vurderingen. For eksempel bør det etter min mening være rom for vurderinger rundt kontraktens størrelse, og eventuelt den tapsrisiko medkontrahtenten er eksponert for ved å være bundet i kontraktsforholdet, til tross for den annen parts betalingsmislighold. På en annen side vil det å senke terskelen for heving kunne føre til at et godt kontraktsforhold bringes til opphør på feil grunnlag, noe som igjen kan føre til unødvendige tap for partene.

I følge Kolrud vil en parts erkjennelse av insolvens normalt sett være tilstrekkelig. Marthinussen mfl. mener at insolvensen vil måtte dokumenteres før heving kan foretas, men at også erkjennelse av insolvens vil kunne oppfylle beviskravet, og da også i de tilfeller hvor det ikke foreligger noe massivt betalingsmislighold.<sup>59</sup> Det vil måtte være til hjelp for medkontrahtenten å kunne fri seg fra kontraktsforholdet og dermed skape orden og forutberegnelighet, samt slippe å bruke mer ressurser på å vurdere hvorvidt tilbakeholdsretten skal fastholdes eller om kontraktsforholdet kan søkes gjennomført i samarbeid med andre. Dette taler for å legge vekt på medkontrahtentens forhold, og derfor ikke stille for strenge krav til beviseligheten.

Det vil derimot etter min mening måtte stilles relativt sterke beviskrav ved heving, i hovedsak på grunn av den inngripende virkning hevingen har ovenfor partene. Det kan likevel ikke kreves like mye som ved straffesaker, ettersom dette ville føre til at hevingsadgangen for den solvente part ville bli sterkt innskrenket og derfor ikke være rimelig i forhold til den risiko vedkommende løper ved at han må forholde seg til kontrakten. Det kan heller ikke stoles blindt på skyldnerens erkjennelse av insolvens. Dette gjelder spesielt hvor skyldneren er et selskap, ettersom det ikke er sikkert at insolvensen er utelukkende negativ for dets eiere og ledelse. Insolvensen bør derfor etter min mening objektivt kunne konstateres før heving skjer.

---

<sup>58</sup> Marthinussen op. cit. s. 462.

<sup>59</sup> Marthinussen op. cit. s. 463.

Som en ser vil det måtte stilles strenge krav til sannsynlighetsovervekt dersom heving skal være berettiget. Det er vanskelig å tallfeste kravet, men Marthinussens utgangspunkt på ”klart over 50 %” vil etter min mening tjene som et godt utgangspunkt.

#### 5.3.4 Unntak fra retten til å heve

Det gjøres i kontraktens pkt 39.1 annet ledd to unntak fra retten til å heve. For det første kan ikke *byggherren* heve dersom det uten ugrunnet opphold blir ”godtgjort at kontraktsarbeidet vil bli fullført i samsvar med kontrakten”.<sup>60</sup> For det andre kan ikke *entreprenøren* heve dersom det uten ugrunnet opphold blir stilt ”betryggende sikkerhet for rettidig oppfyllelse av den gjenstående delen av byggherrens forpliktelser etter kontrakten”.<sup>61</sup> Bestemmelsen må anses å komme til anvendelse både hvor det er tale om heving etter vesentlig mislighold samt på grunn av konkurs eller insolvens jf. første ledd.

Bestemmelsen stiller opp forskjellige vilkår hva gjelder hhv. byggherrens og entreprenørens adgang til å heve. Både for godtgjøring og sikkerhetsstillelse må dette derimot skje ”uten ugrunnet opphold”, noe som kan tolkes slik at skyldneren må reagere så fort det praktisk lar seg gjøre. Går det derimot noe tid før skyldneren godtgjør oppfyllelse eller stiller sikkerhet bør dette kunne godtas dersom det foreligger saklig og tilstrekkelig grunn. Hvorvidt slik begrunnelse foreligger må i hvert enkelt tilfelle vurderes opp mot ordlyden for å komme frem til om oppholdet er ugrunnet eller ikke.

Det at skyldneren, hvor dette er entreprenøren, ovenfor byggherren må ”godtgjøre at kontrakten vil bli fullført” mener jeg viser at hevingsterskelen i forhold til byggherren ligger noe høyere enn hvor entreprenøren representerer den solvente part. Hva en ”godtgjøring” fra skyldneren må innebære for å oppfylle kravet gir ikke ordlyden noe svar på. Jeg mener at ordlyden kan tolkes slik at det ikke skal mye til for at byggherrens hevingsrett blir satt til side til fordel for entreprenørens, og herunder entreprenørens konkursbos, mulighet til å fullføre kontrakten.

Godtgjøring må anses som mindre omfattende enn for eksempel en garanti, og dette med rette. Det kan ikke ha vært meningen at entreprenøren skal måtte stille garanti for

---

<sup>60</sup> Min kursivering.

<sup>61</sup> Min kursivering.

oppfyllelsen, da dette helt klart ville blitt vanskelig i den økonomiske situasjon som han befinner seg i. Det må likevel stilles krav om noe mer enn en ikke-bindende uttalelse om oppfyllelse. Godtgjøringen bør i mine øyne bygge på en objektiv vurdering av entreprenørens eller dens konkursbos muligheter for gjennomføring av det gjenstående arbeid. Videre bør den vurdering som gjøres rundt dette spørsmål i mine øyne dokumenteres av entreprenøren. Dette er en oppfatning som deles av Kolrud som mener at entreprenøren og de han eventuelt samarbeider med må gi byggherren innsyn i tekniske og økonomiske forhold utover det som ellers gjelder i partsforholdet.<sup>62</sup> Ordlyden kan etter dette tolkes slik at det ved entreprenørens godtgjøring må fremlegges dokumentasjon, samt gis innsyn i forhold som er av relevant karakter for bedømmelsen av om entreprenøren er i stand til å gjennomføre avtalen eller ikke.

Hva som kreves av sikkerhetsstillelse for byggherren, foruten at den må være ”betryggende”, sier ikke ordlyden noe konkret om. Jeg vurderer det dit hen at sikkerhetsstillelsen må være av økonomisk verdi. Noe forbud mot å stille realsikkerhet, som for eksempel pant i fast eiendom, kan bestemmelsen derimot ikke innebære. Kolrud mener at sikkerhetsstillelsen må ses i sammenheng med bestemmelsen om det samme i standardens pkt. 9, og at størrelsen må variere i forhold til de allerede betalte avdrag. Jo større del av kontraktssummen som er betalt desto mindre vil kravet til sikkerhetsstillelse innebære. Om kravet til ”betryggende sikkerhet” uttales det videre at omfanget må være slik at entreprenøren har reell sikkerhet for full betaling i henhold til kontrakten.<sup>63</sup> Sikkerhetsstillelsen bør etter dette i mine øyne være tilnærmet lik størrelsen på det gjenstående vederlag for kontrakten.

### **5.3.5 Hvorfor stilles det opp forskjellige vilkår for hhv. byggherren og entreprenøren?**

Etter ordlyden stilles det opp forskjellige vilkår i forhold til byggherre og entreprenør hva gjelder avverging av heving fra den annen part. Grunnen til dette ligger etter min mening i hele situasjonen, ettersom de ytelser som skal presteres av kontraktspartene er av så vidt forskjellig karakter. Hvor byggherren skal betale for utførelsen av entreprisen skal entreprenøren ved sitt arbeid ferdigstille objektet som ligger til grunn for kontrakten. Ytelsenes forskjellige karakter gjør at det ikke er praktisk å pålegge entreprenøren og byggherren å stille sikkerhet for sin oppfyllelse på samme måte.

---

<sup>62</sup> Kolrud op. cit. s. 494.

<sup>63</sup> Kolrud op. cit. s. 495.

Økonomisk sikkerhetsstillelse ovenfor byggherren vil for det første ikke være noen garanti for at entreprenøren vil gjennomføre sitt arbeid, ettersom vedkommendes ytelse ikke utelukkende består i betaling av penger. Byggherren har i utgangspunktet ikke krav på vederlag i form av penger, og vil være henvist til å kreve erstattet det tap han eventuelt lider, eventuelt dividende av dette, dersom entreprenøren ikke evner å prestere i henhold til kontrakten. Byggherrens tilbakeholdsrett i vederlaget jf. NS 8405 pkt. 29.3 vil derimot til enhver tid kunne sikre hans interesser etter kontrakten og således begrunne den forskjell i vilkår som eksisterer. Partene vil i stor grad måtte sikre sine egne interesser under kontraktsinngåelsen ved for eksempel å avtale at ytelsene presteres underveis.

For byggherrens del vil hans ytelse bestå av en betalingsplikt, og i dette tilfelle er sikkerhetsstillelse vel egnet for å sikre oppfyllelse fra vedkommendes side, og dermed et bedre alternativ enn godtgjøring. Det ville virke urimelig dersom entreprenøren skulle være tvunget til å ta den risiko det innebærer å fullføre et prosjekt og dermed være avskåret fra å heve uten at slik sikkerhetsstillelse ligger til grunn.

#### **5.4 Forholdet til dekningsloven § 7-3 annet ledd annet punktum og § 7-1**

Til tross for at entreprisedavtaler i stor grad er regulert ved standardiserte avtaler, så vil lovbestemte regler gjelde i den utstrekning de er ufravikelige. Dekningsloven § 7-3 annet ledd annet punktum regulerer forholdet mellom avtalebestemte hevingsklausuler og boets rettigheter i konkurs. Bestemmelsen lyder slik:

*”Avtalebestemmelse som gir den annen part en videre adgang til å heve på grunn av skyldnerens insolvens, er ikke bindende for boet.”*

Lovens bestemmelse er klar i sin ordlyd og gir ikke mye rom for tolkning. Bestemmelse inngått mellom partene i et gjensidig bebyrdende avtaleforhold som gir hevingsrett ut over de lovbestemte regler i dekningsloven, er ikke bindende for boet. Bestemmelsen griper ikke direkte inn i forholdet mellom partene, men i forhold til den ene partens konkursbo gis bestemmelsene i dekningsloven en slags forrang, og boet vinner en bedre rett enn partene seg imellom har avtalt. Avtalens virkning begrenses med dette ovenfor skyldnerens konkursbo som ikke trenger å respektere den inngåtte hevingsavtale.



Det faktum at det ikke er uvanlig å ta inn hevingsklausuler i en rekke avtaleforhold gjør at det må stilles spørsmål om hvorvidt § 7-3 annet ledd annet punktum gjelder absolutt og for alle avtaleforhold, eller om det eksisterer unntak?

Regelen må, spesielt i entrepriserforhold, men også i andre avtaleforhold ses i sammenheng med dekl. § 7-1 som regulerer anvendelsesområdet for reglene i lovens kap. 7. Reglene kommer i følge denne bestemmelsen kun til anvendelse hvor ikke noe annet følger av loven selv eller av ”vedkommende rettsforholds egenart”. Bestemmelsen må i følge forarbeidene anses å supplere unntaket i § 7-3 annet ledd som gjelder for en del kontraktstyper på bakgrunn av ”avtalens art”, og som dermed unntaksvis gir rett til å avtale avvikende løsninger på tross av de generelle lovbestemmelser.<sup>64</sup> Uttalelser i forbindelse med utarbeidelse av loven tyder videre på at det generelle preg som § 7-1 har fått er nødvendig for å opprettholde den elastisitet som må foreligge ved lovregulering på et så generelt område.<sup>65</sup>

Selv om det kan påvises likheter i forhold til § 7-1 og unntaksbestemmelsen i § 7-3 annet ledd om ”avtalens art” så virker disse to bestemmelsene på forskjellig vis og har tilsvarende forskjellige rettsvirkninger. § 7-1 er en mer omfattende bestemmelse og vil til forskjell fra § 7-3 annet ledd annet punktum være den eneste rettslige regulering som åpner for å gjøre unntak fra boets rettigheter i forhold til avtalebestemte hevingsklausuler.

Om tolkingen av § 7-1 uttales det i lovens forarbeider at reglene i dekningsloven i utgangspunktet er preseptoriske og at det derfor ikke er nok at en avvikende løsning følger av avtale mellom partene. Det må stilles krav om at den avvikende løsning må følge av vedkommende kontraktstypes egenart.<sup>66</sup> Avvikende løsning i en enkelt kontrakt vil følgelig ikke være tilstrekkelig for å begrunne avvik fra reglene i kap. 7.

Spørsmålet blir da hvilke vurderinger som vil være avgjørende ved avgjørelsen av hvilke kontraktstyper som omfattes av unntaket?

I følge uttalelsene i forarbeidene må selve kontraktstypen som påberopes regulere spørsmålet på en slik måte at løsningen blir en annen en den som følger av dekningslovens bestemmelser.

---

<sup>64</sup> NOU 1972: 20 s. 310-311.

<sup>65</sup> Ot. Prp. 50 (1980/81) s. 183.

<sup>66</sup> NOU 1972: 20 s. 310.

Kontraktstypen må videre, i mine øyne, være av en slik spesiell art at rettigheter og plikter som følger av loven ikke med rimelighet bør kunne gjøres gjeldende av boet. Jeg mener dette spesielt bør tas hensyn til i kontraktsforhold hvor avtalefriheten er fremtredende, for eksempel i mellom profesjonelle parter og ellers hvor partene regulerer sine rettigheter og plikter ved hjelp av spesialister, herunder advokater og andre profesjonsutøvere.

På kontraktsområder hvor behovet for avtalefrihet og forutsigbarhet er stort mener jeg også at hensynet til avtalepartene bør kunne begrunne unntak i medhold av § 7-1. Det er lite som taler for å regulere rettstilstanden mellom profesjonelle parter som inngår avtaler på et komplisert og omfattende område, og som enten er bistått av sakkyndige eller som har den nødvendige kompetansen på vedkommende rettsområde. Det må i mine øyne være avgjørende hvorvidt den kontraktstype det er snakk om er så spesiell at den bør unntas fra å være underlagt de generelle regler i dekningslovens kap. 7.

I følge en artikkel av Henriette Nazarian om adgangen til å avtale heving taler hensynet til medkontrahenten i mange henseender for at heving skal kunne avtales mellom partene.<sup>67</sup> For eksempel vil mange avtaleforhold være av en slik art at en inntredelsesrett for et konkursbo vil kunne påvirke den ytelse som følger av kontrakten, slik at denne ikke blir prestert i henhold til hva som er ønskelig for medkontrahenten, for eksempel kan boets manglende behov for opparbeidelse av goodwill kunne føre til at kvalitet og service vil kunne bli dårligere ved oppfyllelse fra dette.

Forfatteren trekker også frem hvorvidt en hevingsadgang kan virke konkursavvergende ved sin vurdering av om heving skal kunne avtales.<sup>68</sup> Spørsmålet er her om adgang til heving kan stimulere til at avtaler inngås og dermed virke konkursavvergende? Det uttrykkes at det for kjøperen i et avtaleforhold kan være hensiktsmessig med en slik adgang ettersom heving vil føre til at eventuelle mangelskrav går tapt. Til tross for dette mener forfatteren at det ikke bør være adgang til heving ettersom partenes rettigheter er godt nok ivaretatt ved dekningslovens bestemmelser.

---

<sup>67</sup> Nazarian, Henriette, ”Bør det være adgang til å avtale heving i konkurs?” Fra driftssentralen til Teorifagsbygget, 2004, s. 166.

<sup>68</sup> Nazarian, op. cit. s. 168-169.

Hvorvidt en avtaleklausul etter dette kan stå seg i konkurs må derfor søkes løst i lys av unntaket for ”vedkommende rettsforholds egenart” i § 7-1 som drøftet ovenfor.

### **5.5 Vil hevingsklausulen i NS 8405 stå seg i forhold til boets rettigheter?**

Det neste spørsmålet er om hevingsklausulen i NS 8405 vil stå seg i forhold til boets rettigheter og da særlig deknl. § 7-3 annet ledd annet punktum. Som ovenfor nevnt vil det avhenge av en konkret helhetsvurdering i lys av unntaket for ”vedkommende rettsforholds egenart” om slik hevingsbestemmelse vil være bindende for boet.

Den regulering som gjøres i standarden må etter min mening være av en så omfattende karakter og utarbeidet på et viktig interesseområde, av og for de aktører som er aktive på området, slik at det vil være rimelig å la det være opp til disse hvilke regler som skal gjelde ved deres egen næringsvirksomhet. Reguleringen er videre av en så detaljert og utbredt art at det må være kurant å påberope seg reguleringen som en egen kontraktstype, og derfor argumentere for unntak etter deknl. § 7-1.

Kolrud påberoper seg det faktum at standardens bestemmelser er godt innarbeidet og har blitt opprettholdt også etter dekningslovens ufravikelige lovfesting av boets inntredelsesrett, som argument for å tillate unntak fra dekningslovens bestemmelser.<sup>69</sup> Etter min mening vil det også tale for å tillate hevingsklausulen at partene ofte innehar stor grad av profesjonalitet, og at de ellers bistås av advokater ved inngåelser av slike avtaler. Langvarig bruk av standardens bestemmelser, kombinert med lite rettspraksis kan tale for at dette er en løsning som alt i alt er å anse som fornuftig og formålstjenlig, og som er blitt godtatt av partene og deres boer. Standardbestemmelsenes utbredte anvendelse, samt den aksept som disse har i samfunnet, i kombinasjon med det ovenfor nevnte, må føre til at det i slike avtaleforhold må kunne benyttes hevingsklausuler som unntas fra dekningslovens bestemmelser og således går klar av konkursboets lovbestemte inntredelsesrett.

Ettersom gjeldsforhandlingsinstituttet henger tett sammen med konkurs vil jeg i det videre kort gjøre rede for hvordan reglene om heving kommer til anvendelse i disse tilfellene.

---

<sup>69</sup> Kolrud s. 493.

## **6. Særskilt om adgangen til å heve når en av partene er under gjeldsforhandling**

### **6.1 Innledende om gjeldsforhandling**

#### **6.1.1 Hva innebærer gjeldsforhandling?**

Gjeldsforhandlingsinstituttet omtales i kkl. § 1 som et middel tilgjengelig for skyldneren i den hensikt å forhandle med sine fordringshavere. Formålet med forhandlingene er å rydde opp i skyldnerens økonomiske situasjon før denne er så prekær at konkursen er et faktum.

I likhet med konkurs innebærer gjeldsforhandling et generalbeslag i skyldnerens formue, og gjør instituttet godt egnet til å skaffe fordringshaverne dekning for hele eller deler av sine opprinnelige krav uten å måtte bli forfordelt på grunn av andre kreditorers enkeltforfølgning. Instituttet gir til forskjell fra konkurs også skyldneren en mulighet til å videreføre sin drift ved å komme til enighet med sine fordringshavere før insuffisiensen er et faktum. Dette vil være en fordel både for skyldner og kreditorfelleskapet. Ordningen må holdes adskilt fra den som eksisterer etter gjeldsordningsloven<sup>70</sup> da denne jf. dens § 1-2 ikke gjelder for personer som driver næringsvirksomhet.

#### **6.1.2 Frivillig gjeldsordning**

I følge kkl. § 23 kan frivillig gjeldsordning gå ut på betalingsutsettelse, reduksjon av gjeld eller avvikling av hele eller deler av gjelden, enten ved at skyldneren blir fri den resterende del av gjelden, eller ved at skyldneren ikke blir fri for denne. At gjeldsordningen er frivillig følger av forutsetningen i kkl. § 25, hvor alle fordringshavere må godta forslaget til gjeldsordning dersom denne skal kunne gjennomføres.

#### **6.1.3 Tvangsakkord**

Tvangsakkord kan i følge kkl. § 30 gå ut på betalingsutsettelse, reduksjon av gjeld eller avvikling av skyldnerens formue på nærmere vilkår. Tvangsmomentet vises her ved at et

---

<sup>70</sup> Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner, 17 juli 1992. (gol.)

flertall av fordringshaverne, på nærmere vilkår, kan binde et mindretall jf. kkl. § 43. Er vilkårene oppfylt vil et mindretall av fordringshaverne ikke ha noen mulighet til å hindre akkorden.

Forskjellen mellom gjeldsforhandlingssituasjonene ligger i ordlyden. Gjeldsordningen som oppnås blir enten av frivillig eller tvungen karakter. For begge er det anledning til å kombinere de forskjellige tiltakene jf. §§ 23 første ledd nr. 5 og 30 første ledd nr. 4. Til forskjell fra den såkalte underhåndsakkord, hvor skyldneren på egenhånd gjør avtale med fordringshaverne, vil gjeldsforhandling etter lovens regler sette en stopper for parallelle forsøk på enkeltforfølgelse og således sikre kreditorene forholdsvis lik dekning hvor ikke annet avtales mellom partene.

## **6.2 Vilkårene for å åpne gjeldsforhandling**

Hovedvilkåret for å få åpnet gjeldsforhandling fremgår av kkl. § 1. Skyldner som ”ikke kan oppfylle sine plikter etter hvert som de forfaller” kan begjære gjeldsforhandling åpnet. Ordlyden gir uttrykk for at illikviditet slik begrepet alminnelig er kjent skal være tilstrekkelig for å få åpnet gjeldsforhandling. Slik tidligere nevnt vil dette utgjøre en forskjell i forhold til konkurs, hvor skyldneren også må være insuffisient, i betydningen at gjelden overgår vedkommende skyldners eiendeler. Det er skyldneren selv som må begjære gjeldsforhandling for åpnet jf. kkl §§ 1 og 2.

## **6.3 Skyldnerens avtaler under gjeldsforhandling**

### **6.3.1 Innledende om skyldnerens avtaler**

Deknl. § 1-6 annet ledd gir bestemmelsene i lovens kap. 7 om skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser tilsvarende betydning for gjeldsforhandling som for konkurs. I forbindelse med endringer<sup>71</sup> i dekningsloven uttales det i tillegg i forarbeidene at reglene i kap. 7 skal anvendes parallelt for frivillig gjeldsordning og tvangsakkord.<sup>72</sup> Det er likevel ikke gitt at reglene vil føre til samme resultat for konkurs som i gjeldsforhandlingstilfellene.

---

<sup>71</sup> Lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen mv., 3 september 1999 nr. 72. (endringsloven)

<sup>72</sup> NOU 1993: 16, Etterkontroll av konkurslovgivningen mv. s. 114-115.

Dekningsloven § 7-3a regulerer skyldnerens avtaler ved åpning av gjeldsforhandling. I følge bestemmelsen vil skyldnerens avtaler løpe videre etter åpning av gjeldsforhandling og åpningen vil i seg selv ikke gi skyldnerens medkontrahent rett til å heve avtalen.

### **6.3.2 Heving etter åpning av gjeldsforhandling**

I endringslovens forarbeider stadfestes den gjeldende hovedregel; at skyldnerens avtaler skal løpe videre under gjeldsforhandlingen.<sup>73</sup> Deknl. § 7-7 første punktum annet ledd gir til tross for dette adgang til heving hvor skyldneren under gjeldsforhandling ikke oppfyller eller stiller sikkerhet. Det vises her til drøftelsen om tilsvarende bestemmelse i konkurs jf. pkt. 4.4.3 ovenfor.

Det spesielle ved anvendelse av loven på gjeldsforhandlingstilfellene er at det i disse tilfellene ikke oppstår noe bo som får anledning til å tre inn i skyldnerens kontrakter. Reglene i dekningslovens kap. 7 er derfor best egnet for konkursbehandling, ettersom medkontrahenten i forbindelse med konkursen må ta til takke med en ny kontraktsmotpart i form av skyldnerens konkursbo. En slik forutsetning passer ikke like godt ved gjeldsforhandlinger ettersom skyldneren da selv beholder rådigheten over sine egne kontrakter til tross for at hans disposisjonsrett blir innskrenket som følge av gjeldsnemndas tilsynsplikt jf. kkl. § 14 første ledd.

### **6.3.3 Heving på grunn av ”avtalens art”**

Bestemmelsene i deknl. § 7-3 annet ledd gis tilsvarende anvendelse under gjeldsforhandling jf. § 7-3a første ledd annet punktum, og avtalen vil derfor kunne opphøre på bakgrunn av ”avtalens art”. Et spørsmål i denne anledning er om unntaket i deknl. § 7-3 vil gi tilsvarende rett til å påberope seg opphør av avtalen ved gjeldsforhandlinger som ved konkurs?

I følge dekningslovens forarbeider gjør ikke de samme hensyn seg gjeldende ved gjeldsforhandling som ved konkurs.<sup>74</sup> Kontrakter hvor personlig oppfyllelse utgjør en del av kontraktsytelsene samt langvarige kontrakter vil ikke kreve den samme beskyttelse ettersom

---

<sup>73</sup> NOU 1993: 16 s. 115.

<sup>74</sup> NOU 1972: 20 s. 313.

den forpliktete vil være den samme både før, under og etter gjeldsforhandlingen. Å gi hevingsrett for slike kontrakter i samme utstrekning som ved konkurs vil etter min mening stride mot et av de formål som ligger til grunn for gjeldsforhandlingsinstituttet, nemlig å sørge for videreføring av den drift som har eksistert.

I følge de ovenfor nevnte forarbeider vil derimot ikke dette hensynet gjøre seg like sterkt gjeldende ved kreditt- og garantiavtaler.<sup>75</sup> Åpning av gjeldsforhandling nevnes i disse tilfellene som en kausal og synbar bristende forutsetning for den avtale som er inngått ettersom åpningen er et klart tegn på skyldnerens betalingsproblemer.<sup>76</sup> Å pålegge skyldnerens medkontrahent å oppfylle i henhold til garanti- eller kredittavtale i lys av dette vil kunne sette vedkommende i en unødvendig risikabel situasjon og dermed fremstå som urimelig.

Hensynet til medkontrahenten vil heller ikke ved avtaler som forutsetter en gjensidig og samtidig utveksling av ytelser, gjøre seg like sterkt gjeldende, ettersom samtidig ytelse i disse tilfellene vil sikre medkontrahenten fullt oppgjør.<sup>77</sup> Det bør i disse tilfellene ikke være adgang til å heve.

Forskjellen i hevingsadgangen på bakgrunn av ”avtalens art” ved henholdsvis gjeldsforhandling og konkurs dreier seg i stor grad om partsforholdet ved den løsning man velger. For å komme til et svar er det nødvendig å se på forskjellen i hensyn bak de to instituttene. Mens konkursavviklingen tar sikte på å avslutte skyldnerens virksomhet og fordele midlene i boet på kreditorene vil gjeldsforhandlingen være et virkemiddel for å kunne videreføre driften i skyldnerens virksomhet.

## **7. Avsluttende betraktninger**

Spørsmål om hevingsrett ved insolvens for den solvente part i et gjensidig bebyrdende avtaleforhold kan på bakgrunn av drøftelsene ovenfor ikke anses å være noe utbredt problemstilling. Hva dette skyldes finnes det ikke noe eksakt svar på, men det er nærliggende

---

<sup>75</sup> NOU 1993: 16 s. 115.

<sup>76</sup> NOU 1993: 16 s. 115.

<sup>77</sup> NOU 1993: 16 s. 115.

å tro at etterfølgende forhold egnet til å begrunne hevingsrett, slik som markedssvingninger eller valutaendringer, ofte tas i betraktning av partene og at de derfor tar høyde for dette ved avtaleinngåelsen.

En rett for en avtalepart til å heve sin del av en bindende avtale på grunn av insolvens hos motparten vil, hvor det ikke er gjort nødvendige tiltak ved avtaleinngåelsen, måtte vurderes opp mot de rettigheter den annen parts bo har til å tre inn i avtaleforholdet eller partens egen rett til å opprettholde avtaleforholdet for gjeldsforhandlingstilfellene. Vurderingen må for ethvert tilfelle gjøres konkret og på bakgrunn av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende for partene. Skal en hevingsrett anses berettiget må det foreligge momenter som veier tungt til fordel for den annen part, i betydningen av at heving gir det mest rimelige resultat.

## **8. Kildehenvisninger**

### **8.1 Lovregister**

- |      |  |
|------|--|
| 1988 | Lov om kjøp, 13 mai 1988 nr. 27 (kjl.)   |
| 1984 | Lov om fordringshavernes dekningsrett, 8 juni 1984 nr. 59 (deknl.)                                   |
| 1989 | Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere, 16 juni 1989 nr. 63 (hvtjl.)                         |
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fulmagt og om ugyldige viljeserklæringer, 31 mai 1918 nr. 4 (avtl.) |
| 1687 | Kong Christian Den Femtis Norske Lov, 15 april 1687 (NL)   |
| 1992 | Lov om avhending av fast eiendom, 3 juli 1992 nr. 93 (avhl.)   |
| 1992 | Lov om tvangsfullbyrdelse, 26 juni 1992 nr. 86 (tvangsl.)  |



1984	Lov om gjeldsforhandling og konkurs, 8 juni 1984 nr. 58 (kkl.)
1935	Lov om tinglysing, 7 juni 1935 nr. 2 (tingl.)
1985	Lov om selskaper, 21 juni 1985 nr. 85 (sel.)
1968	Lov om servitutter, 29 november 1968 (servl.)
1997	Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m, 13 juni 1997 nr. 43 (buofl.)
1999	Lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen mv., 3 september 1999 nr. 72.
1991	Lag om handelsagentur, 2 mai 1991 nr. 351 (Sverige)

## **8.2 Forarbeider**

### **8.2.1 Norges Offentlige Utredninger**

NOU 1979: 42	Forbrukertjenester.
NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs.
NOU 1999: 31	Oppkjøp og inndrivning av fordringer m.v.
NOU 1984: 32	Rådsegn 13 – Løsningsrettar.
NOU 1993: 16	Etterkontroll av konkurslovgivningen mv.

## 8.2.2 Ot.prp.

Ot. Prp. 50 (1980/81) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) Lov om fordringshavernes dekningsrett C) Lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandling- og konkurslovgivning m.m.

## 8.3 Rettspraksis

### 8.3.1 Høyesterett

Rt 2012 s. 1310.

Rt 2013 s. 129.

### 8.3.2 Lagmannsretten

Hålogaland lagmannsrett, 08-02-2005, LH-2004-65713.

Hålogaland lagmannsrett, 15-10-2010, LH 2010-097251.

Gulating lagmannsrett, 19-01-1998, LG-1997-406.

## 8.4 Juridisk litteratur

Eckhoff: Torstein Eckhoff; *Rettskildelære*, (2001) 5. Utgave ved Jan Helgesen, Oslo, Universitetsforlaget.

Nygaard: Nils Nygaard; *Rettsgrunnlag og standpunkt*, (2004) 2. Utgave, Oslo, Universitetsforlaget.

- Hagstrøm: Viggo Hagstrøm, i samarbeid med Magnus Aarbakke; *Obligasjonsrett*, (2003) Oslo, Universitetsforlaget.
- Bergsåker: Trygve Bergsåker; *Pengekravsrett*, (1994) 1. Utgave, Oslo, Gyldendal Norsk Forlag.
- Hov: Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte, kontraktsrett II*. (2007) 3. Utgave, Bergen, Papinian.
- Brækhus: Sjur Brækhus, *Konkursrett, utvalgte emner*, (1970) Oslo, Universitetsforlaget.
- Kolrud: Helge Kolrud, Bergsaker, Davidsen, Holstrøm, Johansen, Lund, Ruud, Seim og Ven - *NS 8405, kommentarutgave*, (2004) Oslo, Universitetsforlaget.
- Marthinussen: Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen – *NS 8406 forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*. (2007) 1. Utgave, Oslo, Gyldendal Norsk Forlag.

## 8.5 Juridiske Artikler

- Nazarian: Nazarian, Henriette. "Bør det være adgang til å avtale heving i konkurs?" Fra driftssentralen til Teorifagsbygget s. 161 - 173, Universitetet i Tromsø, Juridisk fakultet 2004. Side 166.