



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Løpende kontraktens stilling under rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs

Med fokus på medkontrahentens rettsstilling og en sammenligning av stillingen under rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs

Mia Berthling Herberg

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Temaets rettslige plassering	4
1.4	Metodiske spørsmål	5
1.5	Den videre fremstillingen	6
2	Generelt om rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.....	7
2.1	Innledning	7
2.2	Forholdet mellom rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.....	7
2.3	Oversikt over prosessene	9
2.3.1	Åpning av rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.....	9
2.3.2	Oppnevning av rekonstruksjonsutvalg, gjeldsnemnd og bostyrer: oppgaver og formål som skal ivaretas	10
2.3.3	Noen virkninger av at rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs er åpnet	11
2.3.4	Anmeldelse av krav.....	12
2.3.5	Rekonstruksjon/gjeldsforhandling med tvangsakkord: innhold og vedtagelse	12
2.3.6	Utlodningen under konkurs: massefordringer og dividendefordringer	13
3	Inntredelse, videreføring og uttreden.....	14
3.1	Innledning	14
3.2	Inntredelse ved konkurs sammenlignet med videreføring under rekonstruksjon/gjeldsforhandling	15
3.2.1	Utgangspunkter om henholdsvis inntreden og videreførelse under konkurs, rekonstruksjon og gjeldsforhandling.....	15
3.2.2	Reglenes ulikhet.....	17
3.3	Rettsvirkningene av henholdsvis inntredelse og videreføring.....	18
3.3.1	Konkursboet/skyldneren blir berettiget og forpliktet på avtalens vilkår	18
3.3.2	Delvis oppfylte avtaler og avtaler som gjelder løpende ytelser til skyldner	21

3.3.3	Medkontrahenten kan kreve at konkursboet/skyldner oppfyller eller stiller sikkerhet 23	
3.3.4	Skyldneren/konkursboet kan si opp kontrakter før det, etter kontrakten, er adgang til det.....	27
3.4	Ikke-inntredelse ved konkurs og uttreden ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling ...	29
4	Heving.....	34
4.1	Innledning	34
4.2	Medkontrahentens heving før åpning av bobehandlingen	35
4.3	Medkontrahentens heving under bobehandlingen, på grunn av skyldnerens mislighold før åpningen	40
4.4	Medkontrahentens adgang til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art	42
4.5	Medkontrahentens hevingsrett etter inntredelse eller videreføring	44
4.6	Medkontrahentens hevingsrett ved ikke-inntredelse og dersom en løpende kontrakt omfattes av rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen	45
4.7	Medkontrahentens heving etter stadfestet rekonstruksjon, på grunn av skyldnerens mulige mislighold før åpning av rekonstruksjon	45
5	Overdragelse av kontraktsposisjoner	46
5.1	Innledning	46
5.2	Overdragelse av kontraktsposisjoner etter gjeldende rett	47
6	Avsluttende betraktninger	52
	Referanseliste	54
	Norske lover.....	54
	Norske lovforarbeider	54
	Norske rettsavgjørelser	55
	Litteratur	56
	Juridisk teori og artikler	56
	Nettsider.....	58

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er løpende kontrakters stilling under rekonstruksjon, (tidligere) gjeldsforhandling og konkurs.

I et selskap hvor det åpnes enten rekonstruksjon/gjeldsforhandling eller konkurs, vil det, som oftest, foreligge en rekke helt eller delvis uoppfylte kontrakter.¹ Noen eksempler er en butikkjedes kontrakter om leie av butikklokaler, et flyselskaps kontrakter om leasing av fly, eller et selskaps avtale om levering av strøm. Et selskap vil ofte ha en rekke ulike kontraktspartnerer, og kontraktstypene kan være av ulik art. Med denne oppgaven tar jeg ikke sikte på en inngående behandling av én eller flere spesifikke typer kontrakter. Likevel vil jeg anvende ulike typer kontrakter som eksempler. Dette for å nærmere kunne belyse de problemstillinger som kan oppstå i ulike typetilfeller under rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs. Jeg avgrenser imidlertid mot å behandle arbeidsavtaler, fordi det ved slike kontrakter gjelder særlige regler og hensyn som skiller seg fra andre kontraktstyper.

For skyldnerens kontraktspartner (heretter betegnet «medkontrahent»), vil åpningen av rekonstruksjon, (tidligere) gjeldsforhandling og konkurs hos skyldneren, kunne medføre endringer i rettsstillingen. Denne avhandlingen skal belyse hvordan medkontrahentens rettsstilling endres som følge av åpningen. Avhandlingens andre formål er å foreta en sammenligning av reglene under henholdsvis rekonstruksjon etter rekonstruksjonsloven², gjeldsforhandling etter konkursloven³ og konkurs. Også i denne forbindelse vil det fokuseres på hvordan likhetene/ulikhetene utspiller seg for medkontrahentens rettsstilling.

Som følge av covid-19-pandemien ble det i mai 2020 vedtatt en midlertidig lov om rekonstruksjon.⁴ Reglene i rekonstruksjonsloven erstatter reglene om gjeldsforhandling i konkursloven, så lenge den midlertidige rekonstruksjonsloven er i kraft.⁵ Siktemålet er at det skal utredes permanente regler om rekonstruksjon.⁶ Som følge av at rekonstruksjonsloven er

¹ NOU 1972: 20 s. 308 og NOU 1993: 16 s. 114.

² Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

³ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

⁴ Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

⁵ Rekonstruksjonsloven § 1.

⁶ Prop. 75 L (2019-2020) s. 5 og Innst. 48 L (2021-2022) s. 1.

midlertidig og erstatter reglene om gjeldsforhandling, er det interessant å belyse hvilke endringer rekonstruksjonsloven innebærer. Siktemålet med dette er å undersøke hvordan endringene har påvirket medkontrahentens rettsstilling. For å få et helhetlig bilde av reguleringen av løpende kontrakter under rekonstruksjon, er det også nødvendig å behandle den tidligere reguleringen av slike kontrakter ved gjeldsforhandling etter konkursloven. En av begrunnelsene bak hastevedtakelsen av rekonstruksjonsloven, var at reglene om gjeldsforhandling i konkursloven ble lite brukt i praksis.^{7, 8} Vedtakelsen av rekonstruksjonsloven vil på denne måten kunne kaste nytt lys over de tidligere reglene.

Løpende kontrakters stilling under rekonstruksjon/gjeldsforhandling skal dessuten sammenlignes med den stillingen slike kontrakter har ved konkurs. Hensikten med en slik sammenligning er at en mislykket rekonstruksjonsforhandling (eller tidligere gjeldsforhandling) kan føre til at det åpnes konkurs hos skyldner, jf. rekonstruksjonsloven § 58 (eller konkursloven § 57). Dersom det åpnes konkurs, vil medkontrahenten ha behov for å vite hvordan rettsstillingen endres ved konkurs i forhold til ved rekonstruksjonsforhandlingen. I tillegg må et visst antall fordringshavere godkjenne forslaget til rekonstruksjon, for at forslaget skal kunne vedtas. Når fordringshavere som er kontraktsparter til skyldner skal stemme over forslaget, må de vite hva som gir best dekning av en eventuell konkurs eller den foreslåtte rekonstruksjonsplan. De har derfor et behov for å vite hvordan rettsstillingen endres ved en eventuell etterfølgende konkurs.

Av omfangshensyn har jeg ikke anledning til å behandle alle spørsmål som kan oppstå. Det som skal behandles er konkursboets rett til å tre inn i skyldnerens kontrakter, sammenlignet med kontraktens videreførelse under rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Herunder vil fokuset være på rettsvirkningen av inntreden/videreførelse. Videre vil jeg behandle i hvilke tilfeller en medkontrahent har rett til å heve kontrakten og kreve erstatning. I tillegg skal jeg behandle spørsmål vedrørende for eksempel stansingsretten og rettsvern faller utenfor denne oppgaven. Ytterligere avgrensninger vil foretas løpende.

1.2 Aktualitet

Den pågående covid-19-pandemien har ført til omfattende økonomiske problemer for en rekke selskaper. Ulike tiltak fra myndighetene har imidlertid bidratt til foreløpig å holde antall

⁷ Prop. 75 L (2019-2020) s. 7.

⁸ Se statistikk i punkt 1.2.

konkurser i virksomheter lavt. Statistikk fra SSB viser at det totale antallet virksomhetsk konkurser var lavere i månedene mars til desember i 2020 enn de tilsvarende månedene i henholdsvis 2019 og 2018.⁹ Tallene fra de tre første kvartalene i 2021, sammenlignet med samme periode i 2019, viser at det i 2019 var om lag 1000 flere konkurser enn det var i 2021.¹⁰ Det må bemerkes at selv om det har vært færre antall åpne konkurser under den pågående koronakrisen, må statistikken tolkes i lys av de tiltak som offentlige instanser har innført under koronapandemien.¹¹ Skatteetaten har for eksempel redusert antall konkursbegjæringene under koronakrisen i 2020 betydelig, sammenlignet med den samme perioden i 2019.¹² Koronapandemiens innvirkning på antall konkurser i de følgende årene er usikker.

Innføringen av den midlertidige rekonstruksjonsloven er et av tiltakene myndighetene har iverksatt for å « redusere risikoen for unødige konkurser i [ellers] levedyktige virksomheter ».¹³ Foreløpige tall viser at det er åpnet 29 rekonstruksjonsforhandlinger fra rekonstruksjonslovens ikrafttredelse den 11. mai 2020 og frem til 30. november 2021.¹⁴ I 13 av disse selskapene ble rekonstruksjonen stadfestet. I 10 av selskapene ble rekonstruksjonsforhandlingen avsluttet ved at det ble åpnet konkurs. I ett av de 13 selskapene hvor rekonstruksjonen ble stadfestet, ble det etter stadfestelsen åpnet konkurs.¹⁵ De øvrige 6 er, per 7. desember 2021, ikke registrert avsluttet. Til sammenligning ble det i løpet av en femårsperiode, fra 11. mai 2015 til 11. mai 2020, kun åpnet 11 gjeldsforhandlinger.¹⁶

Flere av rekonstruksjonene som hittil har blitt stadfestet, har lyktes ved å terminere langsiktige løpende kontrakter.¹⁷

⁹ Statistisk sentralbyrå (2021), Tabell: 0855, Statistikkvariabel: Føretakskonkursar, ekskl. einskildpersonføretak. Månedene mars til desember er valgt på bakgrunn av at regjeringen iverksatte de mest inngripende tiltakene den 12. mars 2020, se Regjeringen (2020).

¹⁰ Fondevik (2021), Tall hentet fra figur 1.

¹¹ Brønnøysundregistrene, «Statistikk fra Konkursregisteret», 2. desember 2021.

¹² Funnemark (2021).

¹³ Prop. 75 L (2019-2020) s. 5.

¹⁴ Brønnøysundregistrene (2021) Søkekriterier: dato fra 11.05.2020 til 30.11.2021, kunngjøringstype: Rekonstruksjonsforhandling.

¹⁵ Brønnøysundregistrene (2021).

¹⁶ Brønnøysundregistrene (2021) Søkekriterier: dato fra 11.05.2015 til 11.05.2020, kunngjøringstype: Gjeldsforhandling

¹⁷ Blant annet rekonstruksjonen i Polarn O. Pyret, se Sindre Hopland, «Norges første konkursbeskyttelse: - Hadde ikke fungert med de gamle reglene» *E24*, 30. august 2020, <https://e24.no/naeringsliv/i/opdVBm/norges-første-konkursbeskyttelse-hadde-ikke-fungert-med-de-gamle-reglene>

1.3 Temaets rettslige plassering

Oppgavens tema kan rettslig plasseres som en del av den materielle konkursretten, hvor dekningsloven¹⁸ er den sentrale loven. Siden det er kontraktens stilling som skal behandles, vil temaet også berøre obligasjonsrettslige regler.

Skyldnerens kontraktmessige forpliktelser er særskilt regulert i dekningsloven kapittel 7. Dette kapitlet gjelder både ved gjeldsforhandling og ved konkurs.¹⁹ Rekonstruksjonsloven § 62 fastsetter at omtale av gjeldsforhandling i andre lover skal forstås som rekonstruksjon. Reglene i dekningsloven kapittel 7 får derfor anvendelse under rekonstruksjon, (tidligere) gjeldsforhandling og konkurs. Ved rekonstruksjon kommer også rekonstruksjonsloven § 63 til anvendelse. Denne bestemmelsen inneholder suppleringer til dekningsloven kapittel 7.

En forutsetning for at reglene i dekningsloven kapittel 7 skal komme til anvendelse på kontraktsforholdet er at «ikke annet følger av andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart», jf. dekningsloven § 7-1. I dette ligger det en tydeliggjøring av *lex specialis*-prinsippet, som sier at spesielle regler går foran generelle. Forbeholdet «når ikke annet følger av [...] vedkommende rettsforholds egenart» åpner for at kapitlets regler ikke alltid kommer til anvendelse på kontraktstyper som avviker sterkt fra de mer «generelle» kontraktstypene.²⁰

For den videre drøftelsen forutsetter jeg at de kontraktstypene jeg behandler faller inn under anvendelsesområdet til dekningsloven kapittel 7. Jeg legger denne forutsetningen til grunn fordi jeg behandler ulike typer løpende kontrakter generelt, og ikke fokuserer spesielt på stillingen til en spesifikk kontraktstype.

Ordlyden «når ikke annet følger av [...] vedkommende rettsforholds egenart» tar også sikte på å fastslå kapitlets preseptoriske karakter.²¹ Dette kommer til uttrykk ved at det er *rettsforholdets egenart* som i så fall kan begrunne at kapitlets regler ikke skal få virkning, og ikke den spesifikke kontrakten. At reglene er preseptoriske, innebærer at eventuelle kontraktsbestemmelser som setter konkursboet under konkurs og skyldner under rekonstruksjon/gjeldsforhandling i en dårligere stilling enn det som følger av dekningsloven,

¹⁸ Lov 8. juni 1984 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

¹⁹ Dekningsloven § 1-6 annet ledd.

²⁰ NOU 1972: 20 s. 310.

²¹ NOU 1972: 20 s. 310.

må settes til side. Konkursrettens regler setter således visse begrensninger på kontraktsforholdet, og det som ville fulgt av obligasjonsrettslige regler.

I neste punkt skal jeg forklare nærmere hvilken metode som benyttes ved tolkningen av de nevnte rettskildene for å besvare oppgavens problemstillinger.

1.4 Metodiske spørsmål

Oppgaven har to siktemål. For det første skal jeg redegjøre for hvordan rettsstillingen til en medkontrahent påvirkes av at det åpnes rekonstruksjon, (tidligere) gjeldsforhandling og konkurs hos den annen kontraktspart. For det annet skal medkontrahentens rettsstilling under de tre ulike prosessene sammenlignes med hverandre. Ved sammenligningen skal jeg belyse hvilke regler som er ulike og like, med en nærmere vurdering av bakgrunnen for reglenes eventuelle ulikheter. Regler som i prinsippet fremstår som like ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling og ved konkurs, vil kunne få et ulikt utslag som følge av at rekonstruksjon/gjeldsforhandling og konkurs er ulike prosesser med dertil ulike formål.

Videre kan det tenkes at begrunnelsen bak regler som i prinsippet er like, ikke treffer like godt i begge sammenhenger. Alle disse forhold vil være gjenstand for drøftelse i oppgaven. Både for å kunne foreta en vurdering av hvordan medkontrahentens rettsstilling påvirkes av henholdsvis rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs hos den annen kontraktspart, og for å sammenligne rettsstillingen, er det nødvendig å redegjøre for innholdet i de aktuelle reglene, ved tolkning og vekting av de alminnelig anerkjente rettskildefaktorer.²² Jeg bruker følgelig en rettsdogmatisk metode for å besvare oppgavens problemstillinger. Rettsdogmatisk metodisk bygger på den alminnelige rettslære slik den praktiseres hos domstolene. Jeg går ikke nærmere inn på den alminnelige rettskildelæren i min oppgave.²³

Temaet i oppgaven preges av et noe begrenset rettskildeomfang. Det foreligger lite rettspraksis tilknyttet dekningsloven kapittel 7.²⁴ På den annen side, er forarbeidene til konkurslovgivningen, herunder NOU 1972: 20 og Ot.prp. nr. 50 (1980-1981), omfattende og grundige. Forarbeidene vil derfor benyttes i stor grad i oppgaven.

²² Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2004.

²³ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018 og Nygaard (2004) for generelle fremstillinger om rettskildelæren.

²⁴ Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, M.H. Andenæs 2009 s. 210 og Henriette Nazarian, med bidrag fra Anna Nylund, *Konkursrett*, Cappelen Damm Akademisk 2012 s. 63 som uttaler seg om rettspraksis generelt på konkursrettens område.

Konkursrettslige regler særpreges ved at de skal være retsteknisk enkle å forholde seg til.²⁵ Dette medfører at en skal utvise forsiktighet med å anvende rimelighetsbetraktninger, for å unngå at reglene skal få en prosessfremmende effekt.²⁶

Det må også bemerkes at rekonstruksjonsloven er midlertidig. Loven ble hastevedtatt i starten av koronapandemien, og har av den grunn blitt vedtatt med begrenset utredning.²⁷

Proposisjonen, og dermed rekonstruksjonsloven, bygger imidlertid i stor grad på enpersonsutredningen avgitt av Leif Villars-Dahl (heretter betegnet «Utredningen»²⁸).

Utredningen var på høring i 2016. Slik sett har reglene som ble vedtatt ved rekonstruksjonsloven i stor grad gjennomgått en høringsrunde, ved at reglene bygger på denne utredningen.

1.5 Den videre fremstillingen

Oppgaven er bygget opp slik at sammenligningen mellom rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs foretas løpende.

For å kunne sammenligne reguleringen av kontraktens stilling under rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs, kreves det kjennskap til hvordan de ulike prosessene foregår og hva som skiller dem. Kapittel 2 inneholder derfor en generell fremstilling av rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.

I kapittel 3 behandles spørsmålene om konkursboets inntreden/ikke-inntreden, sammenlignet med kontraktens videreføring og eventuell uttreden under rekonstruksjon og gjeldsforhandling. I dette kapitlet forutsettes det at medkontrahenten ikke har hevingsretten i behold. Perspektivet i kapitlet retter seg i hovedsak mot hva konkursboet/skyldneren kan foreta seg i tilknytning til kontraktene under bobehandlingen. Medkontrahentens rettsstilling vil imidlertid være sentral i drøftelsen, slik at også medkontrahentens rettigheter og plikter skal behandles.

Deretter skal jeg i kapittel 4 drøfte medkontrahentens adgang til å heve kontrakten på de ulike stadiene i prosessene. I tillegg skal jeg kort behandle medkontrahents rett til erstatning.

Perspektivet i dette kapitlet vil dermed, i motsetning til kapittel 3, være på hva

²⁵ Nazarian (2012) s. 62.

²⁶ Nazarian (2012) s. 62

²⁷ Prop. 75 L (2019-2020) s. 7 og Innst.244 L (2019-2020) punkt 1.

²⁸ Villars-Dahl (2016).

medkontrahenten kan foreta seg dersom det åpnes rekonstruksjon, gjeldsforhandling eller konkurs hos kontraktsparten.

I kapittel 5 skal jeg drøfte hvilken mulighet konkursboet og skyldner har til å overdra sin kontraktsposisjon under rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.

Avslutningsvis, i kapittel 6, skal jeg gi noen oppsummerende bemerkninger om i hvilken grad medkontrahentens rettsstilling påvirkes ved henholdsvis rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.

2 Generelt om rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs

2.1 Innledning

For å kunne behandle løpende kontrakters stilling under rekonstruksjonsforhandling, gjeldsforhandling og konkurs spesielt, er det hensiktsmessig å starte med en generell redegjørelse og et overblikk over hva som kjennetegner de ulike prosessene. I dette kapittelet skal det derfor redegjøres for hva rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs er og jeg vil kortfattet redegjøre for forholdet mellom dem. Videre skal det gis en oversikt over de tre prosessene. Reglene som regulerer de ulike prosessene, er både omfattende og tekniske. Av hensyn til avhandlingens omfang og tema gir jeg ikke noe helt fullstendig bilde av prosessene. Jeg vil fokusere på de forhold som har særlig betydning for medkontrahenters stilling når det åpnes rekonstruksjonsforhandling, (tidligere) gjeldsforhandling, eller konkurs hos en skyldner som er deres kontraktspart.

2.2 Forholdet mellom rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs

En kreditor som ikke mottar betaling fra debitor, kan benytte seg av ulike metoder for å søke å inndrive det han har krav på, enten gjennom enkeltforfølgning eller fellesforfølgning.²⁹

Rekonstruksjon etter rekonstruksjonsloven, (tidligere) gjeldsforhandling etter konkurslovens første del, og konkurs etter konkurslovens andre del, er alle former for *fellesforfølgning*.

Fellesforfølgning innebærer at det tas et samlet beslag i skyldnerens formue.³⁰

²⁹ Nazarian (2012) s. 16.

³⁰ Andenæs (2009) s. 10 og 50

Enkeltforfølgning innebærer derimot at kreditorene hver for seg søker å inndrive sine krav fra debitor.³¹

Rekonstruksjon og gjeldsforhandling kan beskrives som en lovstyrt forhandlingsprosess mellom skyldner og fordringshavere, med det formål å komme frem til en avtale om ordning av skyldnerens gjeld.³² Dette kan enten skje frivillig med samtykke fra samtlige fordringshavere (frivillig rekonstruksjon/gjeldsforhandling), eller ved «tvang», i den forstand at flertallet binder mindretallet (rekonstruksjon/gjeldsforhandling med tvangsakkord). I denne oppgaven fokuseres det på rekonstruksjon/gjeldsforhandling med tvangsakkord, fordi det er ved et slikt tilfelle en medkontrahent kan bli bundet uten å ha samtykket. Ved begrepsendringen fra «gjeldsforhandling» til «rekonstruksjon» er det tydeliggjort at en rekonstruksjon ikke kun skal dreie seg om en sanering av gjelden til skyldneren.³³ Det skal kunne tas i bruk flere virkemidler for at virksomheten skal omlegges og dermed bedre muligheten til å overgå de økonomiske utfordringene.

Konkurs innebærer at det tas generalbeslag i skyldnerens formue.³⁴ Verdier skal omgjøres til penger, og skal fordeles forholdsmessig mellom samtlige av skyldnerens kreditorer.³⁵ Hovedformålet med konkursbehandlingen er at skyldnerens virksomhet skal avvikles på en rasjonell og forsvarlig måte, som kommer kreditorfellesskapet til gode.

Hovedskillet mellom rekonstruksjon/gjeldsforhandling på den ene side, og konkurs på den annen, viser seg således ved at formålene er ulike og teknisk sett motstridende.³⁶ Ved rekonstruksjon og gjeldsforhandling er målet å komme frem til en avtale om ordning av gjelden.³⁷ Siktemålet er dertil at virksomheten skal drives videre etter forhandlingene, og være bedre rustet for videre drift. Ved konkurs er formålet derimot at selskapet skal avvikles, på den måten «som skaffer best mulig dekning til» kreditorfellesskapet.³⁸

³¹ Irene Vibeke Løvold, *Brækhu' Omsetning og kreditt 1: Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*, Universitetsforlaget 2015 s. 15 og 17 og Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Juristinformasjon 1987 s. 29.

³² Se rekonstruksjonsloven § 2 annet ledd og konkursloven § 1a.

³³ Prop. 75. L (2019-2020) s. 12.

³⁴ Petter Hartz-Hanssen, Jørn Lyngstad, Rune Tystad og Kjell Woldseth, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Den norske Revisorforening 2002 s 42.

³⁵ Andenæs (2009) s. 10.

³⁶ Huser (1987) s. 34

³⁷ Se rekonstruksjonsloven § 2 annet ledd og konkursloven § 1a.

³⁸ Nazarian (2012) s. 55.

I det følgende skal jeg gi en oversikt over hvordan prosessene i henholdsvis rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs foregår.

2.3 Oversikt over prosessene

2.3.1 Åpning av rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs

Åpning av gjeldsforhandlinger kunne bare begjæres av skyldneren selv.³⁹ Ved rekonstruksjon er dette utvidet til at også fordringshavere har adgang til å begjære åpning.⁴⁰ Dersom skyldner motsetter seg rekonstruksjonsforhandling, plikter imidlertid retten å avslå begjæringen fra fordringshaveren.⁴¹ Begrunnelsen for denne modifikasjonen er at en vellykket rekonstruksjonsforhandling forutsetter at skyldneren er samarbeidsvillig.⁴² Bakgrunnen for at loven åpner for at også fordringshavere har mulighet til å begjære rekonstruksjon åpnet, er at fordringshavers begjæring kan øke skyldnerens forståelse av sin alvorlige økonomiske situasjon.⁴³ Åpning av konkurs kan, i likhet med rekonstruksjon, begjæres av både skyldner selv, eller av en fordringshaver.⁴⁴ En medkontrahent som er kontraktspart med skyldner kan følgelig begjære åpning av rekonstruksjon og konkurs, men ikke gjeldsforhandling.

En mislykket rekonstruksjon (eller tidligere gjeldsforhandling) fører også til at konkurs skal åpnes, gitt at vilkårene er oppfylt.⁴⁵ En rekonstruksjon kan dermed gå over til konkurs. Av den grunn er det av betydning for medkontrahenten (og andre) å ha kunnskap om hva som skiller reguleringen av løpende kontrakter under rekonstruksjon og konkurs. Selv om en rekonstruksjonsforhandling kan gå over til åpning av konkurs, er det ikke en forutsetning for åpning av konkurs at rekonstruksjon er forsøkt først.

De materielle vilkårene for åpning skiller seg noe ved rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs. For at konkurs skal kunne åpnes må skyldneren være «insolvent».⁴⁶ Skyldneren må altså være både illikvid og insuffisient.⁴⁷ Ved gjeldsforhandling gjaldt et krav om at skyldner måtte være illikvid, altså at han «ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de

³⁹ Konkursloven § 1a.

⁴⁰ Rekonstruksjonsloven § 2.

⁴¹ Rekonstruksjonsloven § 5 første ledd nr. 4.

⁴² Prop. 75 L (2019-2020) s. 16

⁴³ Prop. 75 L (2019-2020) s. 16

⁴⁴ Konkursloven § 60.

⁴⁵ Jf. rekonstruksjonsloven § 58 og konkursloven. § 57

⁴⁶ Konkursloven § 60.

⁴⁷ Konkursloven § 61.

forfaller».⁴⁸ Ved rekonstruksjon gjelder det ulike vilkår ut fra om det er skyldneren selv, eller en fordringshaver som begjærer åpning. Ved fordringshavers begjæring kreves at skyldner er illikvid, og dermed det tilsvarende som tidligere gjaldt ved gjeldsforhandling.⁴⁹ For at skyldner skal kunne begjære åpning av rekonstruksjonsforhandling, kreves det at skyldneren «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer».⁵⁰ Hensikten med endringen av åpningsvilkåret er at skyldneren på et tidligere tidspunkt skal kunne begjære åpning av rekonstruksjon. Dette, i sammenheng med at også fordringshavere kan begjære åpning, kan bidra til større mulighet for at skyldneren lykkes med rekonstruksjonen, og dermed unngår konkurs.

Dersom begjæringen om åpning av rekonstruksjon (eller tidligere gjeldsforhandling) tas til følge, skal rekonstruksjonsforhandlingen (eller gjeldsforhandlingen) anses «for å være åpnet fra det tidspunktet da begjæringen kom inn til retten».⁵¹ Konkurs anses for å være «åpnet på det tidspunkt da kjennelse om åpning av konkurs er avsagt».⁵² På disse tidspunktene inntreffer flere sentrale rettsvirkninger, som skal forklares i det følgende.

2.3.2 Oppnevning av rekonstruksjonsutvalg, gjeldsnemnd og bostyrer: oppgaver og formål som skal ivaretas

For at en rekonstruksjonsforhandling/gjeldsforhandling skal fungere etter sitt formål, er det nødvendig at skyldneren får bistand fra aktører utenfra som skal sikre at de kryssende hensyn blir ivaretatt. Ved gjeldsforhandlinger var denne oppgaven tillagt en gjeldsnemnd, bestående av en leder og ett til tre medlemmer.⁵³ Under rekonstruksjonsforhandlinger oppnevner retten en rekonstruktør og et kreditorutvalg (heretter omtalt som rekonstruksjonsutvalget).⁵⁴

Ved konkurs oppstår konkursboet som et selvstendig rettssubjekt idet konkurs åpnes.⁵⁵ Retten skal så oppnevne en bostyrer umiddelbart etter at kjennelsen om åpning er avsagt.⁵⁶ Bostyrer er ansvarlig for å treffe de nødvendige tiltak for at boet skal bli oppgjort, og for at fordringshaverne får dekning i den rekkefølgen de har krav på.

⁴⁸ Konkursloven § 1a.

⁴⁹ Rekonstruksjonsloven § 2 første ledd annet punktum.

⁵⁰ Rekonstruksjonsloven § 2 første ledd første punktum.

⁵¹ Rekonstruksjonsloven § 5 fjerde ledd og konkursloven § 4.

⁵² Konkursloven § 74.

⁵³ Konkursloven § 7 første og annet ledd.

⁵⁴ Rekonstruksjonsloven § 7 første og annet ledd.

⁵⁵ Konkursloven § 60.

⁵⁶ Konkursloven § 77

Både rekonstruksjonsutvalget/gjeldsnemnden og bostyrer har som oppgave å «ivareta fordringshavernes felles interesser».⁵⁷ Det er således kreditorfellesskapets samlede interesser som skal varetas, og ikke den enkelte kreditors særinteresser. Ved gjeldsforhandling og rekonstruksjon er det en forutsetning for en stadfestelse av tvangsakkorden at et flertall av kreditorene som berøres, stemmer for forslaget.⁵⁸ Dette var av større betydning under de tidligere gjeldsforhandlingsreglene, hvoretter det krevdes et større flertall for at tvangsakkorden kunne vedtas.⁵⁹ Ivaretagelse av kreditorfellesskapet er naturligvis fremdeles av sentral betydning under rekonstruksjon, og gis utslag flere steder i loven,⁶⁰ men er likevel svekket i noen sammenhenger. Hensynet til kreditorfellesskapets interesser, er særlig fremtredende ved konkurs, hvor formålet er at skyldnerens eiendeler skal realiseres til fordeling på kreditorfellesskapet.⁶¹

Rekonstruksjonsutvalget skal i tillegg bistå skyldneren under rekonstruksjonsforhandlingen. Siden rekonstruktør må være en advokat som har erfaring fra insolvensbehandling, bidrar rekonstruktørens bistand til å sikre at prosessen loven angir etterfølges, i tillegg til at det letter på skyldnerens rolle. Bakgrunnen for denne tilleggsoppgaven under rekonstruksjon, er en naturlig følge av at skyldneren beholder rådigheten, men er underlagt tilsyn av rekonstruksjonsutvalget.

2.3.3 Noen virkninger av at rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs er åpnet

En sentral ulikhet ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling på den ene side og konkurs på den andre siden, viser seg ved reguleringen av skyldnerens rådighet. Under rekonstruksjons- og gjeldsforhandlingene skal skyldnerens virksomhet drives videre. En følge av dette er at skyldneren beholder rådigheten «over sin virksomhet og sine formuesforhold».⁶² For en medkontrahent innebærer dette at den fortsatt skal forholde seg til skyldneren som part i kontraktsforholdet. Skyldneren plikter imidlertid å gi rekonstruksjonsutvalget tilsyn med sin virksomhet, og må rette seg etter de pålegg som gis.⁶³ Til sammenligning er skyldneren fratatt

⁵⁷ Rekonstruksjonsloven § 8, konkursloven § 7 og konkursloven § 85.

⁵⁸ Rekonstruksjonsloven § 42.

⁵⁹ Konkursloven § 43.

⁶⁰ Se blant annet rekonstruksjonsloven § 48, om at retten «kan nekte stadfestelse» av tvangsakkord dersom «rekonstruksjonsforslaget [...] ikke stemmer med fordringshavernes felles interesser».

⁶¹ Ot.prp. nr.26 (1998-1999) s. 94.

⁶² Jf. rekonstruksjonsloven § 15 og konkursloven § 14-

⁶³ Jf. rekonstruksjonsloven § 15 første ledd annet punktum og konkursloven § 14 første ledd annet punktum.

rådigheten under konkurs.⁶⁴ Skyldneren kan således ikke selv oppfylle avtalen overfor medkontrahtenten, eller ta imot oppfyllelse. Konkursboet må derfor tre inn som part for at kontraktsforholdet skal kunne fortsette.⁶⁵

For en medkontrahtent (og andre fordringshavere)⁶⁶ innebærer en pågående rekonstruksjon eller gjeldsforhandling en begrensning av adgangen til å begjære åpning av konkurs og til å ta utlegg.⁶⁷ Dette er av sentral betydning for at virksomheten skal få fred i forhandlingsperioden, og mulighet til å komme seg på fote igjen.

2.3.4 Anmeldelse av krav

Medkontrahtenten (og andre fordringshavere) må selv melde sine krav til rekonstruktør/gjeldsnemnd eller bostyrer.⁶⁸ Dersom det åpnes konkurs etter en forutgående rekonstruksjon/gjeldsforhandling, er dette imidlertid ikke nødvendig.⁶⁹

2.3.5 Rekonstruksjon/gjeldsforhandling med tvangsakkord: innhold og vedtagelse

Rekonstruksjonsloven § 34 angir en uttømmende oppregning over hva en rekonstruksjon med tvangsakkord kan gå ut på. Den kan gå ut på betalingsutsettelse, prosentvis reduksjon av gjelden, helt eller delvis omgjøring av gjelden til egenkapital, overdragelse av hele eller deler av skyldnerens virksomhet og eiendeler til ny eier uten likvidasjon av skyldnerens virksomhet, overdragelse og avvikling av hele eller deler av skyldnerens virksomhet og eiendeler mot at skyldneren frigjøres for den delen av gjelden som ikke dekkes ved likvidasjonen, eller en kombinasjon av disse ordningene.⁷⁰ Bestemmelsen fastsetter videre at tvangsakkorden kan gå ut på at alle fordringshavernes krav dekkes i sin helhet opptil en viss fastsatt sum.⁷¹ På denne måten kan fordringshavere som har mindre krav holdes utenfor ordningen, slik at det er større sannsynlighet for å få flertall for forslaget. En medkontrahtent med et tilstrekkelig lavt krav, kan derfor i prinsippet, unngå å bli berørt av rekonstruksjonen.

⁶⁴ Konkursloven § 100.

⁶⁵ Dekningsloven § 7-3.

⁶⁶ Forutsetningen er at fordringshaverens fordring «skriver seg fra tiden før rekonstruksjonsforhandlingen ble åpnet», jf. rekonstruksjonsloven § 17 tredje ledd.

⁶⁷ Rekonstruksjonsloven §§ 17 og 18

⁶⁸ Rekonstruksjonsloven § 23, konkursloven § 19 og konkursloven § 109.

⁶⁹ Konkursloven § 109 annet ledd.

⁷⁰ Rekonstruksjonsloven § 34 første ledd nr. 1 til 6.

⁷¹ Rekonstruksjonsloven § 34 annet ledd.

Rekonstruksjonsloven § 34 innebærer flere endringer fra det som tidligere gjaldt under gjeldsforhandlinger. Ved gjeldsforhandlinger var det ikke adgang til å omgjøre gjeld til egenkapital og det var heller ikke adgang til å overdra virksomheten til ny eier.⁷² I tillegg var det ved gjeldsforhandlinger et krav om at fordringshaverne måtte bli tilkjent en minimumsdividende på 25 prosent. Ved at kravet om minimumsdividende er fjernet vil en medkontrahent dermed ikke lenger være sikret å få dekket 25 prosent av sitt krav, dersom tvangsakkorden vedtas.

Fordringshaverne som blir bundet av tvangsakkorden, og som derfor kan omfattes av den, er «fordringshavere med fordringer som skriver seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen».⁷³ Det gjøres unntak fra dette for blant annet fordringer med «lovbestemt fortrinnsrett», eller «som er sikret ved panterett eller annen sikkerhet». Jeg forutsetter i det videre at en medkontrahent ikke omfattes av disse unntakene.⁷⁴ Tidspunktet for åpning av rekonstruksjonsforhandlingen er derfor av sentral betydning for å avklare hvilke fordringshavere som blir bundet, og som dermed må tåle at kravet blir redusert og/eller det blir gitt betalingsutsettelse. Motsetningsvis vil dette si at kreditorers krav som oppstår etter åpningen, kan gjøres gjeldende fullt ut overfor skyldneren.⁷⁵

Tvangsakkorden vedtas «når fordringer som representerer minst en halvdel av det samlede beløp som har stemmerett [...], har stemt for forslaget».⁷⁶ Kravet til flertall er redusert ved rekonstruksjon sammenlignet med gjeldsforhandlingsreglene.⁷⁷

2.3.6 Utlodningen under konkurs: massefordringer og dividendefordringer

Ved konkurs skal det skje en utdeling av boets midler til fordringshaverne. Dekningsloven kapittel 9 angir prioritetsrekkefølgen ved utdelingen. Det skilles mellom dividendefordringer og massefordringer.

Massefordringer skal dekkes fullt ut før all annen gjeld.⁷⁸ Av betydning for denne oppgaven er massefordringene som angis i dekningsloven § 9-2 annet ledd nr. 2, og fordringer som

⁷² Se konkursloven § 30 første ledd.

⁷³ Rekonstruksjonsloven § 54 (og konkursloven § 55).

⁷⁴ Rekonstruksjonsloven § 54 første ledd nr. 1 til 3.

⁷⁵ Wiker (2003) s. 202.

⁷⁶ Rekonstruksjonsloven § 42.

⁷⁷ Se konkursloven § 43, hvor det var krav om flertall på 3/5 dersom dividenden var på minst 50 prosent, og 3/4 ved dividende på mindre enn 50 prosent.

⁷⁸ Dekningsloven § 9-2.

likestilles med massefordringer, som angis i tredje ledd nr. 2. Etter dekningsloven § 9-2 annet ledd nr. 2 skal «andre forpliktelser påført skyldnerens bo under bobehandlingen» dekkes foran annen gjeld. Etter ordlyden er det konkursboet som må ha påført forpliktelsen. Det er dette som skiller massefordringer fra dividendefordringer, kravet er altså mot boet og ikke mot skyldneren. Dersom konkursboet trer inn i skyldnerens kontrakt, skal medkontrahentens fordring dekkes som massefordring.⁷⁹

At en fordring er dividendeberettiget vil si at fordringshaveren har krav på en «forholdsmessig dekning (dividende) [...] i skyldnerens bo» i henhold til fordringens prioritet, som er fastsatt i dekningsloven §§ 9-3 til 9-7.⁸⁰ Dividende kan, etter dekningsloven § 6-1, «bare kreves av fordringer på skyldneren som er oppstått før boåpningen».

Dividendefordringer skiller seg således fra massefordringer ved at fordringen må være mot skyldneren. I tillegg må fordringen være oppstått før åpningen. Åpningstidspunktet er derfor skjæringstidspunktet. Dersom konkursboet ikke trer inn i en kontrakt, vil medkontrahenten dermed bare tilkjennes en forholdsmessig del av fordringen. Fordringen dekkes dersom det er nok midler igjen i boet etter at massefordringer og fortrinnsberettigede fordringer av første og annen klasse, er dekket.⁸¹

3 Inntredelse, videreføring og uttreden

3.1 Innledning

I dette kapitlet skal det redegjøres for konkursboet sin rett til å tre inn i skyldnerens løpende kontrakter og kontraktens videreførelse under rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Fokuset vil være på hvordan rettsstillingen til medkontrahenten påvirkes av boets inntreden, eller at avtalene løper videre under rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Det skal også foretas en sammenligning av rettsstillingens ulikhet under henholdsvis rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs. Videre skal det undersøkes hvordan rettsstillingen til medkontrahenten påvirkes av at det åpnes konkurs etter en forutgående rekonstruksjon.

Hvorvidt konkursboet trer inn i skyldnerens løpende kontrakter eller ikke, er bestemmende for hvordan rettsstillingen til medkontrahenten påvirkes av skyldnerens konkurs. Ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling vil det ikke på samme måte som under konkurs oppstå et

⁷⁹ Dekningsloven § 7-3.

⁸⁰ Andenæs (2009) s. 391

⁸¹ Dekningsloven § 9-6.

spørsmål om å «tre inn» i kontrakter. Dette skyldes at skyldneren beholder rådigheten over sine formuesforhold. Driften av virksomheten skal i utgangspunktet fortsette som før. Det kan derimot være aktuelt å «tre ut» av en løpende kontrakt for at virksomheten skal overkomme sine økonomiske problemer. I punkt 4.4 skal jeg undersøke hvorvidt skyldneren har en slik rett til å tre ut av kontraktsforhold under en pågående rekonstruksjon/gjeldsforhandling, uten å komme seg ut av kontrakten ved oppsigelse. Grunnen til at jeg først tar opp dette spørsmålet i slutten av kapitlet er fordi drøftelsen forutsetter at jeg først har behandlet spørsmålet om «delvis inntreden» og den særskilte oppsigelsesadgangen til konkursboet og skyldneren.

Forutsetningen i dette kapitlet er at «vedkommende rettsforholds egenart» etter dekningsloven § 7-1 ikke er til hinder for anvendelsen av dekningsloven kapittel 7.⁸² Videre forutsettes det at medkontrahenten ikke «kan påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art», jf. dekningsloven §§ 7-3 annet ledd og 7-3 a første ledd annet punktum. Dette behandles i kapittel 4, hvor temaet er medkontrahentens hevingsrett i de ulike stadier under, før og etter en rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.

3.2 Inntredelse ved konkurs sammenlignet med videreføring under rekonstruksjon/gjeldsforhandling

3.2.1 Utgangspunkter om henholdsvis inntreden og videreførelse under konkurs, rekonstruksjon og gjeldsforhandling

Det generelle utgangspunktet for kontraktens stilling under konkurs følger av dekningsloven § 7-3 første ledd. Her fremgår det at konkursboet har «rett til å tre inn i de gjensidig tyngende avtaler skyldneren har sluttet». At konkursboet har «rett til å tre inn» i skyldnerens avtaler betyr at inntreden er en rettighet som boet er tillagt, men som det ikke har plikt til å benytte seg av. Medkontrahenten kan dermed som utgangspunkt ikke motsette seg inntreden, og heller ikke kreve at boet trer inn. Boets valgrett innskrenkes imidlertid av dekningsloven §§ 7-1 og 7-3 annet ledd.

Bestemmelsen forutsetter at inntreden ikke skjer automatisk, boet må således ta et standpunkt. Dette følger forutsetningsvis av første ledd siste punktum, som sier at medkontrahenten kan kreve at konkursboet skal ta stilling til spørsmålet om inntreden «uten ugrunnet opphold». Det oppstilles imidlertid ingen krav om at konkursboet må avgi en uttrykkelig erklæring om at det trer inn. Etter forholdene kan boet dermed anses å ha trådt i inn i en kontrakt ved «konkludent

⁸² Jf. forutsetningen jeg har lagt til grunn i punkt 1.3.

adferd».⁸³ Hvis boet for eksempel tar imot leveranser fra medkontrahenten etter boåpning, uten å levere det tilbake som det har plikt til etter dekningsloven § 7-9, må medkontrahenten kunne regne med at boet ved denne handlingen har benyttet seg av inntredelsesretten. At medkontrahenten kan kreve standpunkt «uten ugrunnet opphold» innebærer at medkontrahenten har en «interpellasjonsrett».⁸⁴ Ved forespørsel må boet derfor gi medkontrahenten en avklaring nokså raskt. Dette sikrer medkontrahentens forutberegnelighet i en slik usikker situasjon en konkurs hos kontraktsparten innebærer. Hvor lang tid boet har avhenger av kontraktstypen og konkursboets stilling for øvrig.

Konkursboets inntredelsesrett etter dekningsloven § 7-3 gjelder i prinsippet for alle kontraktstyper, jf. den generelle angivelsen «gjensidig tyngende avtaler». Visse kontraktstyper er særskilt regulert i dekningsloven §§ 7-10 flg. Dette gjelder blant annet skyldnerens avtaler om leie av fast eiendom i tilknytning til sin ervervsvirksomhet, jf. dekningsloven § 7-10. Siden jeg benytter denne kontraktstypen som eksempel flere steder i avhandlingen, og fordi kontraktstypen er av stor praktisk betydning ved konkurs, rekonstruksjon og gjeldsforhandling, skal jeg i det følgende redegjøre for konkursboets inntredelse i en slik kontrakt. Anvendelsesområdet for dekningsloven § 7-10 er for det første begrenset til avtaler som gjelder «leie av fast eiendom». For det annet må skyldneren ha inngått denne avtalen «i forbindelse med sin ervervsvirksomhet». For det tredje må «skyldneren ha tiltrådt bruken før åpningen av bobehandlingen». Bestemmelsen kommer dermed til anvendelse i de tilfeller skyldner er leietaker, og ikke der skyldner er utleier, i og med at det er skyldner som må ha «tiltrådt bruken». Et eksempel på en avtale som er innenfor anvendelsesområdet er en kleskjedes avtale om leie av butikklokale, som er i bruk av virksomheten før konkursåpningen.

For denne type kontrakter er utgangspunktet at konkursboet trer inn «uten særskilt vedtagelse», jf. første ledd. Bestemmelsens annet ledd gir imidlertid boet rett til å velge å ikke tre inn i leiekontrakten. Dette må boet i så tilfelle erklære «senest fire uker etter åpningen». I tillegg må boet stille leieobjektet «til utleierens rådighet innen [den samme] fristen». Det er således to vilkår som må være oppfylt innen fristen på fire uker for at boet anses for å ha trådt ut av kontrakten. Utgangspunktet for disse leiekontraktene er dermed «snudd om»

⁸³ Jf. NOU 1972: 20 s. 313.

⁸⁴ Jf. NOU 1972: 20 s. 313.

sammenlignet med det generelle utgangspunktet i dekningsloven § 7-3. Boet har likevel fremdeles en valgtrett i relasjon til inntredelse, eller ikke. Men det er altså ikke-inntredelse som må erklæres. Dersom vilkårene ikke oppfylles innen fristen, er virkningen at boet anses for å være trådt inn i leiekontrakten.

Når det åpnes rekonstruksjon eller gjeldsforhandling, er utgangspunktet at «[s]kyldnerens avtaler løper videre», jf. dekningsloven § 7- 3a første ledd første punktum. Ordlyden tilsier for det første at hverken skyldneren, medkontrahenten eller rekonstruksjonsutvalget/gjeldsnemnda trenger å foreta seg noe særskilt for at kontraktene fortsatt skal gjelde etter åpningen. For det annet, at åpningen ikke skal ha noen påvirkning på kontraktens innhold. Kontraktene fortsetter dermed å gjelde slik de gjorde før åpningen.

3.2.2 Reglens ulikhet

Den umiddelbare stillingen til skyldnerens løpende kontrakter er på denne måten ulik, avhengig av om det åpnes rekonstruksjon/gjeldsforhandling eller konkurs. Ved konkursåpningen står konkursboet overfor et valg om det vil tre inn eller ikke, mens ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling er utgangspunktet at skyldnerens avtaler automatisk løper videre.⁸⁵

Ulikheten kan for det første forklares med at formålet med henholdsvis konkurs på den ene side, og rekonstruksjon/gjeldsforhandling på den annen side, er ulikt. Ved konkurs skal skyldnerens virksomhet som utgangspunkt avvikles, mens ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling er formålet å sikre videre drift av skyldners virksomhet. Skyldnerens løpende kontrakter er ofte en forutsetning for videre drift. Det er dermed naturlig og praktisk at disse skal løpe videre uten at det må foretas en gjennomgang av samtlige kontraktsforhold under rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Ved konkurs må boet vurdere hvilke kontrakter som bidrar til å gi best dekning til kreditorfellesskapet, og må samtidig påse at det ikke blir unødig masseforpliktet, som i så fall kan skade kreditorfellesskapet eller føre til massekonkurs.

Ulikheten kan også forklares ut fra at reguleringen av skyldnerens rådighet er ulik. Fordi skyldneren er ilagt rådighetsforbud under konkursbehandlingen, har ikke skyldneren selv

⁸⁵ Minner igjen om at medkontrahentens hevingsrett kan sette begrensninger på boets rett til å tre inn, og for avtalens videreføring ved åpning av rekonstruksjon/gjeldsforhandling, som vil behandles i kapittel 4.

anledning til å fortsette kontraktsforholdet.⁸⁶ Konkursboet er på sin side ikke part i avtalene skyldneren har sluttet før konkursåpningen. Forutsetningen for at kontraktsforholdet skal fortsette, er dermed at konkursboet må tre inn som part i de aktuelle kontraktene. Under rekonstruksjon/gjeldsforhandling beholder skyldneren rådigheten over sin virksomhet og sine formuesforhold.⁸⁷ Det kreves dermed ikke et partsskifte for at kontrakten skal kunne løpe videre.

3.3 Rettsvirkningene av henholdsvis inntredelse og videreføring

3.3.1 Konkursboet/skyldneren blir berettiget og forpliktet på avtalens vilkår

Dersom konkursboet trer inn i en (eller flere) av skyldnerens kontrakter, «blir det berettiget og forpliktet på avtalens vilkår», jf. dekningsloven § 7-4 første ledd første punktum. I tillegg skal medkontrahentens fordring «dekkes som massefordring», jf. dekningsloven § 7-4 første ledd første punktum. Dette innebærer at boet trer inn i skyldnerens posisjon. Boet blir forpliktet til å yte overfor medkontrahenten det medkontrahenten har krav på etter avtalen, for eksempel betaling av leie. Boet får på sin side krav på det medkontrahenten etter avtalen pliktet å yte til skyldneren, for eksempel bruksrett til gjenstanden. At fordringen skal «dekkes som massefordring» innebærer at medkontrahentens krav skal regnes som et massekrav etter dekningsloven § 9-2 annet ledd nr. 2. Medkontrahenten har derfor krav på å få dekket sin fordring fullt ut. Boet må på sin side påse at det ikke blir unødig masseforpliktet, slik at kreditorfellesskapet må lide et større tap.

Under rekonstruksjon/gjeldsforhandling ligger det for det første en forskjell i at det er skyldneren som fortsetter å være, og ikke *blir*, «forpliktet og berettiget på avtalens vilkår», jf. dekningsloven § 7-4 a første ledd første punktum. Skyldneren vil derfor fremdeles være part i avtalen, og rekonstruksjonsutvalget/gjeldsnemnda blir ikke forpliktet og berettiget.

Dekningsloven § 7-4 a innebærer slik sett kun en presisering av at virkningen av at en kontrakt skal løpe videre, er at avtalevilkårene fremdeles vil gjelde, selv om det altså åpnes rekonstruksjon/gjeldsforhandling. I tillegg vil ikke medkontrahentens fordring dekkes som massefordring under en pågående rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Dette har sammenheng

⁸⁶ Konkursloven § 100

⁸⁷ Rekonstruksjonsloven § 15 og konkursloven § 14.

med at skyldneren selv fortsetter sin virksomhet, og at det dermed ikke er et annet rettssubjekt som pådrar forpliktelser, slik det er ved konkursboets inntreden under konkurs.⁸⁸

Dersom rekonstruksjonen mislykkes og innstilles med påfølgende åpning av konkurs etter rekonstruksjonsloven § 58, kan derimot enkelte fordringer som ble påført skyldneren under rekonstruksjonen få status som massefordring, under konkursen, jf. dekningsloven § 9-2 tredje ledd.⁸⁹ Slike fordringer omtales ikke direkte som massefordringer, men som «likestilt» med massefordringene, jf. paragrafoverskriften. Forskjellen ligger i at massefordringene er «påført» konkursboet. Fordringene som er likestilt med massefordringene, er ikke «påført» konkursboet. De er derimot «påført» skyldneren under den «umiddelbart forutgående gjeldsforhandling». Slike fordringer vil heller ikke oppnå status som massefordring før det eventuelt åpnes konkurs. Hensikten med at det er foretatt et skille mellom disse typer av fordringer har sin bakgrunn i å unngå risiko for at det åpnes massekonkurs, altså at bomassen går konkurs fordi det ikke er nok midler i boet til dekning av samtlige massefordringer.⁹⁰ Det vil følgelig ikke åpnes massekonkurs, dersom selve massefordringene blir dekket fullt ut.

Dersom det er midler igjen etter at de «egentlige»⁹¹ massefordringene har fått sin dekning, skal «andre forpliktelser påført skyldnerens bo med gjeldsnemndas [nå rekonstruksjonsutvalgets] tillatelse under en umiddelbart forutgående gjeldsforhandling [nå rekonstruksjon]», dekkes fullt ut i den utstrekning det er midler til full dekning, jf. dekningsloven § 9-2 tredje ledd nr. 2. Fordringer som inngår i denne bestemmelsen unngår dermed å *bare* få dividende av sitt krav. En kontrakt som løper videre under den forutgående gjeldsforhandlingen/rekonstruksjonen vil falle inn under ordlyden «andre forpliktelser». Som jeg nevnte i punkt 3.2.3 kreves det imidlertid ikke tillatelse fra gjeldsnemnda/rekonstruksjonsutvalget for at skyldnerens kontrakter som er inngått før åpningen, fremdeles skal gjelde under rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen. Forarbeidene legger derfor til grunn at slike kontraktsforpliktelser ikke vil «få massekravstatus i en etterfølgende konkurs».⁹²

⁸⁸ Andenæs (2009) s. 385.

⁸⁹ Det samme gjaldt under gjeldsforhandling, jf. konkursloven § 57 jf. dekningsloven § 9-2 tredje ledd.

⁹⁰ Ot. prp. nr. 26 (1998-1999).

⁹¹ Betegnelsen benyttes i forarbeidene, se Ot. prp. nr. 26 (1998-1999).

⁹² Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 262.

I Utredningen, som forarbeidene til rekonstruksjonsloven henviser til, uttales det, i relasjon til redegjørelsen av gjeldende om løpende kontrakters stilling under gjeldsforhandlinger, at:

«Konsekvensen av at en avtale helt eller delvis fastholdes av skyldneren og gjeldsnemnden, er at medkontrahenten har krav på fullt vederlag for sin ytelse (ikke dividende) [...]. I den grad gjeldsnemnden har gitt samtykke til avtalen, vil medkontrahentens krav ved en eventuell etterfølgende konkurs være et massekrav etter § 9-2 annet ledd.»⁹³

Forståelsen av gjeldende rett er på dette punkt ulik. Forarbeidene av 1999 legger nokså klart til grunn at allerede inngåtte kontrakter ikke vil få massekravstatus i en eventuell etterfølgende konkurs, på grunnlag av at det ikke er «nødvendig med noen særskilt inntreden eller samtykke fra gjeldsnemndas side».⁹⁴ Dette følger også av utgangspunktet etter dekningsloven § 7-3 a om at avtalene løper videre etter åpning. I Utredningen tolkes rettstilstanden imidlertid dithen at muligheten holdes åpen for at allerede inngåtte kontrakter *kan* få massekravstatus i en etterfølgende konkurs. I Utredningen uttales det også at «[g]eldsnemnden ... senest ved fremsettelse av akkordforslaget [må] ta stilling til om man skal *tre inn* i avtalen» (min kursivering).⁹⁵ Den ulike forståelsen kan ha en sammenheng med hvordan reglene om løpende kontrakters stilling under gjeldsforhandling var før dekningsloven ble endret 1. januar 2000.⁹⁶ Før dette tidspunktet inneholdt dekningsloven kapittel 7 en felles behandling av konkurs og gjeldsforhandling. Dekningsloven § 7-3 om boets inntreden (som da også gjaldt under gjeldsforhandling), forutsatte (og forutsetter i dag, men nå bare ved konkurs) at gjeldsnemnden måtte «gi en eller annen form for» samtykke for at kontraktene skulle kunne videreføres.⁹⁷ Og et slikt samtykke kunne dermed innebære at kontraktsforpliktelsen fikk massekravstatus under den etterfølgende konkursen.⁹⁸ I LG-1995-1026 fikk for eksempel utleier medhold i at leiekrav under gjeldsforhandlingsperioden ble et massekrav i den påfølgende konkursen.⁹⁹ Når loven i dag forutsetter at avtalene løper videre, og det ikke kreves et samtykke fra rekonstruksjonsutvalg/gjeldsnemnd, må dette innebære at vederlagskravet under rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen, ikke vil få status som

⁹³ Prop. 75 L (2019-2020) s. 53 med videre henvisning til Villars-Dahl (2016) s. 70.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 142.

⁹⁵ Prop. 75 L (2019-2020) s. 53 med videre henvisning til Villars-Dahl (2016) s. 70.

⁹⁶ Lov 3. september 1999 nr. 72 om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

⁹⁷ NOU 1993: 16 s. 114.

⁹⁸ NOU 1993: 16 s. 114.

⁹⁹ LG-1995-1026 (Gulating lagmannsrett).

massefordring i en eventuell påfølgende konkurs. Dette innebærer imidlertid en risiko for medkontrahenten. Risikoen vil likevel avbøtes ved medkontrahentens rett på oppfyllelse eller sikkerhet for oppfyllelse, når medkontrahenten skal oppfylle sin del av avtalen, jf. dekningsloven § 7-5, som jeg skal behandle i punkt 3.3.3. Dersom skyldneren ikke oppfyller denne plikten, kan medkontrahenten heve kontrakten etter dekningsloven § 7-7. Videre kan medkontrahenten gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser dersom skyldneren ikke oppfyller avtalen under perioden for rekonstruksjon eller gjeldsforhandling. Dersom en sammenligner tapet medkontrahenten kan påføres ved åpning av konkurs etter en forutgående rekonstruksjon/gjeldsforhandling, med kun en konkursåpning, vil ikke tapet nødvendigvis være større ved førstnevnte tilfelle. Dette fordi en rekonstruksjon eller gjeldsforhandling åpnes på et tidligere stadium enn en konkurs, idet skyldneren ikke kan være insolvent ved forhandlingenes start. Siden medkontrahenten har krav på dividende av fordringer «som er oppstått før åpningen» kan det tenkes at kravet medkontrahenten har mot skyldneren, har vokst seg større på tidspunktet for konkursåpningen.

Etter dette er utgangspunktene altså at konkursboet ved inntreden, og skyldner ved avtalenes videreførelse under rekonstruksjon og gjeldsforhandling, blir berettiget og forpliktet på avtalens vilkår. Ved konkurs blir medkontrahentens fordring dekket som massefordring. Mens dersom konkurs åpnes etter en forutgående rekonstruksjon/gjeldsforhandling, vil ikke kravet som er oppstått under rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen få status som massefordring.

3.3.2 Delvis oppfylte avtaler og avtaler som gjelder løpende ytelser til skyldner

For avtaler som er delvis oppfylt ved boåpningen, eller som gjelder «en løpende ytelse til skyldneren», gjelder det en viss innskrenkning fra utgangspunktet om at boet/skyldneren er berettiget og forpliktet på avtalens vilkår.

For avtaler som ved konkursåpningen er delvis oppfylt, kan konkursboet velge å tre inn kun i den uoppfylte delen av avtalen, jf. dekningsloven § 7-4 annet ledd. Virkningen ved slik delvis inntreden er at boet bare blir masseansvarlig for den delen av avtalen som ved åpningen ikke er oppfylt. Boet blir også bare «berettiget og forpliktet» for den uoppfylte delen av avtalen. Et eksempel er en leverandøravtale om levering av varer til en dagligvarekjede, hvor leverandøren (den solvente kontraktsparten) har levert deler av de avtalte varene før åpningen. Kunden (skyldneren) har derimot ikke betalt, verken for det leverte eller det som enda ikke er levert. Dersom konkursboet trer inn i en slik avtale, blir virkningen at boet har krav på å få

levert det resterende av de avtalte varene. Vederlaget for disse varene får dekning som massefordring. Vederlagskravet medkontrahenten har for den delen som ble levert før åpningen, får derimot kun dekning som dividendefordring i boet.¹⁰⁰ Boet kan imidlertid ikke kreve delvis inntreden dersom enten skyldnerens eller medkontrahentens ytelse etter avtalen er «udelelig», eller dersom ytelsen må betraktes som en enhet på grunn av sammenhengen mellom de enkelte deler. Ved eksempelet over er begge ytelser mulige å dele opp. Pengeytelser vil etter sin natur alltid være delelige.¹⁰¹ Forarbeidene nevner entreprisekontrakter som eksempel på ytelser som i prinsippet er delelige, men som utgjør en enhet.¹⁰²

Ved avtaler som gjelder «en løpende ytelse til skyldneren, blir konkursboet ved sin inntreden bare forpliktet til å utrede vederlaget for tiden fra konkursåpning som massefordring», jf. dekningsloven § 7-4 tredje ledd. Eksempler på slike avtaler er avtaler om levering av strøm, leasingavtaler eller leieavtaler. Ved disse type avtaler er medkontrahentens ytelsesplikt kontinuerlig.¹⁰³ Lest i sammenheng med annet ledd, innebærer tredje ledd at konkursboets erklæring om inntreden i en slik avtale alltid skal anses som en erklæring om delvis inntreden. Videre blir boet kun masseansvarlig for vederlagskrav som oppstår fra og med konkursåpningen. Motsetningsvis vil dette bety at vederlagskravet som er oppstått før konkursåpningen blir dekket som en dividendefordring, jf. dekningsloven § 6-1.

Det følger av dekningsloven § 7-4a annet ledd at dekningsloven § 7-4 annet og tredje ledd får tilsvarende anvendelse under rekonstruksjon/gjeldsforhandling, «slik at den annen parts vederlagskrav ved gjeldsforhandlingens åpning omfattes av gjeldsordningen». Ved rekonstruksjon og gjeldsforhandling vil det imidlertid ikke skje en «inntreden» slik som ved konkurs. Dekningsloven § 7-4 annet og tredje ledd forutsetter at konkursboet kan tre inn bare for den uoppfylte delen. Ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling blir virkningen ved slike avtaler at den uoppfylte delen av avtalen skal løpe videre, mens kravet som medkontrahenten har på skyldneren før åpningen må omfattes av akkorden. Kravet før åpningen kan dermed bli redusert, betalt senere eller gjelden kan omgjøres til egenkapital, eventuelt en kombinasjon av disse, jf. rekonstruksjonsloven § 30 nr. 1 til 3. I de fleste tilfeller er det ikke tilstrekkelig for

¹⁰⁰ Koefoed (2021) § 7-4 note 2.

¹⁰¹ NOU 1972: 20 s. 314

¹⁰² NOU 1972: 20 s. 314

¹⁰³ Erlend Haaskjold, *Obligasjonsrett: en innføring*, Universitetsforlaget 2017, s. 37

skyldneren med kun en betalingsutsettelse, men det kan forekomme. I et slikt tilfelle unngår medkontrahenten å gi avkall på kravet sitt, men får altså betalt senere enn avtalt. Dersom skyldneren ikke har tilstrekkelig mulighet til å bare gi betalingsutsettelse, kan gjelden også reduseres prosentvis. Medkontrahenten må i et slikt tilfelle gi permanent avkall på den delen kravet blir redusert med. En omgjøring av gjelden til egenkapital krever imidlertid samtykke fra medkontrahenten, rekonstruksjonsloven § 34 tredje ledd. En slik omgjøring kan i teorien føre til at medkontrahenten på et senere tidspunkt tjener inn den delen av kravet som i utgangspunktet ble redusert ved tvangsakkorden, gjennom utbytteutbetalinger og/eller gjennom realisasjon av aksjene.¹⁰⁴ Etter dette er det dermed ikke alltid slik at medkontrahenten må gi avkall på sitt krav ved en rekonstruksjon, selv om kravet før åpning av rekonstruksjon må omfattes av akkorden. Kravet som oppstår etter åpningen, har medkontrahenten derimot krav på å få dekket fullt ut i henhold til de avtalte betalingsterminer.

Selv om dekningsloven § 7-4 annet og tredje ledd innskrenker utgangspunktet som følger av første ledd, betyr ikke dette at utgangspunktet om at konkursboet/skyldneren er «berettiget og forpliktet på avtalens vilkår» ikke får anvendelse ved delvis oppfylte avtaler og avtaler som gjelder «en løpende forpliktelse til skyldner». Dette utgangspunktet vil fremdeles gjelde for den uoppfylte delen av avtalen, og for den delen av avtalen som tiltres av boet ved sistnevnte avtaletype.¹⁰⁵

3.3.3 Medkontrahenten kan kreve at konkursboet/skyldner oppfyller eller stiller sikkerhet

Dekningsloven § 7-5 innebærer et unntak fra utgangspunktet om at konkursboet/skyldner er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår, og styrker medkontrahentens rettsstilling ved konkursboets inntreden eller videreførelse under rekonstruksjon eller gjeldsforhandling. Bestemmelsen regulerer medkontrahentens rett til å kreve oppfyllelse eller at det stilles sikkerhet for en slik oppfyllelse. Reguleringen er lik under konkurs og gjeldsforhandling. Ved rekonstruksjon gjelder det imidlertid en særregel, som jeg vil behandle etter jeg har redegjort for utgangspunktene.

¹⁰⁴ Sjur Swensen Ellingsæter og Marie Meling, «Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger» *Tidsskrift for forretningsjus* 2020/1-2, årgang 22, side 52-58, punkt 5.1.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s.184.

Dersom konkursboet trer inn i en avtale, eller en avtale løper videre etter åpning av rekonstruksjon/gjeldsforhandling, kan medkontrahenten når medkontrahenten skal oppfylle sin del av avtalen, kreve at konkursboet/skyldner oppfyller en tilsvarende del av avtalen, jf. dekningsloven § 7-5 første ledd første punktum. Denne retten til å kreve samtidig oppfyllelse er et utslag av det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse.¹⁰⁶ Dersom medkontrahenten har gitt «henstand», som vil si de tilfeller hvor medkontrahenten har ytt kreditt og altså etter avtalen skal «yte først»,¹⁰⁷ kan vedkommende i stedet kreve at konkursboet eller skyldneren stiller sikkerhet for at oppfyllelse skal skje.¹⁰⁸ I et slikt tilfelle kan ikke medkontrahenten kreve samtidig oppfyllelse, fordi skyldnerens/boets forfallstid ikke er kommet enda.¹⁰⁹ Medkontrahenten er likevel berettiget en ekstra beskyttelse som følge av den økonomiske stillingen, både et konkursbo, og en skyldner under rekonstruksjon/gjeldsforhandling, befinner seg i.¹¹⁰ Medkontrahentens rett på oppfyllelse eller sikkerhet for oppfyllelse etter første ledd første punktum, gjelder i tilfeller hvor medkontrahenten ikke har oppfylt avtalen enda.

Dekningsloven § 7-5 første ledd annet punktum gir medkontrahenten en tilsvarende rett i de tilfeller medkontrahenten har levert en ytelse som «kunne vært krevd tilbake», dersom konkursboet ikke trådte inn i avtalen. Den samme retten har en medkontrahent ved skyldnerens gjeldsforhandling og rekonstruksjon, men her treffer ikke lovens ordlyd, etter min oppfatning. Av lovteksten fremgår det at medkontrahenten har tilsvarende rett «dersom ytelsen kunne vært krevd tilbake [...] dersom avtalen løper videre etter åpning av gjeldsforhandling». Når avtalen skal løpe videre vil ikke medkontrahenten ha noen rett til å kreve ytelsen tilbake. Dersom avtalen derimot *ikke* hadde løpt videre, kan medkontrahenten imidlertid ha en slik rett. Som følge av at regelen er ment å ha tilsvarende innhold som ved konkurs, kan det legges til grunn at ordlyden skal forstås på den måten.¹¹¹ Uten en slik forståelse ville ikke avtalens videreførelse under rekonstruksjon/gjeldsforhandling hatt noen realitet, fordi medkontrahenten uansett kunne krevd ytelsen tilbake. Bestemmelsen tar sikte på tilfeller hvor medkontrahenten har «tatt gyldig forbehold om tilbakeføring av ytelsen» etter

¹⁰⁶ NOU 1972: 20 s. 315

¹⁰⁷ Håvard Wiker, *Norsk Lovkommentar: Dekningsloven*, note 248, Rettsdata.no (lest 10.01.2022).

¹⁰⁸ Jf. dekningsloven § 7-5 første ledd første punktum.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 185.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 185.

¹¹¹ Se Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 256.

dekningsloven § 7-7 annet ledd.¹¹² Et eksempel er en avtale om finansiell leasing av løsøre. Bestemmelsen tar også sikte på tilfeller hvor konkursboet eller skyldner har en plikt til å tilbakelevere ytelsen, etter dekningsloven § 7-9 første og annet ledd, fordi ytelsen er overgitt etter åpningen av bobehandlingen.¹¹³ I begge disse situasjoner kan konkursboet eller skyldner dermed hindre tilbakelevering til medkontrahenten, ved å stille sikkerhet. Dette kan være ønskelig fordi boet for eksempel har behov for den aktuelle gjenstanden i en viss tid for å for eksempel fullføre en produksjon som krever bruk av gjenstanden. Eller, ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling, kan ytelsen være nødvendig for den videre driften av virksomheten. Ved at medkontrahenten får den tilstrekkelige sikkerhetsstillelsen eller betalingen i slike tilfeller, vil medkontrahenten stilles i samme stilling som han ville vært i dersom han ikke hadde ytet sitt.¹¹⁴

Dekningsloven § 7-5 annet ledd spesifiserer sikkerhetens omfang dersom avtalen gjelder «en løpende ytelse til skyldneren» og «vederlaget [skal] leveres etterskuddsvis for en periode om gangen». Dette kommer eksempelvis til anvendelse på en avtale om levering av strøm til skyldner, hvor skyldner etter avtalen skal foreta betalingen etterskuddsvis. Ved en avtale hvor det er avtalt forskuddsvis betaling vil ikke medkontrahenten ha behov for sikkerhet, i og med at forskuddsbetalingen i seg selv fungerer som en form for sikkerhet. Det fremgår også av forarbeidene at i tilfeller hvor «vederlaget skal betales forskuddsvis, blir det ikke spørsmål om sikkerhetsstillelse».¹¹⁵

Ved en slik avtale skal sikkerheten ved gjeldsforhandling og konkurs «til enhver tid dekke den først forfalte termin». Videre er det eksplisitt fastslått at sikkerheten bare skal dekke vederlaget for «tiden etter åpning av konkurs eller gjeldsforhandling». Dette har sammenheng med at det bare er vederlaget for tiden fra konkursåpningen som boet blir masseforpliktet for, jf. dekningsloven § 7-4 tredje ledd. Ved gjeldsforhandling skal skyldneren fortsette å betale i henhold til kontrakten fra åpningen, mens vederlagskravet som foreligger ved åpningen skal omfattes av gjeldsordningen, jf. dekningsloven § 7-4a annet ledd.

¹¹² Nils Holger Koefoed og Harald Sommernes, *Karnov Lovkommentarer i Lovdata Pro*, § 7-5 note 1 (lest 11.01.2022).

¹¹³ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 185.

¹¹⁴ NOU 1972: 20 s. 315.

¹¹⁵ NOU 1972: 20 s. 316

Ved rekonstruksjon er det gjennom rekonstruksjonsloven § 63 tredje ledd gjort en innskrenking, sett fra medkontrahentens side, av dekningsloven § 7-5 annet ledd. Det følger av denne bestemmelsen at «[v]ed anvendelsen av dekningsloven § 7-5 annet ledd gjelder for rekonstruksjon etter denne loven at for sikkerhetsstillelse eller forskuddsbetaling under rekonstruksjonsforhandling kan skyldneren kreve at hver termin ikke skal være lengre enn to uker om gangen».

Rekonstruksjonsloven § 63 annet ledd innebærer for det første en begrensning av perioden medkontrahenten kan kreve at skyldner stiller sikkerhet for av gangen. Under rekonstruksjon kan skyldneren kreve at sikkerhetsstillelsen bare skal dekke to uker om gangen, og altså ikke en hel termin. Medkontrahentens rett til sikkerhetsstillelse gjelder som nevnt ved avtaler hvor det er avtalt etterskuddsvis betaling. Hvor stor begrensning rekonstruksjonsloven § 62 innebærer for medkontrahenten vil derfor variere etter hvor lang den enkelte terminen som er avtalt utgjør. For skyldneren under rekonstruksjon vil regelen føre til økt forutsigbarhet, i det det er fastsatt spesifikt hvor lang periode som det må stilles sikkerhet for.

Rekonstruksjonsloven § 63 regulerer imidlertid også et tilfelle som *ikke* faller inn under dekningsloven § 7-5 annet ledd. Skyldneren gis rett til å begrense omfanget av også forskuddsbetalingen. Som nevnt over, regulerer ikke dekningsloven § 7-5 annet ledd forskuddsbetaling. Bestemmelsen regulerer bare avtaler hvor det er avtalt etterskuddsvis betaling. Det er kun i et slikt tilfelle medkontrahenten har behov for sikkerhet. Paragraf 7-5 har således ikke til hensikt å stille medkontrahenten svakere enn det som følger av avtalen mellom partene. Retten til samtidig oppfyllelse eller sikkerhetsstillelse er ment å styrke medkontrahenten i den usikre situasjonen som foreligger ved at dennes kontraktspart er konkurs eller under gjeldsforhandling. Ved at rekonstruksjonsloven § 63 gir skyldneren rett til å kreve begrensning av forskuddsbetalingen, innebærer bestemmelsen i realiteten et unntak fra dekningsloven § 7-4 a om at skyldneren fortsatt er «forpliktet» på avtalens vilkår. Dette fordi det er den aktuelle avtalen som har fastsatt forskuddsbetaling. Dersom det for eksempel er avtalt at betalingen foretas kvartalsvis, innebærer denne regelen dermed at medkontrahenten vil motta betaling for ti uker mindre enn det avtalte. Dette kan medføre utfordringer for medkontrahenten, fordi medkontrahenten vil ha innrettet seg på å motta den forespeilede betalingen.

Rekonstruksjonslovens begrensninger på omfanget av sikkerhetsstillelsen og forskuddsbetaling er begrunnet i å sikre skyldneren likviditetstilgang imens forhandlingene

pågår.¹¹⁶ Dette vil dermed innebære at skyldneren har større mulighet for en vellykket rekonstruksjon. Og når alternativet er konkurs, med kanskje ingen eller minimal dividendeutbetaling til fordringshaverne, vil ikke begrensningen innebære en like stor ulempe for medkontrahenten. Medkontrahenten blir også beskyttet ved at den til enhver tid har rett på sikkerhetsstillelse eller forskuddsbetaling på to uker om gangen. Likevel innebærer rekonstruksjonsloven på dette punktet en styrking av skyldnerens stilling, på bekostning av medkontrahentens forutsigbarhet og rettigheter etter avtalen.

Konsekvensen av at konkursboet eller skyldneren ikke tilfredsstiller kravet om oppfyllelse eller sikkerhetsstillelse, er at medkontrahenten kan heve kontrakten og «kreve sitt tap ved at avtalen ikke blir riktig oppfylt dekket som dividendefordring», jf. dekningsloven § 7-7 første ledd første og annet punktum og § 7-8. Spørsmålet om heving og erstatning drøftes i kapittel 4.

3.3.4 Skyldneren/konkursboet kan si opp kontrakter før det, etter kontrakten, er adgang til det

Dekningsloven § 7-6 gir skyldneren under rekonstruksjon/gjeldsforhandling og konkursboet ved inntreden en ekstraordinær oppsigelsesadgang. Reguleringen er på dette punktet lik under rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs. Jeg vil derfor kun kortfattet si hva oppsigelsesadgangen innebærer for medkontrahenten under henholdsvis skyldnerens konkurs og skyldnerens rekonstruksjon/gjeldsforhandling.¹¹⁷

Under en rekonstruksjon eller gjeldsforhandling innebærer den ekstraordinære oppsigelsesadgangen at skyldneren har anledning til å komme seg ut av et kontraktsforhold, på tross av at avtalen i utgangspunktet ikke kunne sies opp på det tidspunktet, eller ikke kunne sies opp i det hele tatt. Under konkurs gis konkursboet anledning til å tre inn i en i utgangspunktet langsiktig (eller uoppsigelig) kontrakt, for en kortere periode. Forutsetningen må imidlertid være at avtalen «etter sin art er oppsigelig».¹¹⁸ Slike kontrakter kan konkursboet eller skyldner si opp «med sedvanemessig varsel» eller med tre måneders varsel dersom det ikke foreligger sedvane på kontraktsområdet, jf. dekningsloven § 7-6 første ledd. Ved for

¹¹⁶ Prop. 75 L (2019-2020).

¹¹⁷ Se nærmere redegjørelse i Andenæs (2009) s. 223-224 og Nazarian (2012) s. 128-129.

¹¹⁸ Andenæs (2009) s. 223.

eksempel en avtale om leie av butikklokaler vil den sedvanemessige oppsigelsesfristen være tre måneder, jf. husleieloven § 9-6 første ledd.

Bestemmelsen innebærer således et unntak fra at skyldner/konkursboet er forpliktet på avtalens vilkår, og styrker skyldnerens og konkursboets rettsstilling på bekostning av medkontrahenten.

Jeg skal imidlertid undersøke hva som er begrunnelsen bak bestemmelsen. Herunder skal jeg vurdere hvorvidt begrunnelsen som forarbeidene angir er tilstrekkelig begrunnet under både konkurs og gjeldsforhandling (og rekonstruksjon, selv om forarbeidene til dekningsloven naturligvis ikke direkte behandler rekonstruksjonsreglene). Og videre hvorvidt eventuelle andre reelle hensyn kan begrunne den ekstraordinære oppsigelsesadgangen i begge situasjoner.

Uten oppsigelsesadgangen i dekningsloven § 7-6 ville konsekvensen vært at boet hadde valget mellom å ikke tre inn eller tre inn og være forpliktet resten av kontraktstiden. Førstnevnte alternativ ville vært uheldig, da konkursboet ikke hadde fått mulighet til å benytte seg av den mulige inntjeningen som ligger i kontraktene. Inntreden i visse av kontraktene er helt sentralt for å kunne «fortsette driften» av skyldnerens virksomhet, for på denne måten å kunne realisere skyldnerens eiendeler.¹¹⁹ Alternativet med langvarig inntreden innebærer derimot en stor risiko, idet det påfører boet «et meget omfattende masseansvar».¹²⁰ Ved konkurs er det derfor naturlig at konkursboet gis adgang til å si opp en avtale før den i utgangspunktet kunne sies opp. Det forhold at boet skal avvikles, gjør det også rimelig at det finnes en oppsigelsesadgang.

Den ekstraordinære oppsigelsesadgangen ved gjeldsforhandlinger er imidlertid ikke like godt begrunnet. I forarbeidene til endringsloven uttales det om oppsigelsesadgangen «at det er behov for at også skyldneren i en overgangsperiode skal kunne la langsiktige avtaler løpe videre, for senere å tre ut av disse og dekke den annen parts tap som dividendefordring».¹²¹ En nærmere begrunnelse fremgår ikke. Begrunnelsen for hvorfor konkursboet bør ha en oppsigelsesadgang, kan heller ikke overføres til situasjonen under gjeldsforhandling, siden skyldneren både allerede er part i kontrakten, og blir heller ikke masseforpliktet. Likevel vil

¹¹⁹ NOU 1972: 20 s. 317.

¹²⁰ NOU 1972: 20 s. 317

¹²¹ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 256

oppsigelsesadgangen innebære en større mulighet for at skyldneren skal lykkes med gjeldsforhandlingen/rekonstruksjonen, og dermed ha større mulighet til å avverge konkurs. På den andre siden innebærer den ekstraordinære oppsigelsesadgangen en svekkelse av medkontrahentens rettsstilling, og burde derfor vært begrunnet i større grad.

Dersom konkursboet eller skyldneren benytter seg av den ekstraordinære oppsigelsesadgangen, sikres medkontrahenten ved at vedkommende kan kreve tapet den lider ved at avtalen sies opp førtidig, dekket som dividendefordring, jf. dekningsloven § 7-6 annet ledd. Oppsigelsesadgangen innebærer dermed bare oppsigelse av kravet som massefordring.¹²²

3.4 Ikke-inntredelse ved konkurs og uttreden ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling

Dersom konkursboet ikke trer inn i en avtale, vil det ikke bli forpliktet på avtalens vilkår. Medkontrahenten vil dermed ikke ha krav på at boet yter etter avtalen. I slike tilfeller kan medkontrahenten i stedet heve kontrakten etter dekningsloven § 7-7. I tillegg kan medkontrahenten kreve tapet ved at kontrakten ikke ble riktig oppfylt, dekket som dividendefordring etter dekningsloven § 7-8. Dette behandles i kapittel 4. Medkontrahenten er imidlertid ikke tvunget til å heve kontrakten, og kan velge å fastholde kontrakten mot dividendebetaling.¹²³

Ved rekonstruksjon eller gjeldsforhandling vil det, ut fra det som fremgår over om utgangspunktet om at avtalene løper videre, derimot ikke bli noe spørsmål om rettsvirkningen dersom avtalene *ikke* skal løpe videre.

Det fremgår imidlertid av dekningsloven § 7-4a første ledd annet punktum at dersom «skyldnerens avtaler [skal] omfattes av gjeldsforhandlingen [rekonstruksjonsforhandlingen], må den annen part meddeles dette senest ved utsendelsen av forslaget til gjeldsordning [rekonstruksjon]». Det kan dermed spørres om det i dette ligger en mulighet for skyldneren til å «tre ut» av kontrakter under rekonstruksjonsforhandlingen. Denne tolkningen legges til grunn av flere teoretikere.¹²⁴ En annen mulig tolkning er at bestemmelsen setter en tidsfrist

¹²² Koefoed (2021) § 7-6 note 3.

¹²³ NOU 1972: 20 s. 319.

¹²⁴ Koefoed (2021) § 7-4a note 1, Opdal (2020) og Kierulf (2021).

for når skyldneren har anledning til å si opp kontrakten etter dekningsloven § 7-6. Denne tolkningen fremgår av Konkursrådet sine innspill til permanente regler om rekonstruksjon.¹²⁵

Dersom avtalen sies opp i medhold av dekningsloven § 7-6, har medkontrahenten krav på å få betalt i oppsigelsestiden, som for eksempel kan være på tre måneder. Dersom bestemmelsen åpner for at skyldner kan «tre ut» av en løpende kontrakt, vil det innebære at medkontrahenten mister sin rett på betaling i oppsigelsestiden.

Spørsmålet i det følgende er om loven åpner for at skyldneren under rekonstruksjon kan tre ut av en løpende kontrakt. Spørsmålet drøftes i forbindelse med de avtaler som «etter sin art er oppsigelige»,¹²⁶ og som dermed kan sies opp i medhold av dekningsloven § 7-6. Dette gjelder for eksempel avtaler om leie av forretningslokaler eller avtaler om levering av strøm. Før jeg går nærmere inn på forholdet mellom dekningsloven § 7-4 a første ledd annet punktum og oppsigelsesadgangen i § 7-6, skal jeg foreta en drøftelse av førstnevnte bestemmelse.

Ordlyden «[s]kal skyldnerens avtaler omfattes av gjeldsforhandlingen [nå rekonstruksjonen]» isolert sett, gir lite bidrag til hvorvidt det kreves at en avtale må sies opp eller ikke. Ordlyden isolert tilsier således bare at en avtale *kan* omfattes av en gjeldsforhandling/rekonstruksjon. For det annet inneholder bestemmelsen en varslingsfrist. Skyldneren (eventuelt rekonstruksjonsutvalget eller gjeldsnemnden) må gi beskjed til medkontrahenten senest ved utsendelsen av forslaget, for at avtalen skal kunne omfattes av gjeldsforhandlingen/rekonstruksjonen.

I det følgende skal det undersøkes hva det vil si at en avtale omfattes av gjeldsforhandlingen/rekonstruksjonen, og hvilke avtaler som kan omfattes.

Angivelsen av hva en rekonstruksjon med tvangsakkord kan gå ut på, er uttømmende regulert av rekonstruksjonsloven § 34. En tvangsakkord kan gå ut på blant annet (i) «betalingsutsettelse», (ii) «prosentvis reduksjon av gjelden», (iii) omgjørelse av gjelden til egenkapital, eller «en kombinasjon av disse ordningene».¹²⁷ Rekonstruksjonsloven § 54 bestemmer hvem akkorden er bindende for, nemlig de fordringshavere som har «fordringer

¹²⁵ Konkursrådet (2020) s. 4.

¹²⁶ Andenæs (2009) s. 223.

¹²⁷ Jf. rekonstruksjonsloven § 34 første ledd nr. 1, 2, 3 og 6. Tvangsakkorden kan også gå ut på overdragelse av virksomheten og eiendelene til ny eier uten likvidasjon av virksomheten, eller overdragelse og avvikling av virksomheten og eiendelene, «mot at skyldneren frigjøres for den delen av gjelden som ikke dekkes ved likvidasjonen».

som skriver seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen». Det er dermed disse fordringshaverne som kan omfattes av tvangsakkorden. For å avgjøre når en fordring er oppstått, må en se hen til «de ordinære rettsregler».¹²⁸ Det alminnelige utgangspunktet er at fordringer som er basert på en kontrakt, anses oppstått ved tidspunktet for avtaleinngåelsen.¹²⁹ Ved å legge dette utgangspunktet til grunn ved rekonstruksjon, vil konsekvensen kunne bli at akkorden binder medkontrahenten til at også fremtidige fordringer i kontraktens virketid, kan bli redusert prosentvis. Som tidligere lagt til grunn bestemmer dekningsloven § 7-4 a annet ledd at vederlagskravet som foreligger ved åpningen av rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen uansett skal omfattes av tvangsakkorden. Sammenhengen i bestemmelsen tilsier at varslingsregelen i dekningsloven § 7-4 a første ledd annet punktum ikke tar sikte på at det må varsles om at et slikt vederlagskrav etter en avtale skal omfattes av gjeldsforhandlingen/rekonstruksjonen. Spørsmålet er dermed fremdeles om dekningsloven § 7-4 a første ledd annet punktum gir skyldneren adgang til å si seg løs fra en avtale som i utgangspunktet løper videre ved å la hele avtaleforpliktelsen omfattes av tvangsakkorden.

Forarbeidene gir noe bidrag. Forarbeidene angir først at hovedregelen «bør [...] være at selve åpningen [...] ikke endrer partenes eksisterende avtaleforpliktelser. Avtalen er fortsatt bindende, og allerede avtalte forfallstidspunkter endres ikke».¹³⁰ Sammenholdt med dekningsloven § 7-4 a annet ledd er utgangspunktet så langt at forfallstidspunkter og vederlagskrav fra tiden etter åpning av rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen ikke er gjenstand for endring.

Videre foretas det i forarbeidene et skille mellom kontrakter som ved åpningen er helt uoppfylt fra begge parter, og de tilfeller hvor det bare er medkontrahenten som har oppfylt.¹³¹ For kontrakter som er delvis oppfylt ved åpningen eller som består i løpende ytelser til skyldneren, fastsetter forarbeidene at de prinsippene jeg straks skal komme inn på, bare kommer til anvendelse på den delen av avtalen som er uoppfylt. I det følgende skal jeg behandle prinsippene som forarbeidene angir om hvorvidt en avtale skal omfattes av akkorden, eller ikke, eller om det eventuelt er valgfritt for skyldneren.

¹²⁸ Wiker (2003) s. 202.

¹²⁹ Se Nordtveit (2017) punkt 7.4.3.

¹³⁰ NOU 1993: 16 s. 115.

¹³¹ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255, med videre henvisning til NOU 1993: 16 s. 115-116.

Dersom bare medkontrahenten har oppfylt, må avtalen omfattes av akkordforslaget.¹³² Dette er begrunnet i likebehandlingsprinsippet, kreditorene skal som utgangspunkt behandles likt. Medkontrahenten får dermed dividendeutbetaling, og ikke den ytelsen den ellers skulle hatt etter kontraktsforholdet. Et slikt tilfelle vil imidlertid innebære at kontrakten etter sin art ikke er oppsigelig, fordi dersom medkontrahenten har oppfylt sin del av avtalen fullt ut, vil det ikke være en kontrakt som kan løpe videre, sett bort i fra at den løper videre frem til skyldner oppfyller sin del. Men i det skyldneren oppfyller sin del av avtalen vil avtaleforholdet opphøre. Et eksempel er en ordinær kjøpsavtale. Dersom derimot ingen av partene har oppfylt før åpningen, angir forarbeidene at det er opp til skyldneren å velge om han vil «la akkordforslaget omfatte kontraktsforpliktelsen».¹³³ Etter forarbeidene får dette prinsippet som nevnt tilsvarende anvendelse ved avtaler som ved åpningen er delvis oppfylt, og da bare anvendelse på den uoppfylte delen. Hvorvidt skyldneren velger det ene eller det andre, beror på «en hensiktsmessighetsvurdering av kontraktens nytte for debtors fremtidige drift».¹³⁴ Av forarbeidene fremgår det videre at dersom skyldner i et slikt tilfelle kommer til at «akkorden skal omfatte kontraktsforpliktelsen, ligger det i sakens natur at tilfredsstillende sikkerhet for medkontrahentens prestasjon, jf § 7-5 første ledd, ikke vil bli stilt. Medkontrahenten kan da enten fastholde kontrakten mot dividendeutbetaling eller heve avtalen og kreve dividende av erstatningskravet».¹³⁵ Dette trekker i retning av at skyldneren står fritt til å velge hvorvidt kontrakten skal omfattes av rekonstruksjonen eller ikke. Likevel kan ikke dette forstås som at skyldneren på denne måten kan tre ut av kontrakten. Kontrakten vil således fremdeles gjelde, men fordi skyldneren ikke stiller sikkerhet, får medkontrahenten rett til å heve kontrakten etter dekningsloven § 7-7 første ledd annet punktum. Slik sett er det medkontrahenten som tar det endelige standpunktet om at avtalen skal opphøre. I teorien kan en nok si at medkontrahenten blir tvunget til å heve, fordi vedkommende nok ikke vil ha interesse av å fortsette å yte sine plikter etter avtalen med redusert fremtidig vederlag fra skyldner.

Ellingsæter og Meling kommer i sin artikkel til det samme, men ved å forankre resultatet i rekonstruksjonsloven § 54, jf. dekningsloven § 6-1, jf. dekningsloven § 6-2.¹³⁶ De legger således til grunn at det følger av rekonstruksjonsloven § 54, jf. dekningsloven § 6-1 «at det er

¹³² Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255, med videre henvisning til NOU 1993: 16 s. 115-116.

¹³³ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255, med videre henvisning til NOU 1993: 16 s. 115-116

¹³⁴ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255, med videre henvisning til NOU 1993: 16 s. 115-116

¹³⁵ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255, med videre henvisning til NOU 1993: 16 s. 115-116

¹³⁶ Ellingsæter (2020) punkt 5.2.

fordringer *mot skyldneren* som er gjenstand for endring ved tvangsakkord». ¹³⁷ Videre at en medkontrahents «rett til leiebetalinger kan reduseres», men at dette ikke innebærer at medkontrahenten er «forpliktet til å prestere sin ytelse for et lavere vederlag enn avtalt». ¹³⁸ Deretter legges det til grunn at medkontrahenten kan heve som følge av at kravet etter avtalen er endret. ¹³⁹ Etter dette legger de til grunn at «[d]et samme følger forutsetningsvis av dekl. § 7-4 a første ledd annet punktum». ¹⁴⁰

Etter dette kan det legges til grunn at en skyldner under rekonstruksjon/gjeldsforhandling har mulighet til å la en løpende avtale omfattes av tvangsakkorden, og på denne måten kvitte seg med avtalen ved at medkontrahenten hever på grunn av de endrede avtalevilkårene. Hvorvidt en ser det slik at det er den manglende sikkerhetsstillelsen som er grunnen til at medkontrahenten hever, eller om det er de endrede avtalevilkårene, vil ikke innebære en realitetsforskjell. Medkontrahenten har adgang til å heve i begge tilfeller, likevel kan det legges til grunn at det trolig er de endrede avtalevilkårene som fører til at medkontrahenten hever. Ellingsæter og Meling legger til grunn at skyldneren har valget mellom å si opp avtalen etter dekningsloven § 7-6 «eller å fremprovosere en heving». ¹⁴¹ Dersom skyldner på fritt grunnlag har valget mellom disse to, vil det nok lønne seg å fremprovosere en heving, siden skyldneren dermed slipper å betale i en oppsigelsestid. Et spørsmål som oppstår da er i hvilke tilfeller den ekstraordinære oppsigelsesadgangen har betydning. Verken forarbeidene eller lovteksten gir noe klart svar på dette. Wiker hevder at den ekstraordinære oppsigelsesadgangen, og dermed at skyldneren må betale for kontrakten ut oppsigelsestiden, må benyttes dersom skyldneren for eksempel tar imot leveranser fra medkontrahenten. ¹⁴² Ved å gjøre dette pådras medkontrahenten en kostnad. ¹⁴³ Dette synes rimelig å legge til grunn. Dersom skyldneren i et slikt tilfelle kunne velge mellom å la kontraktsforpliktelsen omfattes av rekonstruksjonen eller å si opp kontrakten, ville ikke oppsigelsesbestemmelsen i dekningsloven § 7-6 hatt noen selvstendig verdi. Medkontrahenten vil likevel ha en usikker posisjon, i det skyldneren ikke behøver å ta standpunkt til valget sitt før ved utsendelsen av forslaget til rekonstruksjon. Ved konkurs har medkontrahenten en interpellasjonsrett, hvor

¹³⁷ Ellingsæter (2020) punkt 5.2.

¹³⁸ Ellingsæter (2020) punkt 5.2.

¹³⁹ Ellingsæter (2020) punkt 5.2.

¹⁴⁰ Ellingsæter (2020) punkt 5.2.

¹⁴¹ Ellingsæter (2020) punkt 5.2.

¹⁴² Wiker (2021)

¹⁴³ Wiker (2021)

konkursboet plikter å ta standpunkt til inntreden/ikke-inntreden «uten unødige opphold». Når medkontrahenten ikke har en slik rett under rekonstruksjon/gjeldsforhandling, bør det derfor være et krav om at medkontrahenten ikke pådras ekstra kostnader i den tiden det tar for skyldneren å bestemme seg for hvorvidt vedkommende har behov for kontrakten videre eller ikke.

Etter dette kan det legges til grunn at skyldneren kan la en løpende kontrakt omfattes av rekonstruksjonen, og på denne måten endre også de fremtidige avtalevilkårene.

Medkontrahenten får da en rett til å heve. Det er således medkontrahentens standpunkt om å heve som fører til at skyldneren «trer ut». Dersom skyldneren har behov for å benytte seg av kontrakten i en periode, må avtalen imidlertid sies opp, og medkontrahenten har da krav på å få betalt i oppsigelsestiden.

4 Heving

4.1 Innledning

Forutsetningen i det foregående kapittelet var at medkontrahentens heving ikke hindret boets inntreden eller kontraktens videreførelse. Medkontrahenten kan imidlertid ha et ønske, og en beskyttelsesverdig grunn, til å komme seg ut av et kontraktsforhold når det er åpnet rekonstruksjon, gjeldsforhandling eller konkurs hos kontraktspartens. Ved dekningsloven kapittel 7 er det foretatt en avveining av konkursboets/skyldnerens, og herunder kreditorfellesskapets, interesser på den ene side, og medkontrahentens interesser på den annen side.

I dette kapittelet skal fokuset derfor rettes på de tilfellene hvor medkontrahenten kan heve kontrakten. Først skal det sies noe om den alminnelige adgangen en kontraktspart har til å heve, og hvordan en rekonstruksjon, gjeldsforhandling eller konkurs påvirker dette.

En kontraktsparts adgang til å heve en kontrakt er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp.¹⁴⁴

I alminnelighet kreves det at kontraktsbruddet er vesentlig, for at kontrakten skal kunne heves.¹⁴⁵ I en rekonstruksjons-, gjeldsforhandlings-, eller konkursprosess er vesentlighetskravet av betydning når skyldner/konkursboet misligholder sine plikter etter kontraktsforholdet. Selve rekonstruksjonen, gjeldsforhandlingen eller en konkurs, kan også

¹⁴⁴ Se blant annet Rt. 1999 s. 408 på s. 420.

¹⁴⁵ Rt. 1999 s. 408 (på s. 420)

medføre en hevingsrett for medkontrahenten, slik at det ikke er behov for å foreta en selvstendig vurdering av vesentlighetskriteriet.¹⁴⁶ Virkningen av heving er at partenes gjensidige rettigheter og plikter til å oppfylle kontrakten bortfaller.¹⁴⁷

I tillegg til å heve kontrakten, kan medkontrahenten ha krav på erstatning for sitt tap.¹⁴⁸ Heving utelukker således ikke et erstatningskrav. De alminnelige vilkårene for erstatningsansvar i kontraktsforhold er at det må foreligge mislighold, ansvarsgrunnlag, adekvat årsakssammenheng og et økonomisk tap.¹⁴⁹ Etter dekningsloven § 7-8 kan medkontrahenten kreve erstatning for tapet sitt, «[d]ersom en avtale faller bort eller blir hevet som følge av at det åpnes gjeldsforhandling [nå rekonstruksjon] eller konkurs». Det er således et rent objektivt ansvar. Bestemmelsen gir imidlertid bare hjemmel for erstatning i de tilfeller hevingen foretas på grunn av gjeldsforhandlingen/rekonstruksjon eller konkurs. Dersom medkontrahenten hever på grunn av mislighold fra skyldner eller boet, følger erstatningskravet av kontraktsforholdet.

I det videre skal jeg drøfte i hvilke tilfeller en medkontrahent har adgang til å heve kontrakten ved de ulike stadiene i en rekonstruksjons-, gjeldsforhandlings-, eller konkursprosess. Fokuset vil også i dette kapitlet være ulikhetene mellom rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs.

4.2 Medkontrahentens heving før åpning av bobehandlingen

Som følge av de materielle vilkårene for åpning av konkurs, rekonstruksjon og gjeldsforhandling, etter henholdsvis konkursloven § 60, rekonstruksjonsloven § 2 og konkursloven § 1a, kan det med rimelighet antas at flere av skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser er misligholdt før åpningen.¹⁵⁰ Dersom skyldneren vesentlig har misligholdt en kontraktsforpliktelse, har medkontrahenten etter denne kontrakten rettmessig adgang til å erklære heving. Spørsmålet som skal drøftes her, er hvorvidt en heving som er erklært før åpning av bobehandlingen, står seg ved åpningen.

¹⁴⁶ Se Hagstrøm (2011) s. 442-443 hvor han legger til grunn at «kontraktsbruddet [kan være] av en slik art at det gjennomgående må anses vesentlig i seg selv, slik at en individuell vurdering er overflødig».

¹⁴⁷ Hagstrøm (2011) s. 425

¹⁴⁸ Hagstrøm (2011) s. 461.

¹⁴⁹ Hagstrøm (2011) s. 466.

¹⁵⁰ Se punkt 2.3.1.

Heving foretas gjennom en hevingserklæring.¹⁵¹ Hevingserklæringen har virkning som et påbud.¹⁵² Rettsvirkningen inntreder dermed på det tidspunktet hevingen er kommet frem til den misligholdende part.¹⁵³

Utgangspunktet under både rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs er at heving som medkontrahenten har erklært før åpningen, må respekteres selv om det åpnes rekonstruksjon, gjeldsforhandling eller konkurs. Dette følger av at inntredelsesretten til konkursboet forutsetter at det foreligger en «avtale».¹⁵⁴ I en rekonstruksjon/gjeldsforhandling er det på samme måte en forutsetning at det foreligger en avtale, for at avtalen skal kunne løpe videre.¹⁵⁵ Dersom det er foretatt en rettmessig heving før åpningen, vil avtalen være bortfalt, og det vil dermed ikke være en avtale å tre inn i, eller som kan løpe videre.¹⁵⁶ Utgangspunktet bekreftes i forarbeidene, hvor det heter at «boåpningen normalt ikke [bør] kunne oppheve virkningen av en i og for seg fullt rettmessig hevingserklæring».¹⁵⁷

Hensynet til medkontrahenten taler for at hevingen skal stå seg dersom skyldneren like etter hevingen står i en så vanskelig økonomisk situasjon at det åpnes rekonstruksjon, gjeldsforhandling eller i verste fall konkurs. Medkontrahenten kan ha innrettet seg etter hevingen, ved for eksempel å igangsette kontraktsinngåelse med andre potensielle parter. Likefullt har skyldneren gjort seg skyldig i et vesentlig kontraktsbrudd, og det vil da være rimelig at medkontrahenten gis anledning til å si seg løs fra kontraktsforholdet. På den annen side kan en heving like før åpning vanskeliggjøre både konkursboets bobehandling og skyldnerens mulighet til å foreta en vellykket rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Det kan således føre til at kreditorfellesskapet får utdelt mindre ved utdelingen under konkurs, fordi vedkommende kontrakt var inntektsbringende for skyldner, eller nødvendig for å sikre videre inntekt. Eller det kan føre til at dividendeutbetalingen i henhold til akkorden blir lavere under rekonstruksjon/gjeldsforhandling, eller i verste fall at forhandlingene innstilles med påfølgende åpning av konkurs.

¹⁵¹ Hagstrøm (2011) s. 462.

¹⁵² Hagstrøm (2011) s. 462.

¹⁵³ Hagstrøm (2011) s. 462.

¹⁵⁴ Jf. dekningsloven § 7-3.

¹⁵⁵ Jf. dekningsloven § 7-3a.

¹⁵⁶ Andenæs (2009) s. 213-214.

¹⁵⁷ NOU 1972: 20 s. 320.

Ved rekonstruksjon er det gjennom rekonstruksjonsloven § 63 annet ledd gjort unntak fra utgangspunktet om at hevingen står seg ved åpning. Av rekonstruksjonsloven § 63 annet ledd fremgår det følgende:

«Ved anvendelsen av dekningsloven § 7-3 a gjelder for rekonstruksjon etter denne loven at heving som er gjort gjeldende i de siste fire ukene før frisdagen på grunn av skyldnerens betalingsforsinkelse, ikke kan gjøres gjeldende under rekonstruksjonsforhandling med mindre den annen part har disponert i henhold til hevingen.»

Dette unntaket innebærer en viktig forskjell fra rettstilstanden under gjeldsforhandlinger. En avtale som i utgangspunktet er falt bort fordi den er hevet, blir *gjenopplivet* kun som en følge av at det åpnes rekonstruksjonsforhandling, så lenge vilkårene for øvrig er oppfylt.

Medkontrahentens rettsstilling og forutberegnelighet svekkes, og går på bekostning av hensynet til at skyldner skal kunne nyttiggjøre seg kontrakten. Likevel er medkontrahenten beskyttet ved at hevingen ikke oppheves dersom vedkommende «har disponert i henhold til hevingen», som jeg skal komme nærmere inn på i det følgende.

Rekonstruksjonsloven § 63 oppstiller tre vilkår for at en heving som en medkontrahent har foretatt forut for åpningen, ikke får virkning under rekonstruksjonsforhandlingen. Hevingen må være «gjort gjeldende i de siste fire ukene før frisdagen». Fristdagen ved rekonstruksjon er dagen da «begjæring om åpning av [rekonstruksjon] kom inn til tingretten».¹⁵⁸ Ordlyden «gjort gjeldende» sikter til tidspunktet medkontrahenten har erklært hevingen. Videre må hevingsgrunnen være «skyldnerens betalingsforsinkelse». Dette innebærer for det første at skyldner må være pengedebitor etter kontraktsforholdet. Unntaket får dermed anvendelse dersom skyldner er for eksempel leietaker, leasingtaker eller kjøper etter en leverandøravtale. Videre må misligholdet være forsinket betaling. Hvis en medkontrahent for eksempel har hevet kontrakten som følge av at leietaker har forsømt andre plikter enn betalingsplikt, vil hevingen følgelig ikke oppheves. Endelig kreves det at medkontrahenten ikke har «disponert i henhold til hevingen». Ordlyden gir ikke noe klart svar på hva medkontrahenten må ha foretatt seg for å kunne anses å ha «disponert i henhold til hevingen». Men ordlyden trekker i retning av at det kreves at medkontrahenten faktisk har utført handlinger i samsvar med

¹⁵⁸ Jf. dekningsloven § 1-1 første ledd, jf. rekonstruksjonsloven § 62.

hevingen, for eksempel at leasinggiver krever en leaset gjenstand tilbakelevert. Forarbeidene, som henviser til Utredningen, nevner som eksempel at en medkontrahent anses å ha «disponert i henhold til hevingen» dersom vedkommende har «inngått kontrakt med ny part om samme ytelse».¹⁵⁹ Etter dette kan det legges til grunn at medkontrahenten faktisk må ha utført handlinger, for at hevingen skal kunne stå seg. Det er for eksempel ikke nok at en medkontrahent planlegger for å inngå kontrakt med en ny part.

Ved gjeldsforhandling gjaldt det ikke et tilsvarende generelt unntak om at heving som er foretatt fire uker før åpningen, kan *gjenopplives*. For avtaler om leie av fast eiendom gir dekningsloven § 7-3 a annet ledd imidlertid en særregel for medkontrahentens heving som er foretatt forut for åpningen av gjeldsforhandlingen. Det følger av denne bestemmelsen at dersom «skyldneren [har] misligholdt en avtale om leie av fast eiendom, kan avtalen bare heves dersom begjæring om fravikelse er mottatt hos namsmannen eller tingretten før åpningen av gjeldsforhandlingen». Det er således ikke nok at medkontrahenten har erklært heving. Det kreves i tillegg at namsmannen eller tingretten har mottatt begjæring om fravikelse før åpningen.¹⁶⁰

I prinsippet gjelder dekningsloven § 7-3 a annet ledd også under rekonstruksjon. Bestemmelsen har imidlertid begrenset selvstendig verdi ved siden av unntaket i rekonstruksjonsloven § 63. Dersom utleier av en fast eiendom har begjært fravikelse av eiendommen, og denne er mottatt av namsmannen eller tingretten, vil utleier uansett anses for å ha «disponert i henhold til hevingen», jf. rekonstruksjonsloven § 63. Hevingen vil dermed stå seg. Dersom utleier bare har erklært heving, for eksempel to uker før fristdagen, men ikke begjært fravikelse, vil hevingen ikke stå seg ved åpningen, verken etter rekonstruksjonsloven § 63 annet ledd eller dekningsloven § 7-3 a annet ledd.

En ulikhet ved dekningsloven § 7-3 a og rekonstruksjonsloven § 63 annet ledd er imidlertid at førstnevnte gjelder for heving som er foretatt på grunnlag av «mislighold» generelt, mens sistnevnte begrenser seg til misligholdet «betalingsforsinkelse». Dersom en ser for seg følgende eksempel: En medkontrahent (som er utleier etter en avtale om leie av fast eiendom) erklærer heving av en avtale to uker før åpning av rekonstruksjon. Hevingsgrunnen er at

¹⁵⁹ Prop. 75 L (2019-2020) s. 54 med videre henvisning til Villars-Dahl (2016) s. 73.

¹⁶⁰ Tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd fastsetter hva som er «[s]ærlig tvangsgrunnlag for fravikelse av fast eiendom».

leietaker (skyldner) «i vesentlig grad [...] opptre[r] på en måte som er til alvorlig skade eller sjenanse for utleieren, eiendommen eller øvrige brukere» på tross av at utleier har gitt skriftlig advarsel, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav b.

Etter rekonstruksjonsloven § 63 annet ledd vil en slik heving stå seg, selv om den er foretatt like før åpning, på grunnlag av at den ikke grunner seg på en betalingsforsinkelse. Etter dekningsloven § 7-3 a annet ledd vil hevingen derimot ikke stå seg, fordi medkontrahenten ikke har levert begjæring om fravikelse før åpningen.

Det kan imidlertid spørres om dekningsloven § 7-3a annet ledd er ment å gjelde bare for betalingsmislighold. Ved konkurs inneholder dekningsloven § 7-10 tredje ledd en omtrent liklydende bestemmelse, men med den forskjell at det presiseres at den gjelder ved skyldnerens mislighold av «sin plikt til å betale leie». Det fremgår av forarbeidene, både i relasjon til dekningsloven § 7-3a og § 7-10 tredje ledd, at bestemmelsene har en parallell til hverandre.¹⁶¹ Det kan heller ikke antas å foreligge tilstrekkelige beskyttelsesverdige grunner til at en gjeldsforhandling skal kunne oppheve en heving som er foretatt på grunn av annet enn betalingsmislighold. Begge disse forhold trekker i retning av at § 7-3 a annet ledd bare bør gjelde ved betalingsmislighold. På denne måten blir det sammenheng i regelverket både ved gjeldsforhandling og konkurs, men også ved rekonstruksjon.

Etter dette kan rettstilstanden oppsummeres på følgende måte. Under rekonstruksjon kan en medkontrahent risikere at en heving som er erklært i løpet av de siste fire ukene før åpningen, blir opphevet ved åpningen. Dette gjelder for hvilken som helst type kontrakt, forutsatt at misligholdet er skyldnerens betalingsforsinkelse. Medkontrahenten beskyttes til en viss grad ved at hevingen ikke oppheves dersom han har disponert i henhold til den. I praksis beskytter dette også tredjepersoner, slik at ikke deres rettsforhold blir forstyrret som følge av en rekonstruksjon hos en den ikke kontraherer med. Under gjeldsforhandling og konkurs risikerer en medkontrahent at heving av en leieavtale mister sin virkning dersom det ikke er begjært fravikelse før åpningen. Også her er det en forutsetning at det er betalingsplikten som er misligholdt. Begrunnelsen for at det kreves mer enn en hevingserklæring ved slike typer kontrakter, har sammenheng med at tilgang på skyldnerens lokaler er av sentral betydning for at boet skal kunne avvikles på en forsvarlig og rasjonell måte, og for at skyldneren under

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255 og s. 257.

gjeldsforhandling skal kunne fortsette driften av virksomheten. Når skyldner fremdeles har tilgang til lokalet fordi utkastelse ikke er begjært, er det derfor ansett hensiktsmessig at hevingen oppheves. Ved rekonstruksjon er hensynet til skyldnerens mulighet for overlevelse strukket enda lenger, enn det som tidligere gjaldt ved gjeldsforhandling. Selv om medkontrahentens forutberegnelighet svekkes, og at rettsstillingen svekkes ved at hevingen oppheves, vil imidlertid medkontrahentens rett på oppfyllelse eller sikkerhetsstillelse for oppfyllelse, til en viss grad avbøte den risikoen medkontrahenten påføres ved å være i et kontraktsforhold med en part under rekonstruksjon. Men som jeg tidligere har drøftet, er medkontrahentens rettsstilling svekket også i relasjon til det. Likevel vil medkontrahenten til enhver tid ha rett på sikkerhet tilsvarende to uker.

4.3 Medkontrahentens heving under bobehandlingen, på grunn av skyldnerens mislighold før åpningen

Situasjonen kan også være at medkontrahenten ikke har erklært heving før åpning av bobehandlingen, selv om det var adgang til det på det tidspunktet. I et slikt tilfelle vil det foreligge en «avtale» ved åpningen. Konkursboet har da som utgangspunkt rett til å tre inn, og avtalen vil kunne løpe videre etter åpning av rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Spørsmålet som skal vurderes her, er hvorvidt medkontrahenten har anledning til å heve etter åpningen, dersom det aktuelle (vesentlige) misligholdet skjedde før åpningen.

Dekningsloven § 7-7 første ledd tredje punktum bestemmer følgende:

«Mislighold fra skyldnerens side som ikke står i direkte sammenheng med insolvensen, kan den annen part også gjøre gjeldende som hevingsgrunn etter de regler som gjelder for vedkommende avtale.»

Bestemmelsen sier altså at medkontrahenten har rett til å heve etter åpningen, dersom misligholdet «ikke står i direkte sammenheng med insolvensen». Bestemmelsen må videre tolkes antitetisk, slik at for mislighold som derimot «står i direkte sammenheng med insolvensen», stenger åpning av bobehandlingen for medkontrahentens hevingsadgang.¹⁶²

Det fremgår ikke direkte av ordlyden at bestemmelsen også gjelder under rekonstruksjon/gjeldsforhandling. At ordlyden «insolvensen» benyttes, kan trekke i retning av

¹⁶² NOU 1972: 20 s. 320.

at den bare gjelder under konkurs, siden insolvens ikke er et vilkår for åpning av rekonstruksjon eller gjeldsforhandling.¹⁶³ Bestemmelsens oppbygging taler imidlertid for anvendelse også under rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Dekningsloven § 7-7 første ledd første punktum regulerer medkontrahentens hevingsadgang under konkurs. Annet punktum regulerer medkontrahentens hevingsadgang ved gjeldsforhandling. Når tredje punktum ikke direkte uttrykker verken konkurs eller gjeldsforhandling, kan det etter sammenhengen med de foregående setninger legges til grunn at bestemmelsen gjelder i begge tilfeller. Det bekreftes i forarbeidene at bestemmelsen også gjelder under gjeldsforhandling.¹⁶⁴ Av denne grunn kommer bestemmelsen til anvendelse også under rekonstruksjon, jf. rekonstruksjonsloven § 62. Ordlyden «insolvensen» må dermed forstås som skyldnerens «alvorlige økonomiske problemer» eller «illikviditeten» ved rekonstruksjon, og som «illikviditeten» ved gjeldsforhandling.¹⁶⁵

Hvorvidt et mislighold står «i direkte sammenheng med insolvensen» eller ikke, må avgjøres konkret. Typisk vil et mislighold som gjelder forsinket betaling stå i direkte sammenheng med insolvensen.¹⁶⁶ Et slikt mislighold kan imidlertid ha oppstått som følge av andre grunner enn selskapets økonomiske problemer, for eksempel dersom IT-systemene til skyldner har sviktet.¹⁶⁷ Andre mislighold enn forsinket betaling, kan etter omstendighetene også anses å være «i direkte sammenheng med insolvensen». En kan for eksempel tenke seg at skyldner skulle tilvirke et produkt, og som følge av dårlig likviditetstilgang benyttet andre komponenter enn vanlig. Dersom varen i et slikt tilfelle ble solgt til medkontrahenten med en mangel, vil misligholdet kunne stå «i direkte sammenheng med insolvensen». Det må følgelig foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle.

Spørsmålet som oppstår da, er hvem som bør ha bevisbyrden for at misligholdet står i direkte sammenheng med insolvensen. For medkontrahenten kan det ofte være vanskelig å vite nøyaktig hva som har ført til misligholdet. Videre er det skyldneren som har misligholdt, og det vil da være mest rettferdig at det er skyldner, eller boet under konkurs, som må bevise at misligholdet står i direkte sammenheng med insolvensen, og på denne måten frata medkontrahenten retten til å heve. Andenæs hevder at bevisbyrden «trolig» må påhvile

¹⁶³ Jf. rekonstruksjonsloven § 2 og konkursloven § 1 a. Se punkt 2.3.1.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255.

¹⁶⁵ Huser (1987) s. 218

¹⁶⁶ Andenæs (2009) s. 201.

¹⁶⁷ Andenæs (2009) s. 201.

boet.¹⁶⁸ Dette synes å være den mest hensiktsmessige og rettfærdige løsningen. Jeg legger derfor til grunn at konkursboet eller skyldner under rekonstruksjon/gjeldsforhandling har bevisbyrden.

Dersom misligholdet etter en konkret vurdering ikke «står i direkte sammenheng med insolvensen», har medkontrahenten rett til å heve etter åpningen så lenge den aktuelle kontrakten gir en slik hevingsrett, jf. dekningsloven § 7-7 første ledd siste punktum in fine. I de fleste tilfeller kreves det da at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd.

Dersom misligholdet derimot «står i direkte sammenheng med insolvensen» fører åpningen til at medkontrahenten mister hevingsadgangen. Lovgiver har her foretatt en avveining av hensynet til konkursboet/skyldner (og dermed kreditorfellesskapet) på den ene side og medkontrahenten på den annen side, hvor avveiningen har endt med at konkursboets rett til inntreden og skyldners rett til videreførelse er mest beskyttelsesverdig.

I relasjon til rekonstruksjon vil virkningen av dekningsloven § 7-7 første ledd siste punktum, sammenholdt med rekonstruksjonsloven § 63 annet ledd, innebære at en medkontrahent i mange tilfeller ikke har anledning til å si seg løs fra avtalen på grunn av skyldnerens betalingsmislighold verken i perioden like før åpning og etter. Hensynet til skyldnerens mulighet til å redde virksomheten fra konkurs står dermed sterkt.

4.4 Medkontrahentens adgang til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art

Hittil har jeg drøftet de tilfeller hvor medkontrahentens heving grunner seg på skyldnerens (vesentlige) mislighold før åpning av rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs. Et annet spørsmål er hvorvidt åpningen av rekonstruksjon, gjeldsforhandling eller konkurs *i seg selv* kan føre til at medkontrahenten gis adgang til å heve kontrakten.

Ved rekonstruksjon og gjeldsforhandling følger det uttrykkelig av dekningsloven § 7-3a første ledd annet punktum at åpningen i seg selv ikke gir medkontrahenten rett til å heve avtalen med skyldneren. Imidlertid følger det et unntak fra dette ved at dekningsloven § 7-3 annet ledd (som gjelder i konkurs) også får anvendelse ved gjeldsforhandling og rekonstruksjon, jf. dekningsloven § 7-3a første ledd siste punktum.

¹⁶⁸ Andenæs (2009) s. 203.

Ved konkurs er utgangspunktet at konkursboet har rett til å tre inn i skyldnerens kontrakter. Dekningsloven § 7-3 annet ledd gjør unntak fra dette utgangspunktet. Etter denne bestemmelsen kan medkontrahenten «påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art». Ordlyden trekker i retning av at «insolvensen» kan benyttes som en hevingsgrunn.¹⁶⁹ I bestemmelsen ligger det også at «insolvensen» i seg selv medfører at avtalen skal opphøre, som forarbeidene angir som at «insolvensen er en relevant bristende forutsetning»¹⁷⁰ I begge tilfeller på grunn av «avtalens art». Medkontrahenten må imidlertid «påberope» det. Det innebærer nok ikke en realitetsforskjell hvorvidt en anser det som en hevingsgrunn eller opphørsgrunn. Bestemmelsen forutsetter at konkursboet ønsker å benytte seg av inntreden, eller at skyldneren under rekonstruksjon/gjeldsforhandling tar sikte på å la avtalen løpe videre.¹⁷¹ Medkontrahenten kan dermed hindre inntreden eller videreførelse ved å påberope «insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art».

Vurderingstemaet er om «insolvensen» er en relevant opphørsgrunn etter den konkrete «avtalens art». Med «insolvensen» ligger det at en må se hen til den virkningen insolvensen innebærer, som da er åpning av konkurs og i dette tilfellet at konkursboet vil tre inn i den aktuelle kontrakten. I relasjon til gjeldsforhandling og rekonstruksjon blir det skyldnerens videreførelse av kontrakten. Det er således konsekvensen av inntreden eller videreførelse under konkurs eller gjeldsforhandling/rekonstruksjon som kan begrunne at «avtalens art» tilsier at avtalen skal opphøre.

Ordlyden «avtalens art» sikter til at kontraktstypen eller innholdet i en spesifikk kontrakt er av en slik karakter at åpning av konkurs, rekonstruksjon eller gjeldsforhandling tilsier at kontraktsforholdet skal opphøre.

Ulikheter ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling på den ene siden og konkurs på den andre siden, medfører at vurderingen av om «avtalens art» kan anses som opphørsgrunn utspiller seg forskjellig. Medkontrahentens hevingsrett er «snevvrere ved gjeldsforhandling [nå rekonstruksjon] enn ved konkurs».¹⁷²

¹⁶⁹ Sandvik (1985) s. 87.

¹⁷⁰ NOU 1972: 20 s. 313.

¹⁷¹ I motsatt tilfelle gir dekningsloven § 7-7 medkontrahenten hevingsrett.

¹⁷² Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 255.

Ved konkurs mister skyldneren rådigheten og konkursboet oppstår som et eget rettssubjekt. Ved rekonstruksjon/gjeldsforhandling er det imidlertid skyldner selv som fortsetter sin virksomhet. Det forhold at en annen part enn skyldneren trer inn i kontrakten kan i visse tilfeller begrunne at medkontrahenten kan heve kontrakten under konkurs. Dette gjelder eksempelvis dersom skyldnerens ytelse er av en personlig karakter hvor medkontrahenten har valgt skyldneren som sin kontraktspart på grunn av de kvalifikasjonene denne besitter og som dermed ikke kan overlates til andre, for eksempel en forfatters avtale med et forlag.¹⁷³ Under rekonstruksjon/gjeldsforhandling vil dette derimot ikke gjøre seg gjeldende, idet skyldner selv fortsetter sin virksomhet. Avtaletyper som kan tenkes å begrunne en rett til heving på grunn av rekonstruksjon eller gjeldsforhandlinger, er avtaler hvor skyldnerens økonomiske stilling er en forutsetning for avtalen.

4.5 Medkontrahentens hevingsrett etter inntredelse eller videreføring

Dersom konkursboet har trådt inn i en kontrakt eller en avtale løper videre etter åpning av rekonstruksjon/gjeldsforhandling, har medkontrahenten for det første rett til å heve dersom konkursboet eller skyldner «ikke oppfyller eller stiller sikkerhet etter § 7-5», jf. dekningsloven § 7-7 første ledd første og annet punktum. Etter ordlyden kreves det ikke «vesentlig» mislighold, slik det vanligvis kreves for å kunne heve en kontrakt. Forutsetningen er imidlertid at dekningsloven § 7-5 gir medkontrahenten rett til oppfyllelse eller sikkerhetsstillelse. I tillegg må medkontrahenten etter § 7-5 kreve dette. Det er således ikke noe som inntreer automatisk kun som en følge av rekonstruksjon, gjeldsforhandling og konkurs. At medkontrahenten har en hevingsrett ved manglende oppfyllelse eller sikkerhetsstillelse oppveier den usikkerheten som medkontrahenten ellers ville hatt.

For det annet kan medkontrahenten ha rett til å heve dersom konkursboet eller skyldner misligholder kontrakten etter inntreden/videreførelse. Dette følger av at konkursboet/skyldner blir/er «berettiget og forpliktet på avtalens vilkår», jf. dekningsloven §§ 7-4 og 7-4a.

Medkontrahenten kan således gjøre gjeldende de vanlige misligholdsbeføyelsene.

Medkontrahenten kan også kreve erstatning. Ved konkurs innebærer et erstatningskrav mot konkursboet at kravet anses som en massefordring etter dekningsloven § 9-2 annet ledd.¹⁷⁴

¹⁷³ NOU 1972: 20 s. 313.

¹⁷⁴ NOU 1972: 20 s. 314.

4.6 Medkontrahentens hevingsrett ved ikke-inntredelse og dersom en løpende kontrakt omfattes av rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen

Dekningsloven § 7-7 første ledd første punktum gir medkontrahenten rett til å heve kontrakten «[d]ersom konkursboet ikke trer inn i skyldnerens avtale». Vilkåret for heving er altså bare at konkursboet ikke trer inn. Når boet ikke trer inn, og skyldneren selv ikke har rådighet over sine kontraktsforhold, ville det vært urimelig om medkontrahenten tvinges til å stå fast ved avtalen, uten selv å motta oppfyllelse. Medkontrahenten har derfor rett til å heve kontrakten.

Dersom skyldneren lar en avtale omfattes av rekonstruksjonen/gjeldsforhandlingen, må dette innebære at medkontrahenten får adgang til å heve kontrakten. Dekningsloven § 7-7 gir ikke en direkte hjemmel for at medkontrahenten kan heve i et slikt tilfelle. Imidlertid vil en ensidig endring av avtaleforpliktelsene fra skyldnerens side anses for å være et kontraktsbrudd, og som følge av dette gi medkontrahenten en hevingsrett. Hevingsretten kan også følge av at skyldneren ikke oppfyller plikten til sikkerhetsstillelse etter dekningsloven § 7-5, og at dekningsloven § 7-7 første ledd annet punktum gir medkontrahenten en hevingsrett.

4.7 Medkontrahentens heving etter stadfestet rekonstruksjon, på grunn av skyldnerens mulige mislighold før åpning av rekonstruksjon

Ved rekonstruksjonsloven § 55 er det innført en bestemmelse som innebærer at en stadfestet rekonstruksjon stenger for at medkontrahenten kan «påberope seg skyldnerens mulige mislighold i tiden før rekonstruksjonsbehandlingen ble innledet». Dette gjaldt ikke tidligere ved gjeldsforhandlingsreglene.

Dersom medkontrahenten mener at skyldneren har misligholdt en kontrakt før rekonstruksjonens åpning, må dette dermed påberopes før rekonstruksjonen avsluttes. Hvis dette ikke gjøres har medkontrahenten således ikke adgang til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser, herunder heving, mot skyldneren. Av forarbeidene fremgår det imidlertid at medkontrahenten ikke mister retten til å påberope misligholdet, «[d]ersom misligholdet fortsetter etter at rekonstruksjonen er gjennomført».¹⁷⁵ Bestemmelsen er begrunnet i hensynet til skyldnerens forutberegnelighet, «men særlig for kreditorer som konverterer gjeld til egenkapital og nye eiere som skyter inn frisk egenkapital».¹⁷⁶ Således kan

¹⁷⁵ Prop. 75 L (2019-2020) s. 54.

¹⁷⁶ Prop. 75 L (2019-2020) s. 54.

bestemmelsen bidra til å bedre mulighetene for en vellykket rekonstruksjon.

5 Overdragelse av kontraktsposisjoner

5.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg vurdere i hvilken grad konkursboet under konkurs, eller skyldner under rekonstruksjon/gjeldsforhandling har adgang til å overdra sin kontraktsposisjon etter kontrakten til en annen part. I mange tilfeller kan en løpende kontrakt inneholde et overdragelsesforbud. Utgangspunktet er da at ingen av partene kan overdra sin kontraktsposisjon. Spørsmålet blir dermed om boet under konkurs, og skyldneren under rekonstruksjon/gjeldsforhandling, likevel kan ha rett til å overdra kontrakten, på tross av at kontrakten bestemmer at partene ikke kan overdra sine rettigheter og plikter etter kontrakten. Før jeg går nærmere inn på de denne vurderingen, vil jeg redegjøre for bakgrunnen for at både konkursboet og skyldner under rekonstruksjon/gjeldsforhandling kan ha et ønske om å overdra kontrakten videre, og de hensyn som gjør seg gjeldende.

Et ønske om, og et behov for, å overdra en kontraktsposisjon vil kunne gjøre seg gjeldende under både konkurs og rekonstruksjon/gjeldsforhandling. Konkursboets inntreden i skyldnerens kontrakter innebærer at boet har besluttet at skyldnerens virksomhet skal drives videre på boets regning etter konkursloven § 119. Formålet med bobehandlingen er at boet skal avvikles, og at eiendelene skal gjøres om i penger som kan fordeles på kreditorfellesskapet.¹⁷⁷ Boets aktiva må dermed realiseres på den måten som er mest fordelaktig for kreditorfellesskapet, jf. forutsetningsvis konkursloven § 117. En løsning på dette kan være at boet trer inn i skyldnerens kontrakter og får tilgang til den merverdien som ligger i kontrakten, for eksempel ved å fullføre en igangsatt produksjon.¹⁷⁸ Av hensyn til de massekrav boet pådrar seg ved inntreden i flere ulike kontrakter, er det ikke alltid lønnsomt for boet å fortsette driften i den tiden som kreves for at boet skal kunne nyttiggjøre seg den merverdien som ligger i kontrakten. Det kan dermed være ønskelig å overdra kontrakten til en tredjeperson. Et annet tilfelle hvor boet kan ønske å tre inn i skyldnerens kontrakter, er der boet tar sikte på å selge virksomheten samlet som et «going concern».¹⁷⁹ Virksomhetens

¹⁷⁷ Wiker (2003) s. 314.

¹⁷⁸ Wiker (2003) s. 455.

¹⁷⁹ Nazarian (2012) s. 137.

allerede inngåtte kontrakter kan bidra til å øke prisen ved et slikt salg. Det kan dermed være en god løsning for kreditorfellesskapet om kontraktene inngår som en del av salget av virksomheten. For medkontrahenten vil dette derimot ikke nødvendigvis være fordelaktig, da det er av sentral betydning å kunne velge sin kontraktspart.

Ved gjeldsforhandling og rekonstruksjon vil situasjonen være annerledes enn ved konkurs. Siktemålet ved rekonstruksjon og gjeldsforhandling er å sikre videre drift av *skyldnerens* virksomhet, og på denne måten hindre unødige konkurser. Dette formålet er særlig styrket ved rekonstruksjon, der det er innført flere muligheter for å nå målet om fortsatt drift. Leif Villars-Dahl nevner i sin utredning at en rekonstruksjon vil ha sin viktigste rolle blant annet i tilfeller hvor «virksomheten [under konkurs] sitter på rettigheter som ikke uten videre kan overdras til en ny juridisk enhet».¹⁸⁰ Dersom skyldner under rekonstruksjon gis anledning til å overdra sine kontrakter på tross av kontraktens egne bestemmelser om dette, vil begrunnelsen bak rekonstruksjonsforhandlingene på denne måten skorte. En annen sak er derimot at det ved rekonstruksjon med tvangsakkord er åpnet opp for at virksomheten og eiendelene til skyldner overdras til ny eier, jf. rekonstruksjonsloven § 34 første ledd nr. 4 og 5. Dette var det, som tidligere nevnt, ikke adgang til ved de tidligere reglene om gjeldsforhandling. Skyldnerens kontrakter vil imidlertid omfattes av ordlyden skyldnerens «virksomhet». Det kan likevel ikke legges til grunn at skyldneren av denne grunn har anledning til å overføre sine kontrakter ved en slik overføring av virksomheten, dersom kontrakten inneholder et overdragelsesforbud. Det vil likevel være en fordel for både skyldner og erverver at kontraktene kan overføres.

I det videre skal jeg derfor drøfte om, og i tilfelle, i hvilke tilfeller skyldneren kan ha rett til å overdra sin kontraktsposisjon på tross av at kontrakten inneholder et overdragelsesforbud.

5.2 Overdragelse av kontraktsposisjoner etter gjeldende rett

En første forutsetning for en eventuell rett til å overdra en kontrakt i konkurssituasjoner, er at konkursboet trer inn i kontrakten.¹⁸¹ Ved rekonstruksjon og gjeldsforhandling er denne forutsetningen allerede oppfylt ved åpningen, siden utgangspunktet er at skyldners kontrakter løper videre.¹⁸² Denne forutsetningen bygger naturlig på at en ikke kan disponere over, herunder overdra, kontrakter hvor en ikke er part. Dette synet støttes av Borgarting

¹⁸⁰ Villars-Dahl (2016) s. 11-12.

¹⁸¹ Dekningsloven §§ 7-3 eller 7-10.

¹⁸² Dekningsloven § 7-3a

lagmannsretts uttalelser i LB-2004-43990. Lagmannsretten fremholder at boet ikke kunne overdra en fremleiekontrakt når det ble lagt til grunn at boet ikke hadde trådt inn i framleiekontrakten. Videre uttales det at det uansett er «uten betydning om [medkontrahenten] [...] kan anses å ha *hevet* fremleieavtalen».¹⁸³ Som nevnt i punkt 4.6 kan medkontrahenten heve kontrakten dersom boet ikke trer inn, jf. dekningsloven § 7-7 første ledd første punktum. Medkontrahenten har derimot ingen plikt til å heve, og kan derfor velge å fastholde kontrakten. Dersom medkontrahenten ikke hever, vil dette uansett ikke i seg selv medføre at boet gis anledning til å overdra kontrakten. Konkursboet må derfor tre inn i kontrakten, for at det kan benytte en eventuell rett til å overdra kontraktposisjonen.

Det alminnelige utgangspunktet er at kreditorposisjoner fritt kan overdras, mens debitorskifte krever medvirkning fra kreditor.¹⁸⁴ Utgangspunktet om debitorskifte er kommet til uttrykk i Rt. 2008 s. 969 (Marine Harvest). Dommen omhandlet spørsmålet om plikten til å levere en naturalytelse var overført fra opprinnelig debitor til ny debitor. Høyesterett uttaler at i forbindelse med debitorskifte/gjeldsovertakelse har kreditor rett til å forholde seg til opprinnelig debitor i stedet for gjeldsovertakeren, men har ikke rett til å forholde seg til begge.¹⁸⁵ Videre poengteres det at «[d]et er sikker norsk rett at kreditors valg av debitor ikke behøver å skje uttrykkelig, men også kan skje ved konkludent atferd». Av dette kan det utledes at et debitorskifte krever en form for medvirkning fra kreditor.

I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold vil begge parter inneha både debitor- og kreditorposisjon.¹⁸⁶ Ved for eksempel en leiekontrakt vil leietaker være pengedebitor og naturalkreditor, mens utleier er pengekreditor og naturaldebitor. Leietakers overdragelse av sin kontraktsposisjon vil dermed innebære et skifte av pengedebitorposisjonen, som da innebærer at kreditor får en ny debitor å forholde seg til når det gjelder innbetaling av leie etter kontrakten. I tillegg til pengeforpliktelsen vil det også være en rekke andre forpliktelser etter avtalen, alt ettersom hva kontrakten gjelder, og hva som er regulert.

Utgangspunktet om at debitorskifte krever en viss medvirkning fra kreditor, gjelder på generelt grunnlag, og regulerer ikke nødvendigvis den spesielle situasjonen der skyldneren er under konkurs, rekonstruksjon eller gjeldsforhandling. Likevel kan utgangspunktet tas til

¹⁸³ LB-2004-43990.

¹⁸⁴ Bergsåker (2020) s. 113.

¹⁸⁵ Rt. 2008 s. 969 avsnitt 28

¹⁸⁶ Giertsen (2019) s. 6.

støtte for at dersom en konkurs-, rekonstruksjon- eller gjeldsforhandlingssituasjon skulle gjøre unntak fra dette, må dette være uttrykkelig regulert.

Siden konkursboet ved inntreden, og skyldneren under rekonstruksjon/gjeldsforhandling, blir «berettiget og forpliktet på avtalens vilkår» er utgangspunktet at en må se hen til den aktuelle avtalen.

Dersom boet og skyldneren under rekonstruksjon/gjeldsforhandling gis en slik rett, innebærer dette et unntak fra utgangspunktet om at boet og skyldneren blir «berettiget og forpliktet på avtalens vilkår».¹⁸⁷ Dekningsloven kapittel 7 gir imidlertid noen unntak fra dette utgangspunktet, som er behandlet i kapittel 3 og 4. Dette taler for at dersom det skulle vært ytterligere unntak burde dette vært regulert i loven. Hensynet til retts teknisk enkle regler trekker også i denne retningen.

Dekningsloven § 7-10 fjerde ledd gir et slikt unntak under konkurs for avtaler om leie av fast eiendom. Det fremgår her at «[e]n avtalebestemmelse om at en leieavtale ikke kan overføres sammen med overføring av den virksomhet som drives i lokalet, ikke [er] bindende for konkursboet». Bestemmelsen må ses i sammenheng med husleieloven § 8-4 som åpner opp for at leier av lokale kan overføre leieretten sin i forbindelse med en overføring av den virksomhet som drives i lokalet, dersom utleier godkjenner. Husleieloven § 8-4 kan imidlertid fravikes i avtale, jf. husleieloven § 1-2 annet ledd. Dekningsloven § 7-4 fjerde ledd tar dermed sikte på tilfeller hvor leier og utleier har fraveket husleieloven § 8-4 i avtale. En slik avtalebestemmelse er boet dermed ubundet av etter dekningsloven § 7-10 fjerde ledd. På dette punktet gis konkursboet således en bedre rett enn det skyldneren opprinnelig hadde.

Dekningsloven § 7-10 fjerde ledd åpner dermed for at boet gis anledning til å overføre en leiekontrakt dersom erververen fortsetter «den virksomhet som drives i lokalet». Som følge av sammenhengen med husleieloven § 8-4 må det kunne antas at utleier likevel kan nekte boet å overdra leieretten «dersom den nye leierens forhold gir saklig grunn til det», jf. husleieloven § 8-4 tredje ledd. En slik forståelse gir også forarbeidene anvisning på,¹⁸⁸ og det antas også av teoretikere.¹⁸⁹ Medkontrahenten har dermed likevel en viss beskyttelse. Bestemmelsen

¹⁸⁷ Dekningsloven §§ 7-4 og 7-4a.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 23 (2003-2004) s. 50.

¹⁸⁹ Myhre (2005) punkt 3; Aasebø (2015) s. 347.

medfører slikt sett at utleier ikke lenger gis anledning til å nekte overdragelse på fritt grunnlag, som kunne vært tilfelle dersom dette fulgte av kontrakten.

Under konkurs har boet følgelig mulighet til å overdra skyldnerens leieavtale, for eksempel avtale om leie av et butikklokale, dersom overdragelsen skjer sammen med den virksomheten som fra før drives i lokalet, på tross av at avtalen stenger for dette. Dekningsloven § 7-10 fjerde ledd er dermed et unntak fra at boet er «forpliktet på avtalens vilkår» etter dekningsloven § 7-4 første ledd.

Dekningsloven inneholder ikke flere uttrykkelige bestemmelser som gjør boet ubundet av avtalte overdragelsesforbud. Følgelig åpner ikke dekningsloven for unntak fra avtalte overdragelsesforbud dersom boet ønsker å overdra en avtale om leie av fast eiendom enkeltvis, altså uten ved overdragelse sammen med den virksomhet som drives i lokalet. Heller ikke ved andre typer kontrakter. For rekonstruksjon og gjeldsforhandling foreligger det ingen særlige hjemler for å gjøre unntak fra et avtalt overdragelsesforbud. Det kan derfor spørres om dekningsloven § 7-10 fjerde ledd kan anvendes analogisk på slike tilfeller. For å kunne godta analogisk anvendelse på generelt grunnlag, oppstilles det et grunnkrav om at de hensyn som lovbestemmelsen bygger på i det vesentlige er de samme som de tilfeller lovbestemmelsen søkes overført til.¹⁹⁰ Også andre forhold må trekkes inn i vurderingen. Dersom lovteksten er av en særlig positivrettslig art, kan dette føre til at lovbestemmelsen ikke gir grunnlag for analogislutninger.¹⁹¹

Begrunnelsen for unntaket i dekningsloven § 7-10 fjerde ledd er relativt konkret utformet i forarbeidene. Etter forarbeidene har bestemmelsen sin bakgrunn i å forsøke å sette en stopper for «enkelte planlagte konkurser, bl.a. i serveringsbransjen».¹⁹² Formålet bak bestemmelsen er således å hindre at en slik form for konkursplanlegging benyttes. Overdragelsesforbud i næringsleiekontrakter vil uansett kunne settes til side i tilfeller hvor kontraktspartene hadde en annen hensikt med forbudet, enn en konkursplanlegging. Likevel kan den konkrete begrunnelsen og formålet bak bestemmelsen tas til støtte for at det ikke bør åpnes for analogisk anvendelse i andre tilfeller. Et annet forhold som går igjen i dekningslovens regler er at konkursboet/skyldner ofte gis en bedre stilling ved slike avtaler, enn ellers. Begrunnelsen

¹⁹⁰ Skoghøy (2018) s. 64. Bjørn Løvteit, *Pantsettelse av immaterialrettigheter*, Oslo 2021 s. 310.

¹⁹¹ Skoghøy (2018) s. 64.

¹⁹² Ot.prp. nr. 23 (2003-2004) s. 50

for det er at tilgang til virksomhetens lokaler er viktig, både for en rasjonell avvikling av boet og for at skyldner skal kunne fortsette sin virksomhet. Ved overdragelsestilfellet treffer riktignok ikke denne begrunnelsen helt, men det vil nok bidra til å øke muligheten for salg av den virksomheten som drives i lokalet. Dette gjør seg også gjeldende på andre typer kontrakter som er sentrale for virksomhetens drift. Dersom bestemmelsen gis analogisk anvendelse på andre typer kontrakter vil dette imidlertid stride mot det grunnleggende prinsipp om avtalefrihet, og en kontraktspart sin rett til valg av kontraktspart. Selv om dekningsloven ved en spesifikk type kontrakt innebærer et unntak fra et avtalt overdragelsesforbud, kan det ikke anses tilstrekkelig grunn til å gjøre unntak ved andre tilfeller.

Det må således undersøkes om det finnes andre grunnlag for en overdragelsesmulighet, til tross for et avtalt overdragelsesforbud.

I relasjon til overdragelsesforbud i kontrakter om finansiell leasing, har noen teoretikere tatt til orde for at et slikt forbud ikke bør kunne gjøres gjeldende overfor et konkursbo.¹⁹³ Og at kreditorene derved bør kunne få rett til å nyttiggjøre seg den verdien som ligger i leasingkontrakten, ved overdragelse til tredjemann. Både Nyheim og Brækhus knytter sin argumentasjon til analogier fra private beslagsforbud i dekningsloven kapittel 3.¹⁹⁴ Reglene om private beslagsforbud går i korthet ut på at giver kan ved overdragelse av et formuesgode ta forbehold om at kreditorer ikke kan søke dekning i formuesgodet ved mottakers konkurs.¹⁹⁵ Slike private beslagsforbud er bare tillatt ved overdragelser uten vederlag. Grunnlaget for analogien hevder Nyheim og Brækhus ligger i det forhold at leasingkunden har foretatt innbetalinger på leasingkontrakten, og det er på grunn av disse innbetalingen at kontrakten får en formuesverdi.¹⁹⁶ Og dermed må det forhold at det er ytt slikt vederlag føre til at verdien i kontrakten ikke kan ilegges beslagsforbud. Drejer-Dølvik argumenterer på den annen side imot en slik bruk av analogier fra reglene om private beslagsforbud til reglene om inntredelse (og dermed en eventuell overdragelse etter inntreden).¹⁹⁷ Dette begrunner hun blant annet

¹⁹³ Nyheim (1994) punkt 3; Brækhus (1969) punkt V avsnitt 7.

¹⁹⁴ Det må bemerkes at artikkelen til Brækhus ble skrevet før dekningsloven, slik at på det tidspunktet var det ikke dekningsloven kapittel 3 som regulerte private beslagsforbud.

¹⁹⁵ Se dekningsloven § 3-1 første ledd.

¹⁹⁶ Nyheim (1994) punkt 3; Brækhus (1969) punkt V avsnitt 7.

¹⁹⁷ Drejer-Dølvik (2021)

med at dette er et område som i nokså stor grad er lovregulert, og at det av den grunn ikke bør godtas å foreta slike analogier.

Etter dette kan det konkluderes med at konkursboet og skyldner under rekonstruksjon ikke gis større rett til å overdra kontrakten enn kontrakten selv bestemmer.

6 Avsluttende betraktninger

Avhandlingen har vist at medkontrahentens rettsstilling er svekket ved rekonstruksjon, sammenlignet med gjeldsforhandlingsreglene. For det første er rettsstillingen svekket ved at heving som en medkontrahent har foretatt fire uker før rekonstruksjonens åpning, mister sin virkning ved åpningen, gitt at vilkårene ellers er oppfylt.¹⁹⁸ For det andre er omfanget av sikkerhetsstillelsen som medkontrahenten har krav på ved avtalens videreføring under rekonstruksjon, minimert fra en termin til to uker om gangen. Herunder er det ved rekonstruksjonsloven også innført en omfangsbegrensning ved forskuddsbetaling, som altså ikke var tilfellet ved gjeldsforhandlingsreglene eller ved konkurs.¹⁹⁹

Avhandlingen har dertil vist at medkontrahenten løper en større risiko ved skyldnerens rekonstruksjon eller gjeldsforhandling, enn vedkommende ville gjort ved skyldnerens konkurs. Risikoen viser seg dersom rekonstruksjonen mislykkes, og det åpnes konkurs. I et slikt tilfelle vil medkontrahentens fordring i tiden fra åpning av rekonstruksjon til åpning av konkurs, dekkes som dividendefordring, og ikke som massefordring i annen klasse under konkursbehandlingen.²⁰⁰ I tillegg er medkontrahentens rettsstilling usikker i en periode, fordi medkontrahenten ikke har en interpellasjonsrett ved rekonstruksjon, slik som under konkurs.

Selv om rettsstillingen til en medkontrahent er svekket ved rekonstruksjon sammenlignet med gjeldsforhandling, må det bemerkes at disse endringene, i kombinasjon med andre endringer som er foretatt ved rekonstruksjonsloven, kanskje er nødvendige for at selskaper har en reell mulighet til å unngå konkurs. Som vist i punkt 1.2, har gjeldsforhandlingsreglene blitt svært lite brukt. Det har derfor vært nødvendig med en omlegging av reglene. Antallet hittil vellykkede rekonstruksjoner viser allerede reglenes fordeler. Alternativet konkurs vil kunne føre med seg samfunnsmessige uheldige konsekvenser i de tilfeller virksomheten kunne blitt

¹⁹⁸ Se nærmere punkt 4.2.

¹⁹⁹ Se nærmere punkt 3.3.3.

²⁰⁰ Se nærmere punkt 3.3.1.

reddet ved en nødvendig omlegging, og vil i mange tilfeller svekke hele kreditorfellesskapet. Selv om en medkontrahent kan berøres av rekonstruksjonen ved at kontrakten enten blir oppsagt førtidig, eller kontrakten omfattes av rekonstruksjonen, vil ikke dette nødvendigvis medføre at medkontrahenten stilles dårligere enn ved konkurs. Konsekvensen vil nok heller bli det motsatte. En fordringshaver, rekonstruktør eller kreditorfellesskapet kan blant annet begjære at en rekonstruksjon ikke skal stadfestes, og i så fall «kan retten nekte stadfestelse» dersom den tilbudte dividende «står i vesentlig mislighold til [...] hvilken dekning som kan forventes ved konkurs», jf. rekonstruksjonsloven § 49 første ledd nr. 2 bokstav b. Det kan imidlertid ikke utelukkes at medkontrahenten kan få et større tap under rekonstruksjon, sammenlignet med konkurs. Hvorvidt medkontrahenten stiller svakere eller sterkere under rekonstruksjon sammenlignet med konkurs, vil variere ut fra det konkrete forholdet, og kan heller ikke utelukkende vurderes basert på reguleringen av selve kontraktsforholdet.

Referanseliste

Norske lover

1984	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).
1984	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
1992	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).
1999	Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven).
1999	Lov 3. september 1999 nr. 72 om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.
2020	Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

Norske lovforarbeider

NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp. nr. 50 (1980-1981)	Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m.

NOU 1993: 16	Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v
Ot.prp. nr. 26 (1998-1999)	Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.
Ot.prp. nr. 23 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs og i enkelte andre lover
Prop. 75 L (2019-2020)	Om lov om endringer i lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs og i enkelte andre lover
Innst. 244 L (2019-2020)	Innstilling fra justiskomiteen om Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven)
Innst. 48 L (2021-2022)	Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i rekonstruksjonsloven (forlengelse av lovens virketid)

Norske rettsavgjørelser

Høyesterett	Rt. 1999 s. 408
	Rt. 2008 s. 969
Lagmannsretten	LG-1995-1026
	LB-2004-43990

Litteratur

Juridisk teori og artikler

- Aasebø (2015) Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Madsen, Siv Sandvik, *Dekningsloven: med kommentarer*, Gyldendal 2015.
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, M.H. Andenæs 2009.
- Bergsåker (2020) Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 4. utg., Gyldendal 2020.
- Brækhus (1969) Brækhus, Sjur, «Leasing – et alternativ til kjøp på avbetaling med eiendomsforbehold?» *Lov og rett* 1969/8, årgang 8, s. 385-415.
<https://doi-org.mime.uit.no/10.18261/ISSN1504-3061-1969-08-01>
- Ellingsæter (2020) Ellingsæter, Sjur Swensen og Marie Meling, «Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger» *Tidsskrift for forretningsjus* 2020/1-2, Årgang 22, s. 52-82.
<https://doi-org.mime.uit.no/10.18261/issn.0809-9510-2020-01-02-03>
- Giertsen (2019) Giertsen, Johan, *Kontrakter – ytelse og pris*, Universitetsforlaget 2019.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011.
- Hartz-Hanssen (2002) Hartz-Hanssen, Petter, Jørn Lyngstad, Rune Tystad og Kjell Woldseth, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Den norske Revisorforening 2002.

- Huser (1987) Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs: I*, Juristinformasjon 1987
- Haaskjold (2017) Haaskjold, Erlend, *Obligasjonsrett: en innføring*, Universitetsforlaget 2017.
- Koefoed (2021) Koefoed, Nils Holger og Harald Sommernes, «Karnov lovkommentar til dekningsloven.» I *Lovdata Pro* (2021) hentet 04.01.2021.
- Løvteit (2021) Løvteit, Bjørn, *Pantsettelse av immaterialrettigheter*, Universitetsforlaget 2021.
- Løvold (2015) Løvold, Vibeke Irene, *Brækhus' Omsetning og kreditt 1: Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*, Universitetsforlaget 2015.
- Myhre (2005) Myhre, Reidar, «Overføring av leieretter til næringslokaler» *Tidsskrift for eiendomsrett* 2005/1, Årgang 1, side 31-63. <https://doi-org.mime.uit.no/10.18261/ISSN0809-9529-2005-01-03>
- Nazarian (2012) Nazarian, Henriette, (med bidrag fra Anna Nylund) *Konkursrett*, Cappelen Damm Akademisk 2012.
- Nordtveit (2017) Nordtveit, Silje Karine, *Når oppstår en fordring*, Cappelen Damm 2017.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2004.
- Nyheim (1994) Nyheim, Per, «Konkursbeslag i leasingkundens rett etter standardkontrakten om finansiell leasing» *Lov og rett* 1994/3-4, Årgang 33, s.

169-191.

<https://doi-org.mime.uit.no/10.18261/ISSN1504-3061-1994-03-04-03>

Opdal (2020)

Opdal, Erling, Eirik Riddervold, Leif Villars-Dahl, «QA, Rettsdata Konkurs og inndrivelse» *Rettsdatas redaksjonelle kommentarer*, 2020.

<https://min.rettsdata.no/Dokument/gREDKOMz2D2020z2E12z2E06z5FQA?dq=rekonstruksjon%20i%20leieforhold> (hentet 04.01.2021)

Sandvik (1985)

Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett: utdrag*, Universitetsforlaget 1985.

Skoghøy (2018)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Wiker (2003)

Wiker, Håvard og Knut Ro, *Konkursloven Kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2003.

Wiker

Wiker, Håvard, *Norsk Lovkommentar: Dekningsloven*, note 248, Rettsdata.no (lest 10.01.2022).

Nettsider

Regjeringen (2020) Regjeringen, «Omfattende tiltak for å bekjempe koronaviruset», 12.03.2021
<https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/smk/pressemeldinger/2020/nye-tiltak/id2693327/>

Hopland (2020) Sindre Hopland, «Norges første konkursbeskyttelse: - Hadde ikke fungert med de gamle reglene» *E24*, 30. august 2020,
<https://e24.no/naeringsliv/i/opdVBM/norges-foerste-konkursbeskyttelse-hadde-ikke-fungert-med-de-gamle-reglene>

- Fondevik (2021) Fondevik, Harald, «Stor nedgang i talet på konkursar», 27. oktober 2021
<https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/konkurser/statistikk/opna-konkursar/artikler/stor-nedgang-i-talet-pa-konkursar> (lest 3. januar 2022).
- Statistisk sentralbyrå (2021) Statistisk sentralbyrå, «Opna konkursar» Tabell 08551, Statistikkvariabel: Føretakskonkursar, ekskl. einskildpersonføretak, 22.12.2021
<https://www.ssb.no/statbank/table/08551/> (lest 3. januar 2022).
- Funnemark (2021) Funnemark, Nina Schanke, Cecilie Solum, «Skatteinnkreving under koronakrisen», 26.01.2021
<https://www.skatteetaten.no/presse/nyhetsrommet/skatteinnkreving-under-koronakrisen/> (lest 8. desember 2021)
- Brønnøysundregistrene (2021) A Brønnøysundregistrene, «Statistikk fra Konkursregisteret», 2. desember 2021
<https://www.brreg.no/produkter-og-tjenester/statistikk/statistikk-fra-konkursregisteret/> (lest 8. desember 2021)
- Brønnøysundregistrene (2021) Brønnøysundregistrene, «Kunngjøringer»
https://w2.brreg.no/kunngjoring/kombisok.jsp?datoFra=11.05.2020&datoTil=30.11.2021&id_region=0&id_niva1=110&id_bransje1=0 (lest 30. november 2021)
- Brønnøysundregistrene (2021) Brønnøysundregistrene, «Kunngjøringer»
https://w2.brreg.no/kunngjoring/hent_alle.jsp?kid=20200001001321&sokeverdi=912698424&spraak=nb (lest 8. desember 2021)

Annet

- Drejer-Dølvik (2021) Drejer-Dølvik, Linn, «Den årlige konkursrettsdagen i Oslo 2021: Leksjon 7: Leasingavtaler» *Juristenes Utdanningscenter*, [Opptak fra kurs], 3. august 2021.

- Wiker (2021) Wiker, Håvard og Jon Skjørshammer, «Den årlige konkursrettsdagen i Oslo 2021: Evaluering av den nye rekonstruksjonsloven» *Juristenes Utdanningscenter*, [Opptak fra kurs], 3. august 2021.
- Kierulf (2021) Kierulf, Anine, «Håvard Wiker om rekonstruksjonen av Norwegian og Tintin på toalettet.» *Takk og lov*. [Podkast], 22.09.2021.
<https://podtail.com/en/podcast/takk-og-lov-med-anine-kierulf/-28-havard-wiker-om-rekonstruksjonen-av-norwegian/>
- Konkursrådet (2020) Konkursrådet, «Innspill til permanente regler om rekonstruksjon», 14.12.2020. Konkursrådet (2020)
https://www.regjeringen.no/contentassets/50415aff1fb8342dc8c6a6c1a5770bd44/konkursradets_innspill_til_permanente_regler_om_rekonstruksjon.pdf
- Villars-Dahl (2016) Villars-Dahl, Leif, «Rekonstruksjon i turbulente tider: Dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer: Utredning med forslag til nye regler om rekonstruksjon etter konkursloven», 29. februar 2016.
<https://www.regjeringen.no/contentassets/7ebc47eaba664515969a1765477e8a16/utredning-av-leif-villars-dahl-word.pdf>

