

Debitors avtaler under gjeldsforhandling

Vår-06

Kandidatnummer: 443

Veileder: Arne Tjaum

Leveringsfrist: 25.04.2006

Til sammen 17 807 ord

17.06.2006

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Overblikk	1
1.2	Definisjoner og avgrensninger	2
1.3	Rettslig plassering	4
DEL I: AVTALER SOM INNGÅS FØR GJELDSFORHANDLING ER ÅPNET		
2	DEBITORS ADGANG TIL Å INNGÅ AVTALER FØR GJELDSFORHANDLING ER ÅPNET	7
AVTALENES STILLING NÅR GJELDSFORHANDLING ÅPNES		
3	OPPFYLTE AVTALER	9
4	UOPPFYLTE KONTRAKTERS STILLING UNDER GJELDSFORHANDLING	11
4.1	Når kommer reglene i dekningsloven kapittel 7 til anvendelse?	11
4.2	Hovedregelen for debitors kontrakter under gjeldsforhandling	14
4.2.1	Tilbakeholds- og stansingsrett	15
4.3	Unntak fra hovedregelen om at partene er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår	19
4.3.1	Kreditors rett til å kreve oppfyllelse eller sikkerhet etter deknl. § 7-5	19
4.3.2	Tilbakeleveringsplikt etter deknl. § 7-9	22
4.3.3	Utvidet oppsigelsesadgang	23
5	HEVING	27
5.1	Heving etter deknl. § 7-7	28
5.2	Heving på grunnlag av ”avtalens art”	33
5.3	Avtaleklausuler om heving ved illikviditet	36
6	ERSTATNING	39
6.1	Erstatning etter deknl. § 7-8	39

6.2	Erstatning etter dekl. § 7-6	41
7	DEN ANNEN PARTS DEKNINGSRETT NÅR GJELDSFORHANDLING ÅPNES	42
7.1	Virkningen av at avtalen holdes utenfor gjeldsordningsforslaget	42
7.2	Virkningen av at avtalen omfattes av gjeldsordningsforslaget	43
7.3	Hvilke avtaler omfattes av gjeldsordningsforslaget?	44
7.3.1	Kreditor har særskilt dekningsadgang	44
7.3.2	Kreditor har ingen særlig dekningsadgang	46
7.3.3	Løpende avtaler	48
DEL II: AVTALER SOM INNGÅS ETTER AT GJELDSFORHANDLING ER ÅPNET		
8	ADGANG TIL Å INNGÅ AVTALER UNDER GJELDSFORHANDLING	51
8.1	Debitors adgang til å inngå avtaler etter kkl. § 14	51
8.2	Retten til å disponere over pantsatt driftstilbehør og varelager	60
9	DEKNINGSRETT FOR AVTALER INNGÅTT UNDER GJELDSFORHANDLING	65
9.1	Dekningsrett når gjeldsforhandlingen er vellykket	65
9.2	Dekningsrett når gjeldsforhandlingen går direkte over i konkurs	66
10	LITTERATURLISTE	70
10.1	Lover	70
10.2	Forarbeider	70
10.3	Rettspraksis	71
10.4	Teori	71

1 Innledning

1.1 Overblikk

Tittel for oppgaven er ”Debitors avtaler under gjeldsforhandling.” Under denne problemstillingen skal jeg se nærmere på hvilke virkninger åpning av gjeldsforhandling har på debitors avtaler.

Idet gjeldsforhandling åpnes blir avtalenes stilling endret, i tillegg til at debitors adgang til å inngå nye avtaler blir innskrenket. Tidspunktet for åpningen av gjeldsforhandling er således et skjæringspunkt av stor betydning for debitors avtaler. Det blir derfor naturlig å behandle problemstillingen i to deler: Avtaler som inngås før gjeldsforhandling er åpnet (del I), og avtaler som inngås etter at gjeldsforhandling er åpnet (del II).

I del I vil jeg først se på hvilke avtaler debitor kan inngå før han kommer inn under gjeldsforhandling. Deretter vil jeg gå grundig inn på hvilken virkning åpningen av gjeldsforhandling har på disse avtalene. Til slutt blir fordringshavernes dekningsrett diskutert.

I del II konsentrerer jeg meg om hvilke avtaler debitor har adgang til å inngå mens han er under gjeldsforhandling. Deretter blir de nye kreditorenes dekningsrett behandlet.

1.2 Definisjoner og avgrensninger

Gjeldsforhandling er en ordning for skyldnere med økonomiske problemer. Det er derfor et vilkår for åpning av gjeldsforhandling at skyldneren ”ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”, jf. kkl.¹ § 1. Under gjeldsforhandlingen forsøker gjeldsnemnda² i samarbeid med skyldneren å få fullstendig oversikt over dennes økonomi, for så å få i stand en avtale mellom debitor og kreditorene om ordning av gjelden.³ Loven regulerer to typer gjeldsforhandling: Frivillig gjeldsordning (som forutsetter aktivt eller passivt samtykke)⁴ og tvangsakkord (som kan gjennomføres selv om noen av kreditorene stemmer ned forslaget).⁵ I praksis er det svært vanlig med utenomrettslig gjeldsforhandling. Disse blir imidlertid ikke behandlet her.

Reglene om gjeldsforhandling er bygget på to hovedhensyn: Hensynet om å sikre videre drift og hensynet om å sikre kreditorene best mulig dekning for sitt utestående.

Debitor er under gjeldsforhandling fra fristdagen, det vil si fra ”det tidspunkt da begjæring om åpning av gjeldsforhandling kom inn til tingretten”, jf. deknl.⁶ §§ 1-4 og 1-1. Gjeldsforhandlingen varer til retten har mottatt melding om at debitor har inngått avtale med fordringshaverne om frivillig gjeldsordning, eller til det er avsagt rettskraftig kjennelse om tvangsakkord eller innstilling av gjeldsforhandling.⁷ Gjeldsforhandlingen er også avsluttet når det blir åpnet konkurs.⁸

¹ Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58.

² Kkl. § 7.

³ Kkl. §§ 21, 22, 23 og 30.

⁴ Konkursloven kapittel V.

⁵ Konkursloven kapittel VI.

⁶ Dekningsloven av 8. juni 1984 nr. 59.

⁷ Kkl. § 58.

⁸ Kkl. § 57.

I denne oppgaven brukes begrepet ”avtaler” om avtaler av rettslig og økonomisk art, det vil si de tilfellene der debitor disponerer rettslig over sine formuesgoder. Det er bare disse typer avtalene som har betydning ved gjeldsforhandling.

En avtale er gjensidig bebyrdende, og blir inngått mellom to eller flere parter. Ensidige tilsagn, så som gavetilsagn, kan man ikke sette rettskraft bak. Disse faller derfor utenfor tema for oppgaven.

Det er videre klart at ensidige forpliktelser som debitor er pålagt, så som plikt til å betale merverdiavgift, ikke er avtalebaserte og derfor faller utenfor problemstillingen i denne oppgaven.

Debitor er en som skylder andre ytelser av økonomisk verdi. I denne oppgaven er debitor alltid den som blir tatt under gjeldsforhandling.

Etter kkl. § 1 kan en ”skyldner” begjære åpning av gjeldsforhandling. Den naturlige språklige forståelsen av begrepet ”skyldner” er enhver som kan påta seg rettslige økonomiske forpliktelser, og som ikke ennå har oppfylt disse.

Debitor under gjeldsforhandling kan være enhver juridisk eller fysisk person med rettslig handleevne. Dette innebærer at alle selskaper (AS, ASA, ANS, enkeltmannsforetak, DA, selskap med begrenset ansvar, kommandittselskaper og partsrederier), stiftelser og foreninger kan være debitor under gjeldsforhandling, så lenge de er et selvstendig rettssubjekt. I tillegg kan fysiske personer være debitor under gjeldsforhandling etter konkurslovens regler. For fysiske personer finnes det imidlertid også regler om gjeldsforhandling i gjeldsordningsloven av 17. juli 1992, nr. 99. Dette skyldes at det ofte gjør seg gjeldende andre hensyn bak gjeldsforhandling for private personer enn for virksomheter. I denne oppgaven er jeg interessert i å se på gjeldsforhandling som et redskap for å redde virksomheter fra konkurs. Gjeldsforhandling etter gjeldsordningsloven blir derfor ikke behandlet, og ”debitor” vil i utgangspunktet være et foretak. Videre vil

debitor være en skyldner som omfattes av norsk lov, gjeldsforhandling etter andre lands rettssystemer blir ikke behandlet her.

1.3 Rettslig plassering

Gjeldsforhandlingsordningen ble etablert ved vedtakelsen av konkursloven av 8. juni 1984 nr. 58, og erstattet den gamle akkordforhandlingsordningen i lov av 6. mai 1899 nr.1. Debtors avtaler under gjeldsforhandling og dekningsretten for fordringhaverne reguleres av lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59.

Reglene om gjeldsforhandling er behandlet i felles forarbeider til konkursloven og dekningsloven. Komiteens forslag i NOU 1972: 20 ble med få unntak fulgt opp i Ot.prp.nr.50 (1980-81)⁹, Ot.prp.nr.39 (1982-83) og Innst.O.nr.56 (1983-1984).

Konkursloven og dekningsloven ble endret ved lov av 3. september 1999 nr. 72. Forslagene fremsatt av Falkangerutvalget i NOU 1993: 16 ble i det vesentlige fulgt opp i Ot.prp.nr.26 (1998-99) og i Inst.O.nr.77 (1998-99). I den nye loven ble de fleste av reglene i dekningsloven kapittel 7 forandret. Det ble gitt egne regler for gjeldsforhandling i håp om at bestemmelsene skulle bli lettere å anvende.

Når det i oppgaven henvises til NOU 1972: 20 eller NOU 1993: 16, er det forslag som senere har blitt fulgt opp og vedtatt av Stortinget.

Det finnes svært lite litteratur om gjeldsforhandling generelt, og om gjeldsforhandlingsåpningens virkning på debtors avtaler spesielt. Reglene om hvilken virkning åpningen av gjeldsforhandling har på debtors allerede inngåtte avtaler, har imidlertid sterke likhetstrekk med reglene som gjelder for debtors avtaler under konkurs.

⁹ Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 36 og s. 139.

Derfor har konkursrettslig litteratur stor verdi ved tolkningen av reglene for debtors avtaler under gjeldsforhandling.

Reglene om debtors adgang til å inngå avtaler mens han er under gjeldsforhandling, skiller seg imidlertid klart fra reglene som gjelder når debitor kommer under konkurs.

Konkursrettslig litteratur har derfor ingen overføringsverdi ved drøftelsen i oppgavens del II. Det finnes imidlertid noe litteratur om konkurslovens regler for gjeldsforhandlingstilfellene.

Etttersom denne oppgaven dreier seg om avtaler og de virkningene gjeldsforhandlingsåpningen har på disse, står obligasjonsrettslige regler helt sentralt i drøftelsene. Obligasjonsrettslig litteratur og rettspraksis har derfor stor betydning ved drøftelsene i oppgaven.

Det finnes nesten ikke rettspraksis om gjeldsforhandling.

Del I:

Avtaler som inngås før gjeldsforhandling er åpnet

2 Debitors adgang til å inngå avtaler før gjeldsforhandling er åpnet

Hovedregelen i norsk kontraktsrett er avtalefrihet. Det innebærer at alle juridiske og fysiske personer med rettslig handleevne kan inngå avtaler. Disse står i utgangspunktet fritt til å bestemme hva de skal inngå avtale om, og til å bestemme de nærmere vilkårene i avtalen.

Utgangspunktet er at alle lovlige opprettede virksomheter er rettslige subjekter med uinnskrenket rettslig handleevne.

Grunnprinsippet om avtalefrihet og rettslig handleevne gjelder så langt ikke annet er sagt, det vil si så lenge det ikke finnes preseptoriske regler som innskrenker en parts rettslige handleevne, eller forbyr spesielle avtalevilkår. Det finnes en rekke lovregler som forbyr parter å inngå spesielle typer avtaler, for eksempel avtaler om prissamarbeid, jf. krrl.¹⁰ § 3-1. Det finnes også regler som innskrenker en parts rettslige handleevne for eksempel under konkurs, jf kkl. § 100.

Når en virksomhet drives på normalt vis, finnes det ingen regler som innskrenker selskapets rettslige handleevne. Dette innebærer at en bedrift i utgangspunktet har sin fulle rettslige handleevne i behold, slik at den fritt kan inngå avtaler.

¹⁰ Konkurranseloven av 11. juni 1993 nr. 65.

Når en virksomhet kommer i økonomiske vanskeligheter begrenses imidlertid den rettslige handleevnen. Eksempler finnes i strl.¹¹ §§ 283 a, 284 og 285. Etter § 285 kan en som driver sin virksomhet på kreditorenes regning straffes om han påfører dem tap gjennom ”grovt uordentlig forretningsførsel”. Straffeloven setter altså en ytre grense for debitors rettslige handleevne, selv om gjeldsforhandling ikke ennå er åpnet. Det følger imidlertid av ordlyden i bestemmelsene at det skal svært mye til før debitor blir avskåret fra å inngå avtaler på dette tidspunktet.

¹¹ Straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10.

Avtalenes stilling når gjeldsforhandling åpnes

3 Oppfylte avtaler

Oppfylte avtaler er avtaler der både debitor og kreditor har oppfylt sine forpliktelser i henhold til kontrakt før gjeldsforhandling åpnes. Avtalene har derfor i utgangspunktet ingen virkning ved gjeldsforhandlingsåpningen.

Ifølge dekl. § 5-1 gjelder imidlertid reglene om omstøtelse ”ved forhandling om tvangsakkord”. Etter dekl. §§ 5-11 og 5-12 kan ”boet” da kreve disposisjoner omstøtt. Under gjeldsforhandling opprettes det ikke noe bo. Det følger imidlertid av forarbeidene at ”omstøtelseskravet skal gjøres gjeldende av gjeldsnevnden” når debitor er under forhandling om tvangsakkord.¹²

Begrunnelsen bak reglen er at ”illojale eller presumptivt illojale disposisjoner over debitors formue til skade for hans kreditorer bør i prinsippet ikke opprettholdes når det ved bobehandlingen viser seg at bomassen ikke er tilstrekkelig til dekning av gjelden ... Ved offentlig forhandling om tvangsakkord synes kreditorene å ha et rimelig krav på at mulighetene for omstøtelse blir tatt i betraktning når man skal vurdere hvilken akkorddividende debitor kan og bør betale ... En slik omgjøring kan være nødvendig for at akkorddividenden skal komme opp til lovens minimum”.¹³

Årsaken til at omstøtelsesreglene ikke gjelder under frivillig gjeldsordning er at gjeldsordningsforslaget da må aksepteres av alle kreditorene (enten ved passivitet eller

¹² NOU 1972: 20 s. 284.

¹³ ibid. s. 283.

uttalt aksept).¹⁴ Ordningen regnes således som avtalebasert. Under tvangsakkord kan en kreditor derimot bli nødt til å godta gjeldsordningsforslaget mot sin vilje. Det er da rimelig at han kan kreve at illojale disposisjoner blir omstøtt.

Når omstøtelige disposisjoner er gjennomført før åpning av gjeldsforhandling, kan gjeldsnemnda kreve at kreditor fralegger seg den berikelsen han har fått (jf. dekl. § 5-11 om virkningen av de objektive omstøtelsesreglene) eller erstatter tapet boet har blitt tilføyd (se dekl. § 5-12 om virkningen av den subjektive omstøtelsesregelen). Dette innebærer at kreditor må gi fra seg verdien av det mottatte som overskrider det han ville fått utbetalt etter dividenden,¹⁵ levere tilbake det mottatte eller betale et erstatningsbeløp. Hvis kreditor må levere tilbake det mottatte vil avtalen være uoppfylt fra debitors side, og kreditors krav blir da behandlet likt med krav i andre delvis uoppfylte avtaler.¹⁶

For debtors avtaler som er oppfylt før gjeldsforhandlingsåpningen, blir spørsmålet om oppfyllelsen er omstøtelig etter dekl. § 5-5 (objektiv omstøtelsesregel) eller etter § 5-9 (den subjektive omstøtelsesregelen). Hvorvidt den enkelte disposisjon er omstøtelig er et omfattende spørsmål. Reglene gjelder likt når debitor kommer under konkursbehandling, og er drøftet utførlig i teorien.¹⁷¹⁸ Bestemmelsene er videre ikke sentrale for problemstillingen i denne oppgaven, og vil derfor ikke ble behandlet her.

¹⁴ Kkl. § 25.

¹⁵ Kapittel 7.2.

¹⁶ Kapittel 4 til 7.

¹⁷ Huser, Kristian, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3, Bergen, 1993.

¹⁸ Andenæs, Mads Henry, Konkurs, 2. utg., Oslo, 1999, del IV.

4 Uoppfylte kontrakters stilling under gjeldsforhandling

Med uoppfylte kontrakter menes avtaler som er sluttet før åpning av gjeldsforhandling, men som ved åpningen ikke er fullstendig oppfylt av partene. Det finnes to typer uoppfylte kontrakter. Den ene typen er løpende kontrakter. Dette er kontrakter om kontinuerlige ytelser som løper i en avtalt periode, eller så lenge de ikke blir sagt opp. I tillegg har vi avtaler om engangsprestasjoner. Disse kan være delvis uoppfylte eller fullstendig uoppfylte. Spørsmålet i det følgende er hvilken virkning åpningen av gjeldsforhandling har på alle disse avtalene.

4.1 Når kommer reglene i dekningsloven kapittel 7 til anvendelse?

Avtalenes stilling når gjeldsforhandling åpnes reguleres i utgangspunktet av dekningsloven kapittel 7, jf. dekl. § 1-6, 2. ledd. I dekl. § 7-1 står det imidlertid: ”Reglene i dette kapittel kommer bare til anvendelse når ikke annet følger av andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart.”

Dette innebærer antitetisk at bestemmelsene i kapittel 7 alltid kommer til anvendelse når det ikke finnes spesielle lovregler som regulerer avtalen, eller den har en egenart som gjør at reglene i kapitlet ikke lar seg anvende. Ut fra en umiddelbar forståelse av ordlyden er reglene altså preseptoriske, slik at de aldri kan fravikes ved avtale. Hovedhensynet bak reglene om gjeldsforhandling i dekningsloven kapittel 7 er imidlertid å sikre debtors videre drift. Avtaler som gir debitor en bedre stilling enn lovens regler, vil således være med på å ivareta formålet bak reglene. Det er derfor adgang til å fravike reglene i kapittel 7, hvis avtalen gir debitor en mer fordelaktig stilling enn etter lovens regler.¹⁹

¹⁹ NOU 1972: 20 s. 310.

Reglene i dekningsloven kapittel 7 kommer heller ikke til anvendelse når ”annet følger av andre lovbestemmelser”. Bestemmelsen er en presisering av det ulovfestede spesialitetsprinsippet. Etter vphl.²⁰ § 10-2 kan motegningsavtaler for visse typer finansielle instrumenter ”gjøres gjeldende uten hinder av dekningsloven ... § 7-3”. Den kan også fravikes ved sluttavregningsavtaler som omfattes av lov om finansiell sikkerhetsstillelse²¹ § 6. Bestemmelsene innebærer at det ved avtaler om verdipapir og finansiell sikkerhet er adgang til å fravike dekn. § 7-3 til skade for debitor.²²

Det viktigste unntaket fra hovedregelen om at dekningsloven kapittel 7 gjelder for debtors avtaler under gjeldsforhandling, er at reglene kan fravikes når ”annet følger av ... rettsforholdets egenart”.

Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden gjelder unntaket for alle avtaler som avviker fra de normale kontraktstypene. Bestemmelsene i kapittel 7 er laget med tanke på ukompliserte kontraktstyper, så som avtaler om kjøp av kurante varer og om leie av lokaler, og vil gjerne slå uheldig ut for kontrakter av mer kompliserte art. Unntaket fremstår således som en tilpasningsregel, slik at reglene kan fravikes der de fører til et uheldig resultat.

Det følger imidlertid av forarbeidene at det skal langt mer til for at unntaket kommer til anvendelse. Bestemmelsen er gitt fordi reglene ”ikke lar seg anvende når det gjelder sterkt avvikende kontraktstyper, eller at de for slike typers vedkommende fører til klart uheldige resultater”.²³ Det er altså ikke tilstrekkelig at kontrakten avviker noe fra normalmønsteret, det skal være en kontrakt av helt spesiell art for at reglene i dekningsloven kapittel 7 skal kunne fravikes.

²⁰ Verdipapirhandelloven av 19. juni 1997 nr. 79.

²¹ Lov om finansiell sikkerhetsstillelse av 26. mars 2004 nr. 17.

²² Kapittel 5.3.

²³ NOU 1972: 20 s. 310.

Som eksempel på en avtale av spesiell art, kan nevnes en franchiseavtale mellom et eiendomsmeglerfirma og en eiendomsmeglerkjede om å drive eiendomsmegling under kjedens navn. Etter emgll.²⁴ § 2-3, 1. ledd, nr. 5 må et eiendomsmeglerfirma være ”i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”. Hvis ikke må kredittilsynet kalle tilbake eiendomsmeglerbrevet, jf. § 2-9. Som nevnt over²⁵ vil debitor alltid være ute av stand til å oppfylle sine forpliktelser når gjeldsforhandling åpnes. Dermed må kredittilsynet kalle tilbake eiendomsmeglerbrevet når debitor kommer under gjeldsforhandling. Uten dette kan ikke firmaet drive eiendomsmegling, og selve forutsetningen for franchiseavtalen er således borte. Hvis reglene i dekningsloven kapittel 7 kommer til anvendelse, skal avtalen som hovedregel løpe videre²⁶ etter åpningen av gjeldsforhandling. Når forutsetningen for avtalen er borte, vil dette være svært urimelig å kreve. En franchiseavtale om eiendomsmegling har dermed en egenart som gjør at den blir unntatt fra virkeområdet til kapittel 7 på grunn av ”vedkommende rettsforholds egenart”. For avtaler av en slik art, har lovgiver lagt til grunn at det er mer hensiktsmessig at domstolene får frihet til å anvende andre regler.²⁷

Andenæs legger til grunn at bestemmelsen om rettsforholdets egenart ikke omfatter avvikende trekk i avtalen. Det at en avtale inneholder spesielle vilkår, gjør altså ikke at den er unntatt fra anvendelsesområdet til dekningsloven kapittel 7. Det må være avtalen i seg selv som er av en helt spesiell art.²⁸

Som eksempel på en avtale av vanlig art, men med avvikende trekk, kan nevnes en avtale om leie av lokaler der leien skal betales etterskuddsvis hvert femte år. Betalingsvilkårene i avtalen er uvanlige. Likevel er en avtale om leie av lokaler mot betaling en avtale av en helt

²⁴ Eiendomsmeglingsloven av 16. juni 1989 nr. 53.

²⁵ Kapittel 1.2.

²⁶ Deknl. § 7-3a, 1. ledd.

²⁷ NOU 1972: 20 s. 310.

²⁸ Andenæs, op. cit., s. 151.

vanlig art. De usedvanlige vilkårene endrer ikke dette. Rettsforholdet har altså ikke en egenart som gjør at det blir unntatt fra anvendelsesområdet til kapittel 7.

Det skal med andre ord svært mye til for at en avtale kommer inn under unntaket om ”vedkommende rettsforholds egenart”. De aller fleste avtaler vil altså, selv om de har uvanlige trekk, komme inn under anvendelsesområdet til dekningsloven kapittel 7.

4.2 Hovedregelen for debtors kontrakter under gjeldsforhandling

Hovedregelen for uoppfylte kontrakter som reguleres av dekningsloven kapittel 7, er at avtalene ”løper videre etter åpning av gjeldsforhandling”, jf. dekl. § 7-3a, 1. ledd.

At en avtale løper videre, vil normalt bety at avtaleforholdet er upåvirket av gjeldsforhandlingsåpningen. Dermed er det heller ikke grunnlag for å tro at det er nødvendig å kreve at gjeldsnemnda foretar seg noe for å sikre at avtaleforholdet fortsetter som før.

Denne forståelsen bekreftes i forarbeidene: ”Det er ikke nødvendig med noen særskilt inntreden eller samtykke fra gjeldsnemndas side.”²⁹

Regelen begrunnes med praktiske hensyn. En skyldner som kommer under gjeldsforhandling, for eksempel en entreprenør, kan ha en rekke inngåtte og uoppfylte avtaler. Hvis gjeldsnemnda skal måtte vurdere og sørge for å gi sitt samtykke til alle disse avtalene idet gjeldsforhandling åpnes, ville det være lett bli en uoverkommelig oppgave. Dette synes unødvendig når utgangspunktet uansett er at debtors virksomhet skal drives videre. Regelen er altså et utslag av hensynet til å sikre videre drift.

²⁹ NOU 1993: 16 s. 115.

Virkningen av at en avtale løper videre under gjeldsforhandling er at ”skyldneren er ... fortsatt forpliktet og berettiget på avtalens vilkår”, jf. dekl. § 7-4a, 1. ledd.

Lovteksten er bare en presisering av bestemmelsen i § 7-3a, 1. ledd: Det at en avtale løper videre etter åpning av gjeldsforhandling, vil etter en naturlig språklig forståelse innebære at skyldneren fortsatt er forpliktet og berettiget i henhold til avtalen. Avtalen reguleres altså av alminnelige kontraktsrettslige regler også etter at gjeldsforhandling er åpnet.

Utgangspunktet er altså klart: Åpning av gjeldsforhandling har ingen innvirkning på debtors avtaler.

4.2.1 Tilbakeholds- og stansingsrett

Deknl. § 7-2 gir avtaleparten til en som har kommet inn under gjeldsforhandling ”rett til å holde tilbake sin ytelse” eller, hvis ytelsen allerede er avsendt, ”hindre at den blir overgitt til skyldneren”. Kreditor har altså tilbakeholds- og stansingsrett. Vilkåret for at denne retten skal oppstå er at ”skyldneren mangler midler til å oppfylle sin del av en gjensidig tyngende avtale”. Retten er altså en følge av det kontraktsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse, og blir utløst når debitor ikke makter å oppfylle sin del av avtalen.

Stansingsretten er en forlengelse av tilbakeholdsretten, og kreditor har stansingsrett helt til debitor kommer i besittelse av det leverte. Hvorvidt debitor er i besittelse av en ytelse, altså hvor lenge kontraktsparten har stansingsrett, er et tema som er behandlet vidtgående i litteraturen og i rettspraksis. Skjæringstidspunktet er det samme under gjeldsforhandling som under konkurs, og vil derfor ikke bli behandlet her.³⁰

Stansings- og tilbakeholdsretten gjelder for alle ”ytelser”. Den gjelder altså uavhengig av hva kontrakten går ut på. Bestemmelsen kommer med andre ord til anvendelse på alle debtors kontrakter som ikke er unntatt etter dekl. § 7-1.

³⁰ Andenæs, op. cit., s. 131-140.

For at avtaleparten skal kunne gjøre tilbakeholds- eller stansningsretten gjeldende må debitor være ute av stand til å oppfylle ”sin del av en gjensidig tyngende avtale”.

Lovgiver henviser her til en spesiell avtale. Det er altså ikke tilstrekkelig at debitor generelt har dårlig økonomi, han må mangle midler til å oppfylle den aktuelle avtalen.³¹ Åpning av gjeldsforhandling vil imidlertid normalt innebære betalingsstans.³² Dog hender det at debitor har midler til å oppfylle noen av sine forpliktelser. Dessuten har gjeldsnemnda muligheten til å gi debitor samtykke til å pantsette eiendom eller lignende, slik at han får likvider til å oppfylle den aktuelle avtalen.³³ Det vil derfor ikke alltid være slik at debitor er ute av stand til å oppfylle sin del av en avtale selv om han har kommet under gjeldsforhandling.

Debitors ytelse må imidlertid skje ”i rett tid”. Stansings- og tilbakeholdsretten kan altså være i behold selv om debitors betalingsproblemer bare er forbigående.³⁴ Når debitor er under gjeldsforhandling vil det oftest ta han noe tid å skaffe midler for å oppfylle en avtale.³⁵ Dermed vil han sjelden klarer å oppfylle i rett tid.³⁶ Kreditor vil altså i de aller fleste tilfeller ha tilbakeholds- og stansingsrett når debitor kommer under gjeldsforhandling.

Tilbakeholds- og stansingsretten opphører når ”sikkerhet blir stilt for motytelsen”. Dette er en konsekvens av prinsippet om ytelse mot ytelse: Når sikkerhet er stilt er kreditor garantert å få den motytelsen han har krav på. Hensynet bak tilbakeholds- og stansingsretten slår dermed ikke lenger til.

³¹ Huser, Kristian, Gjeldsforhandling og konkurs, bind I, Bergen 1987, s. 216.

³² *ibid.* s. 222.

³³ Kkl. § 14.

³⁴ Andenæs, *op. cit.*, s. 132.

³⁵ Kapittel 8.1.

³⁶ Huser, *op. cit.*, s. 217.

Avtaleparten har tilbakeholds- og stansingsrett ”selv om tidspunktet for skyldnerens ytelse ikke er kommet”. Bestemmelsen gir altså kreditor adgang til å stanse eller holde tilbake sin ytelse på grunn av forventet kontraktsbrudd, det vil si såkalt antesipert mislighold. Ordlyden i dekl. § 7-2 gir imidlertid ingen anvisning til hvilket krav som stilles til å bevise at debitor vil komme til å misligholde kontrakten. Dette er heller ikke diskutert nærmere i forarbeidene.

Retten til å stanse eller holde tilbake en ytelse ved antesipert mislighold er imidlertid et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp som har kommet til uttrykk i blant annet kjl.³⁷ §§ 10 og 61. Dekl. § 7-2 er dermed bare en presisering av at det alminnelige kontraktsrettslige prinsippet om tilbakeholds- og stansingsrett også gjelder når debitor kommer under gjeldsforhandling. Dette innebærer at forarbeidene til kjøpsloven har betydning ved tolkningen av hvor sterke beviskrav som må stilles til det antesiperte misligholdet etter dekl. § 7-2.

I forarbeidene til kjøpsloven står det at det ”må bedømmes konkret”, og at det kreves mindre klare bevis enn det som kreves ved heving for antesipert mislighold.³⁸ Både stansings- og tilbakeholdsretten er forføyelser av midlertidig art, og rammer dermed ikke debitor så sterkt som heving eller andre permanente forføyelser. Derfor kan det ikke stilles særlig strenge krav til bevis for at retten skal kunne gjøres gjeldende.³⁹

Det er imidlertid ikke ”nok med en løs antakelse om at oppfyllelse ikke vil skje. Den som vil bruke stansingsretten må ha forholdsvis sikre holdepunkter for at den annen part ikke kommer til å oppfylle en vesentlig del av sine plikter”.⁴⁰

³⁷ Kjøpsloven av 13. mai 1988 nr. 27.

³⁸ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 111.

³⁹ Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett, Oslo, 2003, s. 589.

⁴⁰ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s. 111.

Ved avtaler om ytelser av penger eller naturalia vil det at debitor er illikvid⁴¹ innebære en stor risiko for at han vil få problemer med å oppfylle avtalen. Når debitor har kommet under gjeldsforhandling, vil avtaleparten ved en slik avtale derfor ha mer enn en løs antakelse om at oppfyllelse ikke vil skje. Som utgangspunkt vil stansings- og tilbakeholdsretten da være i behold, så lenge skyldneren eller gjeldsnemnda ikke har signalisert ovenfor kontraktsparten at oppfyllelsen vil skje som avtalt.

Ved avtaler som utelukkende forutsetter personlig ytelse fra debitor, vil derimot åpning av gjeldsforhandling ikke nødvendigvis føre til at debitor får problemer med å oppfylle som avtalt. En advokat vil for eksempel normalt kunne gi juridisk rådgivning selv om firmaet kommer under gjeldsforhandling. Avtaler om personlige ytelser inneholder imidlertid svært sjelden vilkår om forskuddsbetaling, og tilbakeholds- og stansingsretten er dermed ikke praktisk i slike kontraktsforhold.

Hovedregelen er dermed at kreditor kan utøve tilbakeholds- og stansingsrett når debitor kommer under gjeldsforhandling.

Regelen om tilbakeholdsrett og stansingsrett er gitt for å verne den solvente kontraktspart,⁴² slik at balansen mellom avtalepartene blir opprettholdt. Det vil være urimelig å kreve at en part må levere sin ytelse hvis han må regne med å ikke få den motytelsen han har krav på. Dessuten har reglene en preventiv side: Hvis en avtalepart kan risikere å måtte gi fra seg sin ytelse selv om han vet han ikke vil få full gjenytelse, vil dette føre til at få vil inngå avtaler med skyldnere de tror har eller kan få økonomiske problemer. Regler som fører til at færre vil inngå avtaler med debitor, vil indirekte virke mot hensynet om å sikre debtors videre drift.

Ettersom dekl. § 7-2 stadfester at det alminnelige prinsippet om stansings- og tilbakeholdsrett også gjelder under gjeldsforhandling, bekrefter bestemmelsen

⁴¹ Kkl. § 1.

⁴² Andenæs, op. cit., s. 132.

utgangspunktet om at åpning av gjeldsforhandling ikke har noen innvirkning på debitors avtaler. Han er altså forpliktet og berettiget på avtalens vilkår.

4.3 Unntak fra hovedregelen om at partene er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår

4.3.1 Kreditors rett til å kreve oppfyllelse eller sikkerhet etter deknl. § 7-5

Deknl. § 7-5 gir den annen part rett til å kreve oppfyllelse eller sikkerhet når en "avtale" skal "løpe videre etter åpning av gjeldsforhandling". Det følger av ordlyden, og av sammenhengen med deknl. § 7-3a, 1. ledd, at bestemmelsen gjelder både for løpende avtaler og avtaler om engangsprestasjoner. Den kommer videre til anvendelse for avtaler om alle typer ytelser, så lenge de ikke er unntatt etter deknl. § 7-1.

Bestemmelsen gjelder når "tiden for hel eller delvis oppfyllelse fra den annen parts side" er "kommet". Lovgiver har ikke presisert om det med dette menes tidspunktet for kreditors frigjøringsstid, eller det tidspunktet han etter kontrakten må oppfylle. Etter alminnelige kontraktsrettslige regler vil kreditors rettigheter være knyttet til oppfyllestidspunktet. Ettersom hovedregelen under gjeldsforhandling er at avtalen skal løpe som normalt, må man legge alminnelige kontraktsrettslige regler til grunn så lenge ikke annet er sagt. Kreditors rettighet etter deknl. § 7-5 er altså knyttet til oppfyllestidspunktet. Regelen er dermed et utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse.

Etter deknl. § 7-5 kan kreditor når han skal oppfylle "kreve at en tilsvarende del av avtalen oppfylles eller ... at det stilles sikkerhet". Debitor kan velge om han vil oppfylle eller stille sikkerhet, og kreditors krav er i begge tilfelle begrenset til det han selv skal yte. Som sikkerhet menes panterrett, bankgaranti eller sikker kausjon.⁴³

⁴³ NOU 1972: 20 s. 315.

Lovgiver sier ingenting om at debtors oppfyllestidspunkt må ha kommet for at kreditors rett skal utløses. En naturlig tolkning er derfor at regelen gjelder uavhengig av om debitor etter kontrakten skal yte samtidig som kreditor, eller på et senere tidspunkt. Dette må også være meningen. Regelen er et resultat av det samme hensynet som regelen om stansings- og tilbakeholdsretten:⁴⁴ Den skal verne kreditor fra å måtte yte når det er uklart om han vil få den motytelsen han har krav på. Hensynet gjør seg like sterkt gjeldende når debitor skal yte i fremtiden, som når han skal yte samtidig med kreditor.

Dette innebærer at selv om det i kontrakten er avtalt at debitor skal få kreditt – for eksempel få varer som han betaler to uker etter levering – kan kreditor kreve motytelsen eller sikkerhet for denne når han selv leverer.

Regelen i § 7-5 går lengre enn regelen om tilbakeholds- og stansingsrett. Kreditor kan nemlig ”kreve” oppfyllelse eller sikkerhet. Han kan altså presse igjennom avtalen, istedenfor å passivt holde sin ytelse tilbake etter § 7-2. Bestemmelsen gir dermed kreditor et redskap for å sørge for at avtalen løper som avtalt. Retten går utover den han har etter alminnelig kontraktsrettslige regler, og er således et unntak fra hovedregelen om at åpningen av gjeldsforhandling ikke har noen innvirkning på debtors avtaler.

Kreditors rettighet etter dekl. § 7-2 er dessuten betinget av at ”skyldneren mangler midler til å oppfylle sin del av en gjensidig tyngende avtale”. Etter dekl. § 7-5 er det tilstrekkelig at debitor har kommet under gjeldsforhandling. Ettersom debitor normalt vil ha problemer med å oppfylle sine økonomiske forpliktelser under gjeldsforhandling, får imidlertid forskjellen sjelden betydning.

Dekl. § 7-5, 1. ledd, 2. punktum gir kreditor som har levert sin ytelse rett til å kreve oppfyllelse eller sikkerhet ”dersom ytelsen kunne vært krevd tilbake ... dersom avtalen

⁴⁴ Kapittel 4.1.2.

løper videre etter åpning av gjeldsforhandling.” Lovgiver sikter her til gyldig eiendomsforbehold om tilbakeføring av ytelsen, og til de tilfeller der ytelsen har kommet frem etter at gjeldsforhandling er åpnet.⁴⁵ Hvis avtalen ikke skal omfattes av gjeldsordningsforslaget, vil imidlertid kreditor uansett ha krav på å få ytelsen tilbake.⁴⁶ Bestemmelsen får derfor bare betydning hvis avtalen løper videre og omfattes av gjeldsordningsforslaget.^{47 48}

Deknl. § 7-5, 1. ledd, siste punktum gjør et unntak fra retten til å kreve sikkerhet ”for den del av motytelsen som den annen part allerede har oppnådd rettsvern for”. Når debitor for eksempel skal få varer på kreditt, er det vanlig at kreditor etter kontrakten har sikkerhet for ytelsen. En bilselger vil for eksempel normalt ha salgspant i den leverte bilen. Regelen i § 7-5, 1. ledd, siste punktum sørger altså for at kreditor ikke kan kreve dobbel sikkerhet. En slik ordning ville være unødig tyngende for debitor, og dermed være i strid med hensynet om å sikre videre drift.

Deknl. § 7-5, 2. ledd gir kreditor i en løpende avtale rett til å kreve sikkerhet. Da ”skal sikkerheten til enhver tid dekke den først forfalte termin”. Bestemmelsen er bare en presisering av regelen i 1. ledd anvendt på løpende avtaler.

Etter § 7-5, 3. ledd kan retten bestemme at ”det skal stilles sikkerhet også før den annen parts oppfyllestid er kommet eller i videre omfang enn nevnt”. Lovgiver har altså gitt en spesialregel for de tilfellene § 7-5, 1. ledd ikke gir kreditor tilstrekkelig beskyttelse. I forarbeidene brukes som eksempel salg av et kostbart spesialmaskineri som skal tilvirkes av selgeren.⁴⁹⁵⁰ Selgeren vil da bruke store ressurser i tilvirkningsprosessen og vil, om det

⁴⁵ NOU 1972: 20 s. 315.

⁴⁶ Deknl. § 7-9.

⁴⁷ NOU 1993: 16 s. 116.

⁴⁸ Kapittel 7.2.

⁴⁹ NOU 1972: 20 s. 316.

⁵⁰ Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 12.

senere viser seg at debitor ikke kan betale, sitte igjen med en kostbar maskin som han ikke får solgt. Han vil derfor ha et klart behov for at det blir stilt sikkerhet før han begynner å lage maskinen. Skifteretten må ved vurderingen ta i betraktning hvilken risiko det er for mislighold, hvilket tap den annen part kan lide og hvilke muligheter skyldneren har for å dekke et slikt ansvar.

Etter § 7-5, 4. ledd kan retten sette til side ”avtaler som skyldneren og den annen avtalepart har truffet om plikt til å stille sikkerhet ... dersom de er urimelig tyngende for ... skyldneren under gjeldsforhandling”. Regelen har en parallell til omstøtelsesreglene og regelen i § 7-3, 2. ledd som setter til side avtaler der insolvens gir rett til heving.⁵¹ Bestemmelsen er begrunnet med hensynet til å sikre videre drift.

En sikkerhet for ytelsen vil på grunn av faren for massekonkurs - det vil si faren for at skyldneren ikke har nok midler til å betale massekravene - gi kreditor en bedre stilling enn om han får et vanlig massekrav. Retten til å kreve sikkerhet er altså gitt for å verne den aktuelle avtaleparten, og dermed indirekte for å sikre at skyldneren før åpning av gjeldsforhandling får inngått kontrakter selv om hans økonomiske stilling er svak.

Når debitor blir pålagt å stille sikkerhet for alle sine kontrakter vil det imidlertid lett bli vanskelig for han å oppfylle. En vidtgående adgang for kreditor til å kreve sikkerhet vil derfor raskt ramme debitors virksomhet og gjøre det vanskelig å drive videre. Reglene i dekl. § 7-5 er således en avveining mellom hensynet til den annen part og hensynet til debitors videre drift.

4.3.2 Tilbakeleveringsplikt etter dekl. § 7-9

Deknl. § 7-9, 2. ledd kommer til anvendelse når ”den annen parts ytelse” er ”overgitt til skyldneren etter åpning av gjeldsforhandling”. Regelen regulerer de tilfellene der den annen parts oppfyllelse av kontrakten skjer samtidig som, eller rett etter at, debitor kommer

⁵¹ Kapittel 5.3.

under gjeldsforhandling. Den er beregnet på de tilfellene der kreditor ikke er klar over at gjeldsforhandling er åpnet.⁵² Debitor plikter da å ”levere ytelsen tilbake, foreta kontraktsmessig oppgjør eller stille sikkerhet for slikt oppgjør”. Regelen er således en forlengelse av § 7-5. Hvis kreditor ikke har vært klar over at gjeldsforhandling er åpnet, har han ikke kunnet sikre seg ved å kreve oppfyllelse eller sikkerhet,⁵³ eller holde tilbake sin ytelse. Lovgiver har da gitt debitor plikt til å gi kreditor de samme rettighetene. Debitor har dermed ingen fordel ved å forsøke å skjule at han har kommet under gjeldsforhandling. Deknl. § 7-9 gir altså kreditor en rettighet utover det han har krav på etter alminnelige kontraktsrettslige regler, og er således et unntak fra hovedregelen om at skyldneren er forpliktet og berettiget etter avtalens vilkår.

4.3.3 Utvidet oppsigelsesadgang

Deknl. § 7-6 regulerer debtors oppsigelsesadgang når ”avtalen løper videre etter åpning av gjeldsforhandling”. Uttrykket om at avtalen løper videre er også anvendt i dekl. § 7-3a, og omfatter da alle typer avtaler, det vil si både løpende avtaler og avtaler om engangsprestasjoner, deriblant avtaler om suksessive leveringer. Dette taler for at bestemmelsen i § 7-6 gjelder for alle typer avtaler.

I § 7-6, 1. ledd står det imidlertid at oppsigelsesadgangen gjelder ”uansett avtalens bestemmelser om oppsigelse”. Dette taler for at bestemmelsen bare gjelder for avtaler som inneholder oppsigelsesvilkår, det vil si løpende avtaler. Forarbeidene gir ingen klare uttalelser om forholdet. Det har vært uenighet rundt spørsmålet i teorien, men det ser nå ut til å være enighet om at bestemmelsen bare omfatter løpende avtaler.⁵⁴⁵⁵

⁵² NOU 1972: 20 s. 321.

⁵³ Deknl. § 7-5.

⁵⁴ Tjaum, Arne, Valuta- og renteswaper, Oslo, 1996, s. 367.

⁵⁵ Andenæs, op. cit., s. 163.

Deknl. § 7-6 gir debitor rett til å si opp en avtale ”uansett avtalens bestemmelser om oppsigelse,” og er således preseptorisk. Dette innebærer at avtalevilkår som gir debitor lang oppsigelsestid, ikke lenger har noen virkning når gjeldsforhandling åpnes.

Debitor kan isteden si opp avtalen ”med sedvanemessig varsel”, jf. dekl. § 7-6, 1. ledd. Sedvanemessig varsel er den oppsigelsestiden som vanligvis gjelder ved tilsvarende kontraktsforhold, enten regelen er lovfestet eller etablert praksis i vedkommende bransje. Hva som er sedvanemessig varsel varierer selvsagt mye mellom de forskjellige typer kontrakter, og beror på en avveining mellom behovet for den ene part til å få tid til å områ seg på, og den annen parts behov for å raskt kunne si seg løst fra kontrakten. For noen kontrakter kan to ukers oppsigelsesfrist være sedvanlig, mens det for andre kontraktsforhold normalt kreves seks måneder (se for eksempel sel.⁵⁶ § 2-32). Hvis det ikke finnes noen klar lov eller sedvane, skal debitor kunne si opp ”med tre måneders varsel”, jf. dekl. § 7-6, 1. ledd.

Deknl. § 7-6 gir altså debitor en utvidet oppsigelsesrett når han kommer under gjeldsforhandling. Den er således et unntak fra alminnelige kontraktsrettslige regler og hovedregelen om at debitor er berettiget og forpliktet på avtalens vilkår.⁵⁷ Regelen er begrunnet med hensynet om å sikre videre drift, samt å sikre kreditorene dekning.

Unntaksregelen kan imidlertid gå hardt utover den annen part. I næringslivet forekommer det relativt ofte at det inngås langsiktige avtaler som forutsetter betydelige investeringer. Bindingstiden er normalt reflektert i prisen, og er gjerne en betingelse for at den andre parten foretar de investeringene som er nødvendige for kontraktsoppfyllelsen.

Som eksempel kan nevnes at debitor er speditør med behov for en godsterminal tilpasset hans logistikksystem. Det inngås derfor en leieavtale der kreditor forplikter seg til å oppføre et bygg etter debtors behov, mot at debitor binder seg til avtalen i minst 15 år. Den

⁵⁶ Selskapsloven av 21. juni 1985 Nr. 83.

⁵⁷ Deknl. § 7-4a, 1. ledd.

lange bindingstiden gir kreditor sikkerhet for investeringene, og er således en forutsetning for at han bygger terminalen.

Hvis debitor kommer under gjeldsforhandling gir imidlertid deknl. § 7-6 han rett til å se bort fra oppsigelsesvilkåret i avtalen. Ettersom det ikke foreligger noen sedvanemessig oppsigelsestid for slike typer kontrakter, kan debitor si opp leieforholdet med tre måneders varsel. Skjer dette like etter at leieforholdet startet, blir kreditor sittende igjen med et bygg som han har investert mye penger i, men som han vanskelig får leid ut til andre.

Bestemmelsen slår dermed svært hardt ut ovenfor kreditor. Han kan riktignok kreve erstatning for tapet, men ettersom dette bare er dividendeberettiget,⁵⁸ får han normalt lite igjen for sine investeringer.

Debitor betaler vanligvis mindre når han binder seg for lang tid enn for en kortere periode. Dermed kan debitor stå ved avtalen så lenge prisen er gunstig, for så å si den opp idet den ikke lenger gir han fordeler utover det han normalt vil kunne oppnå på markedet. Deknl. § 7-6 kan således åpne for spekulasjon. Det er selvsagt ikke rimelig at åpningen av gjeldsforhandling skal gi debitor mulighet til spekulere på bekostning av kreditor.

På den annen side er det nødvendig for debitor å begrense kostnadene hvis gjeldsforhandlingen skal bli vellykket. Hvis han har en løpende kontrakt han ikke lenger har full nytte av, vil denne påføre han unødig kostnader, og dermed gå på bekostning av de eldre kreditorene. Hvis debitor påtar seg store massekrav, vil det dessuten være stor fare for at gjeldsforhandlingen veltes. Dette vil både være i strid med hensynet om å sikre kreditorene og hensynet til å sikre videre drift.

Den ekstraordinære oppsigelsesadgangen i deknl. § 7-6 går også klart på bekostning av forutsigbarheten i forretningslivet. Det er imidlertid aldri mulig å gjøre forretningslivet helt forutsigbart (debitor kan for eksempel gå konkurs slik at virksomheten oppløses). Lovgiver

⁵⁸ Kapittel 6.2.

har derfor funnet det nødvendig å gjøre dette unntaket fra de alminnelige kontraktsrettslige regler for å sikre en vellykket gjeldsforhandling.

5 Heving

Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp at en kontraktspart kan heve hvis det foreligger et vesentlig mislighold av kontrakten. Prinsippet er lovfestet i en rekke lover så som i kjl.⁵⁹ § 39, og gir den annen part rett til å heve hvis misligholdet er av et såpass omfang at det gir kreditor ”rimelig grunn til å si seg løst fra kontrakten”, jf. Rt. 1998 s. 1510 på s. 1518.

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt debtors åpning av gjeldsforhandling påvirker kreditors adgang til å heve en kontrakt inngått med debitor.

Dekningsloven § 7-3a, 1. ledd presiserer at hovedregelen for debtors kontraktsmessige forpliktelser under gjeldsforhandling også gjelder for heving: ”Åpningen gir ikke i seg selv den annen part rett til å heve avtalen med skyldneren.” Gjeldsforhandling har altså i utgangspunktet ingen innvirkning på kreditors hevingsadgang.

Hovedregelen er begrunnet med hensynet om å sikre videre drift. Hvis den annen part får rett til å heve fordi debitor kommer under gjeldsforhandling, vil de fleste av avtalene sannsynligvis bli hevet. Dermed blir det umulig for debitor å drive videre. Hvis debitor oppfylder som avtalt og gir kreditor sikkerhet for dette,⁶⁰ blir ikke kreditors stilling påvirket av gjeldsforhandlingsåpningen. Det er da heller ingen grunn til å gi kreditor utvidet hevingsrett.

⁵⁹ Kjøpsloven av 13. mai 1988, Nr. 27.

⁶⁰ Deknl. § 7-5.

5.1 Heving etter dekl. § 7-7

Deknl. § 7-7 regulerer kreditors hevingsrett under gjeldsforhandling. Den gir den annen part hevingsrett når debitor ”ikke oppfyller eller stiller sikkerhet etter § 7-5”, jf. § 7-7, 1. ledd, 2. punktum.

Deknl. § 7-5 regulerer den tidsmessige ytelsen av kontrakten.⁶¹ Ettersom § 7-7, 1. ledd, 2. punktum henviser til manglende oppfyllelse etter § 7-5, må man kunne legge til grunn at den gjelder hevingsrett ved tidsmessig avvik fra kontraktsmessig ytelse. Heving ved kvalitativt eller kvantitativt mislighold omfattes altså ikke av bestemmelsen i § 7-7, 1. ledd, 2. punktum.

Spørsmålet blir dermed hvilket tidsmessig avvik som kreves for at den annen part skal kunne heve avtalen etter § 7-7, 1. ledd, 2. punktum.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden utløses hevingsretten umiddelbart hvis kontraktsmessig ytelse ikke blir gitt, eller sikkerhet stilt. Dermed vil i utgangspunktet ethvert tidsmessig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse være hevingsgrunnlag.

Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene.

Etter gjeldsforhandlingsåpningen vil kreditor ha grunn til å frykte at debitor ikke vil klare å oppfylle i henhold til kontrakt. Hvis ytelse ikke har skjedd når oppfyllelestiden er kommet, er det dermed ikke rimelig å kreve at kreditor står ved avtalen. Hensynet til kreditor taler derfor for å tolke bestemmelsen i § 7-7, 1. ledd, 2. punktum bokstavlig.

Heving rammer imidlertid kontraktsparten hardt. Dette er årsaken til at det etter alminnelige kontraktsrettslige regler kreves mye for at beføyelsen kan gjøres gjeldende.⁶²

⁶¹ Kapittel 4.3.1.

⁶² Hagstrøm, op. cit., s. 410.

Når debitor kommer under gjeldsforhandling er målet å sikre videre drift. For at det skal la seg gjøre, er det nødvendig at kontraktene knyttet til virksomheten kan opprettholdes. Det vil dessuten ofte være vanskelig for debitor å inngå nye avtaler når han er under gjeldsforhandling. Heving vil altså ramme debitor under gjeldsforhandling minst like hardt som det rammer andre. En vid hevingsadgang for kreditor vil dermed være klart i strid med hensynet til den videre drift. Dette taler mot at bestemmelsen i § 7-7, 1. ledd, 2. punktum er ment å gi kreditor hevingsrett ved ethvert tidsmessig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse.

Når debitor kommer under gjeldsforhandling, vil han normalt trenge ekstra tid til å oppfylle kontrakten.⁶³ Hvis den annen part kan heve umiddelbart etter avtalt leveringstid, vil det i realiteten være umulig for debitor å drive virksomheten videre. Det må dermed være klart at bestemmelsen ikke kan tolkes helt bokstavlig.

Kreditor må altså gi debitor noe tid til å områ seg før han kan heve kontrakten. Han kan for eksempel gi debitor en påminnelse med en ny frist for oppfyllelse. Ut fra ordlyden og sammenhengen i § 7-7, er det likevel klart at det skal betydelig mindre til for at kreditor skal kunne heve under gjeldsforhandling enn etter alminnelige kontraktsrettslige regler. Det er altså på ingen måte nødvendig at debtors forsinkelse innebærer et vesentlig mislighold. Hvor lang tid som innrømmes må bero på en konkret helhetsvurdering, tilsvarende vurderingen som foretas etter alminnelige kontraktrettslige regler. Man må blant annet se på hvilken konsekvens forsinkelsen har for kreditor. Det vil for eksempel være naturlig å godta lengre forsinkelse fra debtors side hvis hans ytelse er en betaling, enn om han skal stille et fly til disposisjon for et flyselskap.

I dekl. § 7-7, 1. ledd, 3. punktum er det presisert at ”mislighold fra skyldnerens side ... kan den annen part også gjøre gjeldende som hevingsgrunn etter de regler som gjelder for vedkommende avtale”. Kontraktens regler og andre lovfestede og ulovfestede regler om

⁶³ Kapittel 8.1.

heving gjelder altså tilsvarende når det åpnes gjeldsforhandling. Kreditor kan etter disse bestemmelsene heve både ved kvalitativt, kvantitativt og tismessig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse. § 7-7, 1. ledd, 3. punktum er altså bare en presisering av hovedregelen om at debitor fortsatt er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår.

Hovedregelen gjelder imidlertid ikke hvis misligholdet ”står i direkte sammenheng med insolvensen”. Ordlyden er her lite treffende for gjeldsforhandlingstilfellene. Debitor vil ved åpningen være illikvid,⁶⁴ men sjelden insolvent. Med ”insolvensen” må man derfor legge til grunn at det i gjeldsforhandlingssammenheng menes illikviditeten.⁶⁵

Hevingen kan altså ikke skyldes mislighold som har oppstått fordi debitor har hatt problemer med å oppfylle sine økonomiske forpliktelser etter hvert som de forfaller. I forarbeidene er dette begrunnet med at ”medkontrahentenes opptreden har vist at de ikke ... har lagt avgjørende vekt på forsinkelsen” før debitor kom under gjeldsforhandling. Det er da ikke rimelig at kreditor skal kunne heve idet - og gjerne på grunn av at - debitor kommer under gjeldsforhandling.⁶⁶

Hvis debitor for eksempel ikke har betalt husleien til forretningslokalene han leier, vil dette normalt være et vesentlig kontraktsbrudd som gir kreditor rett til å heve. Er årsaken til at debitor ikke har betalt at han ikke har hatt penger til det, vil imidlertid misligholdet ha en direkte sammenheng med illikviditeten. Så lenge kreditor ikke har benyttet sin hevingsrett før debitor kom under gjeldsforhandling, kan han på grunn av unntaksregelen i dekl. § 7-7, 1. ledd, siste punktum ikke lenger heve kontrakten på dette grunnlaget.

Det forekommer imidlertid at betalingsmislighold fra debtors side ikke har noen sammenheng med illikviditeten. Hvis debtors manglende betaling for eksempel skyldes at han har rotet bort fakturaene, har ikke misligholdet noen sammenheng med illikviditeten.

⁶⁴ Kkl. § 1.

⁶⁵ Huser, op. cit., s. 219.

⁶⁶ NOU 1972: 20 s. 320.

Unntaksregelen kommer da ikke til anvendelse, og kreditors hevingsrett er fortsatt i behold når gjeldsforhandling åpnes.

Hvis debitor er en entreprenør som har inngått en avtale om levering av flere bygg til kreditor, kan han ha levert et bygg med vesentlige mangler. Disse manglene vil normalt gi hevingsrett før åpningen av gjeldsforhandling. Misligholdet har ingen sammenheng med illikviditeten. Kreditors hevingsrett vil derfor fortsatt være i behold når debitor kommer under gjeldsforhandling.

Deknl. § 7-3a, 2. ledd viser hvor skjæringspunktet for unntaksregelen går for leie av fast eiendom. Hvis debitor har misligholdt avtalen, kan kreditor bare heve "dersom begjæring om fravikelse er mottatt hos namsmannen eller tingretten før åpningen av gjeldsforhandlingen." Det nytter altså ikke for den annen part å påberope seg at han var i ferd med å heve. Regelen i § 7-3a, 2. ledd er begrunnet med rettstekniske hensyn, og setter en absolutt grense for når heving på grunn av insolvensen kan skje. Regelen er svært praktisk ettersom debitor ofte vil forsømme å betale leien i rett tid når han får økonomiske problemer.

Åpningen av gjeldsforhandling har altså en klar innvirkning på den annen parts hevingsrett, og er således et unntak fra hovedregelen om at debitor er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår. Bestemmelsen innebærer at kreditor lettere kan heve når debitor misligholder kontrakten etter at gjeldsforhandling er åpnet. På den annen side mister kreditor sin rett til å heve på grunnlag av mislighold før gjeldsforhandlingsåpningen, hvis dette hadde sammenheng med debtors illikviditet. Det siste unntaket går klart i debtors favør, og kan således være motiverende for at debitor velger å begjære åpning av gjeldsforhandling: Det kan hindre at kontrakter som er viktige for hans virksomhet blir hevet. Dermed får han bedre mulighet til å ordne opp i sin økonomiske situasjon uten å måtte avbryte driften.

Etter dekl. § 7-7, 2. ledd kan kreditor i utgangspunktet ikke heve hvis han "helt eller delvis" har "levert sin ytelse".

Kreditor er altså avskåret fra å heve for det han har levert før gjeldsforhandlingsåpningen. Heving innebærer full restitusjon av ytelsene. Hvis kreditor kunne heve med virkning for en ytelse levert før gjeldsforhandlingsåpningen, ville dette innebære at han fikk tilbake det leverte istedenfor å få dividende for sitt krav. En slik ordning ville innebære en forskjellsbehandling mellom kreditorene. Derfor har lovgiver hindret en slik adgang.

Kreditor kan imidlertid heve hvis ”det er tatt gyldig forbehold om tilbakeføring av ytelsen”, jf. § 7-7, 2. ledd. Med forbehold menes her eiendomsforbehold som er tatt i sikringsøyemed.^{67 68}

Kreditor kan også heve ”dersom ytelsen var en pengeytelse”, jf. § 7-7, 2. ledd, første punktum. I siste punktum står det imidlertid at han bare har ”krav på dividende av pengeytelse som skal tilbakeføres på grunn av heving”. Kreditor vil altså ikke få et normalt hevingsoppgjør med full restitusjon av ytelsene, men bli avspist med en dividende. ”Hevningsretten vil derfor bare være av betydning for medkontrahenten i tilfelle hvor den inngåtte avtale har vist seg å bli ugunstig for ham rent prismessig.”⁶⁹

Regelen i § 7-7, 2. ledd er sørger altså for at alle som har levert sin ytelse før gjeldsforhandlingsåpningen blir behandlet likt.

Det følger dessuten av dekl. § 7-7 at åpningen av gjeldsforhandling innebærer en rekke endringer i kreditors hevingsrett.

⁶⁷ *ibid.* s. 321.

⁶⁸ Kapittel 7.3.1.1.

⁶⁹ *I.c.*

5.2 Heving på grunnlag av "avtalens art"

Lovgiver har oppstilt flere unntak fra hovedregelen om at åpning av gjeldsforhandling ikke gir den annen part utvidet rett til å heve. Etter dekl. § 7-3, 2. ledd, jf. dekl. § 7-3a, 1. ledd, siste punktum har kreditor "rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art".

Ut fra en umiddelbar forståelse av ordlyden kreves det her at den annen part eksplisitt krever seg løst fra avtalen på grunn av avtalens art. Hvorvidt det er meningen å kreve en slik aktiv og begrunnet handling sies det ikke klart i forarbeidene. Tjaum tolker imidlertid forarbeidene slik at regelen også er ment å omfatte de tilfellene der den annen part indirekte påberoper insolvensen som opphørsgrunn på grunn av avtalens art.⁷⁰

Insolvensen gir altså kontraktsparten rett til å heve i visse tilfeller. Hevingen må imidlertid begrunnes i "avtalens art". Det følger av lovteksten at avtalen må ha særtrekk som innebærer at det vil være urimelig å kreve at kontraktsparten står ved avtalen når debitor kommer inn under gjeldsforhandling. Gjeldsforhandlingen må altså forutsettes å få en innvirkning på avtaleforholdet.

I forarbeidene står det at bestemmelsen "kan sees som en spesialutforming av prinsippet i dekl. § 7-1: For visse kontraktstyper ligger det i kontraktens art at insolvensen er en relevant bristende forutsetning".⁷¹ Reglene i kapittel 7 kommer som nevnt ikke til anvendelse når annet følger av vedkommende "rettsforholds egenart". Hvis avtalen har en egenart som gjør det urimelig å anvende dekningsloven regler på den, vil regelen i § 7-3, 2. ledd overhodet ikke komme til anvendelse. Det følger da av sammenhengen at vilkåret om "avtalens art" favner videre enn vilkåret om "vedkommende rettsforholds egenart".

⁷⁰ Tjaum, op. cit., s. 358.

⁷¹ NOU 1972: 20 s. 313.

I forarbeidene utdypes det videre at ”det som bestemmer kontraktens ”art” er i denne sammenheng ikke bare de deklatoriske eller preseptoriske rettsregler som gjelder for kontrakten, men også kontraktens individuelle regler”.⁷² Vilkåret om ”avtalens art” gjelder altså, i motsetning til regelen om rettsforholdets egenart, når en kontrakt har vilkår som gjør at den avviker fra normale kontrakter. Hevingsretten etter ”avtalens art” kommer til anvendelse når det på grunn av gjeldsforhandlingsåpningen vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende (avtl.⁷³ § 36), eller åpningen av gjeldsforhandling innebærer en bristende forutsetning som gjør at avtalen må falle bort.⁷⁴

Ved gjeldsforhandling får imidlertid unntaksregelen om ”avtalens art” langt mindre betydning enn under konkurs. I konkurstilfellene får kreditor en ny kontraktspart å forholde seg til, ettersom konkursboet trer inn istedenfor debitor. Dermed vil det ved kontrakter av personlig art, for eksempel en avtale om at debitor skal utføre advokatarbeid, være urimelig å kreve at den annen part skal stå ved kontrakten. Selv om debitor under gjeldsforhandling er underlagt gjeldsnemndas tilsyn,⁷⁵ vil han være det samme subjektet som før gjeldsforhandling ble åpnet,^{76 77} - han ”beholder ... rådigheten over sin forretning”.⁷⁸ Dermed er det utelukket å innrømme hevingsrett som følge av at kontrakten forutsetter personlig ytelse.

En kontrakt kan heller ikke heves på grunnlag av ”avtalens art” fordi den er langsiktig.⁷⁹ Erfaring viser at de fleste gjeldsforhandlinger ender med konkurs.⁸⁰ Det er derfor naturlig om kreditor som har inngått en langsiktig avtale med debitor ønsker å heve når

⁷² I.c.

⁷³ Avtaleloven av 31. mai 1918, Nr 4.

⁷⁴ Huser, op. cit., s. 220.

⁷⁵ Kapittel 8.1.

⁷⁶ Ot.prp.nr.24 (1998/1999) s. 254.

⁷⁷ NOU 1993: 16 s. 115.

⁷⁸ Kkl. § 14, 1. ledd.

⁷⁹ NOU 1993: 16 s. 115.

⁸⁰ Ot.prp.nr.26 (1998-99) s. 25.

gjeldsforhandling åpnes. Likevel er formålet med gjeldsforhandlingen å sikre videre drift. Det vil derfor ikke være like problematisk for kreditor å stå ved en langsiktig kontrakt under gjeldsforhandling som ved konkurs. Hensynet til videre drift taler klart mot at den annen part får hevingsrett i slike tilfeller, og lovgiver har her latt dette hensynet veie tyngre enn hensynet til kontraktsparten.

Når debitor kommer under gjeldsforhandling er den eneste forandringen at han er i en konstatert dårlig økonomisk stilling. Følgende kan opphørsgrunnen etter "avtalens art" ved gjeldsforhandling bare være knyttet til avtaler der debitors likviditet er en sentral forutsetning. I forarbeidene til loven av 1984 nevnes som eksempler "kredittavtaler, garantiavtaler og avtaler om stiftelse av et ansvarlig selskap".⁸¹ Det står imidlertid ingenting om det forskjellige utslaget regelen vil få for gjeldsforhandling kontra konkurs. I forbindelse med endringsloven i 1999 sa utvalget: "For enkelte kontrakttyper bør imidlertid medkontrahenten kunne heve avtalen som følge av at det åpnes gjeldsforhandlinger. Dette gjelder særlig kredittavtaler og garantitilsagn. Åpning av gjeldsforhandlinger er et klart og utvetydig tegn på debitors betalingsproblemer og kan betraktes som en casual og synbar bristende forutsetning. Hvor det derimot skal skje en gjensidig utveksling av kontraktsytelser, gjør ikke de samme hensyn seg gjeldende."⁸²

Kreditor vil altså ikke kunne heve på grunnlag av avtalens art når kontrakten forutsetter samtidige ytelser. Hvorvidt kreditor skal kunne heve en kontrakt der han skal levere på et tidligere tidspunkt enn debitor, beror imidlertid på om åpningen av gjeldsforhandling må anses som en relevant bristende forutsetning for den aktuelle avtalen.

Debitor kan for eksempel ha inngått en låneavtale med en bank. Ved konkurs vil en plikt til å oppfylle et lånetilsagn opphøre på grunn av "avtalens art", jf. Rt. 1910 s. 534. Etter uttalelsene i forarbeidene, må man kunne legge til grunn at tilsvarende må gjelde hvis debitor kommer under gjeldsforhandling. Banken vil normalt ha foretatt en kredittvurdering

⁸¹ NOU 1972: 20 s. 313.

⁸² NOU 1993: 16 s. 115.

før lånetilsagnet ble gitt, og hvis det etter den tid har skjedd drastiske negative endringer i debitors økonomiske situasjon, for eksempel som følge av drastisk og uventet fall i markedet, vil dette være en bristende forutsetning. Det vil således være urimelig å kreve at banken står ved sitt lånetilsagn når gjeldsforhandling er åpnet. Banken kan altså heve avtalen.

Som nevnt over⁸³ vil en avtale om leie av lokaler uansett vilkårene i leiekontrakten bli behandlet av reglene i dekningsloven kapittel 7. Hvis debitor etter avtalen skal betale for leie av lokalet etterskuddsvis hvert femte år, er imidlertid avtalens vilkår av en helt spesiell art. Den fremstår da som en leieavtale med kredittilsnitt. Når debitor kommer under gjeldsforhandling vil dette innebære en stor risiko for at den annen part om fem år ikke vil få den leien han har krav på. Det vil da være urimelig å kreve at kreditor skal stå ved avtalen. Han må altså kunne påberope illikviditeten som opphørsgrunn etter avtalens art.

5.3 Avtaleklausuler om heving ved illikviditet

I dekningsloven § 7-3, 2.ledd, jf. § 7-3a, 1. ledd, siste punktum står det:

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

Tilpasset gjeldsforhandlingstilfellene innebærer regelen at en avtale som gir kreditor videre adgang til å heve når debitor er illikvid, i utgangspunktet er uten virkning idet debitor kommer under gjeldsforhandling. Regelen er begrunnet med at en skyldner normalt vil se på gjeldsforhandling som en fjern mulighet. Han vil da ikke ha noen motforestillinger om å inngå slike avtaler. Avtalene vil dessuten først og fremst være skadelige for hans kreditorer. Dermed innebærer avtalen at debitor i realiteten regulerer tredjemanns stilling, og lovgiver har ikke funnet det rimelig at disse skal kunne gjøres gjeldende.⁸⁴

⁸³ Kapittel 4.1.

⁸⁴ NOU 1972: 20 s. 310-311.

Ifølge forarbeidene vil imidlertid en slik klausul kunne være ”et av flere momenter som kan legges til grunn ved vurdering av hva bestemmelsen om heving som følge av ”avtalens art” egentlig innebærer”.⁸⁵ Dermed vil et kontraktsvilkår som utvider den annen parts rett til å heve under gjeldsforhandling være et moment som, sammen med andre momenter, kan føre til at den annen part likevel får heve kontrakten.

Som nevnt over⁸⁶ gjelder reglene i dekningsloven kapittel 7 bare ”når ikke annet følger av andre lovbestemmelser”. Ifølge lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 kan ”avtale om sluttavregning ... gjøres gjeldende uten hinder av dekningsloven ... § 7-3”.

Ut fra ordlyden gjelder unntaket hele bestemmelsen i deknl. § 7-3.

I forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse drøftes unntaksregelen bare i henhold til boets adgang til såkalt ”cherry picking”. Denne retten reguleres i § 7-3, 1. ledd, og kommer ikke til anvendelse ved gjeldsforhandlingstilfellene. Regelen i 2. ledd, som er den eneste i bestemmelsen som får betydning under gjeldsforhandling⁸⁷ blir overhodet ikke nevnt. Dette taler for å tolke § 6 slik at det bare er meningen å sette til side bestemmelsen i deknl. § 7-3, 1. ledd, men ikke i 2. ledd.

Det står imidlertid i forarbeidene at det er for enkelthetsskyld at de bare nevner konkurstilfellene.⁸⁸ Unntaksbestemmelsen i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 må dermed også gjelde for deknl. § 7-3, 2. ledd, slik at den får innvirkning på gjeldsforhandlingstilfellene.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse kommer til anvendelse på avtaler ”med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser”, jf. § 2, a). Avtalen kan etter § 1, 4. ledd

⁸⁵ NOU 1993: 16 s. 115.

⁸⁶ Kapittel 4.1.

⁸⁷ Deknl. § 7-3a, 1. ledd, siste punktum.

⁸⁸ Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 47.

være ”inngått mellom enhver juridisk person og en institusjon som nevnt i tredje ledd”. I tredje ledd nevnes institusjoner som finansinstitusjoner, forvaltningsselskaper med mer. Loven gjelder altså hvis debitor for eksempel har inngått en avtale med en bank om å få et lån, mot at banken får finansiell sikkerhet, for eksempel en gjenkjøpsavtale.

I lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 er det bare et vilkår at det foreligger en ”avtale”. Etter alminnelige avtalerettslige regler vil både muntlige og skriftlige avtaler være gyldige. Ut fra ordlyden i § 6 vil det derfor være naturlig å trekke at også muntlige sluttavregningsavtaler omfattes. I forarbeidene står det imidlertid at ”det er kun skriftlige bestemmelser om sluttavregning som omfattes av lovforslaget”.⁸⁹

Unntaksbestemmelsen gjelder bare for avtaler om sluttavregning. Sluttavregning er nærmere definert i § 6, 2. ledd, og innebærer at partene kan avtale at avtaleforholdet skal avsluttes, og gjøres opp ved på forhånd avtalte kriterier. De kan altså avtale at sluttavregning skal skje hvis debitor for eksempel kommer under gjeldsforhandling. En slik avtale innebærer at den annen part får videre adgang til å heve på grunn av skyldnerens illikviditet. Hvis dekl. § 7-3 hadde kommet til anvendelse ved disse avtalene, ville de derfor vært uten virkning ved gjeldsforhandlingsåpningen. Etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 vil sluttavtalen imidlertid stå seg, selv om debitor kommer under gjeldsforhandling.

Unntaksbestemmelsen i § 6 går på bekostning av hensynet om å sikre debtors videre drift. Avtaler om finansiell sikkerhet er imidlertid sjelden en del av debtors daglige drift, og bestemmelsen går dermed ikke nevneverdig på bekostning av dette hensynet. Lovgiver har derfor valgt å la dette hensynet vike for å ”styrke det finansielle markedet og ivareta hensynet til finansiell stabilitet”.⁹⁰

⁸⁹ Ot.prp.nr.22 (2003-2004) s. 67.

⁹⁰ Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 1, 1. ledd.

6 Erstatning

6.1 Erstatning etter deknl. § 7-8

Deknl. § 7-8 regulerer den annen parts rett til erstatning under gjeldsforhandling. Den kommer til anvendelse ”dersom en avtale faller bort eller blir hevet som følge av at det åpnes gjeldsforhandling”.

Etter ordlyden gjelder bestemmelsen bare i de tilfellene der det er gjeldsforhandlingsåpningen som fører til at avtalen faller bort eller blir hevet. Den regulerer altså ikke de tilfellene der avtalen blir hevet som følge av at skyldnerens ytelse var mangelfull eller lignende.

Hvis debitor ikke oppfyller eller stiller sikkerhet etter deknl. § 7-5, er dette et klart eksempel på at avtalen blir hevet som følge av at det åpnes gjeldsforhandling. Den annen part kan da kreve erstatning etter deknl. § 7-8.⁹¹

Etter lovendringen i 1999 skal bestemmelsen også ”dekke erstatning ved andre hevningsgrunnlag eller bortfallsgrunner” enn etter § 7-5.⁹² Dermed vil den annen part nå kunne kreve erstatning i medhold av § 7-8 for heving som for eksempel skyldes avtalens art. Som nevnt over⁹³ kan en som leier ut lokaler mot etterskuddsvis betaling på fem år heve etter avtalens art. Han vil da ha hevet som følge av at det åpnes gjeldsforhandling, og dermed ha krav på erstatning etter deknl. § 7-8.

⁹¹ NOU 1993: 16 s. 127.

⁹² I.c.

⁹³ Kapittel 5.2.

Den annen part kan ”kreve sitt tap ved at avtalen ikke blir riktig oppfylt dekket”, jf. § 7-8. Bestemmelsen sier ingenting om den annen part har krav på dekning for den positive eller negative kontraktsrettslige interesse. Erstatning for den positive kontraktsinteresse skal stille den annen part som om kontrakten hadde blitt oppfylt.⁹⁴ Erstatning for den negative kontraktsinteresse skal stille han som om avtalen aldri hadde blitt inngått. Sistnevnte kommer til anvendelse når avtalen er heftet med tilblivelsesfeil.⁹⁵ Hvis en avtale faller bort eller blir hevet som følge av at det åpnes gjeldsforhandling, vil det normalt være en forutsetning at avtalen i utgangspunktet ikke var beheftet med mangler. Følgende vil den annen part som oftest bare ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Den delen av bestemmelsen som omhandler tapsdekningen, er likelydende med den opprinnelige bestemmelsen fra 1984. I forarbeidene var det da lagt til grunn at den annen part etter regelen også kunne kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse.⁹⁶ Den nåværende bestemmelsen i dekl. § 7-8 hjemler altså også den annen parts krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Hvis leieavtalen nevnt over ble inngått fordi debitor kom med opplysninger om sin økonomiske stilling han viste var uriktige, og opplysningene var grunnen til at den annen part inngikk avtalen, vil avtalen være heftet med tilblivelsesmangler, og være ugyldig etter avtl. § 30. Avtalen kan som nevnt heves etter ”avtalens art” som en følge av at debitor kommer inn under gjeldsforhandling. Medkontrahenten vil da ha krav på å bli stilt som om avtalen aldri hadde blitt inngått, altså få erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Før loven av 1984 la Høyesterett til grunn at det ikke forelå erstatningsansvar når konkursboet valgte å ikke tre inn i avtalen. De begrunnet dette med at det ikke kunne foreligge ansvarsgrunnlag når boet gjorde noe det hadde full rett til. Tilsvarende gjaldt trolig under gjeldsforhandling. Regelen i dekl. § 7-8 ble derfor gitt for å gi den annen part

⁹⁴ Hagstrøm, op. cit., s. 520.

⁹⁵ I.c.

⁹⁶ NOU 1972: 20 s. 321.

krav på erstatning i disse tilfellene.⁹⁷ Dermed er den annen parts rett til erstatning nå i tråd med alminnelige kontraktsrettslige regler.

Åpningen av gjeldsforhandling innebærer imidlertid at kreditor vil ha andre hevingsgrunner enn før åpningen.⁹⁸ I tillegg blir kravet bare ”dekket som dividendefordring”, jf. deknl. § 7-8. Dette innebærer at erstatningskravet blir omfattet av gjeldsordningsforslaget, slik at kreditor bare får en prosentvis dekning for sitt egentlige krav.⁹⁹ I realiteten innebærer det et brudd på grunnregelen om at en erstatningsberettiget skal bli stilt som om skaden ikke hadde skjedd.

6.2 Erstatning etter deknl. § 7-6

Deknl. § 7-6, 1. ledd gir som nevnt debitor en ekstraordinær oppsigelsesadgang. 2. ledd regulerer den annen parts rett hvis debitor sier ”avtalen opp før det etter” bestemmelsen i 1. ledd ”er adgang til det”. Hvis skyldneren sier opp en avtale uten å ha rett til det, er dette et klart kontraktsbrudd. Den annen part kan da kreve å få erstattet det ”tap vedkommende derved lider.” Det skal altså tas fradrag for de fordeler han har ved å ikke oppfylle. Regelen er således i tråd med alminnelige kontraktsrettslige regler. Dette erstatningskravet er imidlertid også bare dividendeberettiget, jf. deknl. § 7-6, 2. ledd.

⁹⁷ I.c.

⁹⁸ Kapittel 5.

⁹⁹ Kapittel 7.2.

7 Den annen parts dekningsrett når gjeldsforhandling åpnes

7.1 Virkningen av at avtalen holdes utenfor gjeldsordningsforslaget

Hovedregelen er som nevnt at uoppfylte avtaler skal løpe videre under gjeldsforhandling, og at skyldneren er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår.¹⁰⁰ Når debitor fortsatt er forpliktet på avtalens vilkår, innebærer dette at han må dekke den annens krav fullt ut. Det vil si at den annen part mens gjeldsforhandlingen pågår får den ytelsen han etter kontrakten har krav på.

Blir gjeldsforhandlingen mislykket slik at den går over i konkurs, får kreditors krav status som massefordring, se deknl. §§ 9-2, 3. ledd. En massefordring skal dekkes før alminnelige fordringer, jf. deknl. §§ 9-2 og 9-6, slik at man i utgangspunktet får full dekning for sitt krav. Det hender imidlertid at det ikke er tilstrekkelig midler til å dekke alle massefordringene. Man står da ovenfor en massekonkurs, og de opprinnelige massefordringene blir dividendefordringer i dette boet.

Hvis debitor har fått kreditors ytelse rett etter gjeldsforhandlingsåpningen og ikke ønsker å foreta kontraktsmessig oppgjør, kan han velge å ”levere ytelsen tilbake”, jf. deknl. § 7-9, 2. ledd.¹⁰¹ Dermed blir kreditor upåvirket av gjeldsforhandlingsåpningen.

Reglene om rett til å kreve sikkerhet for ytelsen¹⁰² er gitt for å gi kreditor ytterligere sikkerhet enn han får om debitor skal dekke fordringen fullt ut. Får kreditor sikkerhet for ytelsen, vil han få full ytelse selv om gjeldsforhandlingen skulle ende i en massekonkurs.

¹⁰⁰ Deknl. §§ 7-3a, 1. ledd og 7-4a, 1. ledd.

¹⁰¹ Kapittel 4.3.2.

¹⁰² Kapittel 4.3.1.

7.2 Virkningen av at avtalen omfattes av gjeldsordningsforslaget

Hvis en avtale derimot dekkes av gjeldsforhandlingen, eller mer presist av gjeldsordningsforslaget, følger det av dekl. § 6-1 og av kkl. §§ 23 og 30 at den annen part får dividende for sitt krav. Dette innebærer at fordringshaveren får en forholdsmessig dekning av sitt opprinnelige krav på debitor.¹⁰³ Dividendefordringer er uprioriterte krav, og blir således dekket etter at massefordringene¹⁰⁴ og fortrinnsberettigede fordringer¹⁰⁵ er dekket fullt ut, jf. dekl. § 9-6. Ettersom debitor ved åpning av gjeldsforhandling ikke klarer å dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller,¹⁰⁶ vil det vanligvis ikke være nok midler til å dekke de alminnelige fordringene fullt ut. Det foretas dermed en forholdsmessig fordeling, slik at fordringshaverne får dividende for sitt krav.

Det hender også at gjeldsordningsforslaget bare går ut på betalingsutsettelse.¹⁰⁷ En utsettelse forutsetter imidlertid at man med stor sikkerhet kan si at debitor snart blir likvid, og hører derfor til sjeldenhetene. Forslaget kan imidlertid innebære en kombinasjon av betalingsutsettelse, dividende og andre virkemidler, jf. kkl. §§ 23, 1. ledd, 5) og 30, 1. ledd, 4).

Kreditor har full rett til å fastholde kontrakten mot dividende. Det vil imidlertid være urimelig å kreve at han oppfyller vel vitende om at han ikke vil få full dekning for sitt krav. Kreditor har derfor rett til å heve kontrakten og kreve erstatning for kontraktsbruddet. Erstatningskravet blir da dividendeberettiget.^{108 109}

¹⁰³ Andenæs, op. cit., s. 313.

¹⁰⁴ Deknl. § 9-2.

¹⁰⁵ Deknl. §§ 9-3 og 9-4.

¹⁰⁶ Kkl. § 1.

¹⁰⁷ Kkl. §§ 23 og 30.

¹⁰⁸ NOU 1993: 16 s. 116.

¹⁰⁹ Kapittel 8.1.

I dekl. § 6-4 presiseres det at ”alle fordringer mot skyldneren som går ut på annet enn penger, og som skal dekkes som dividendefordringer, blir omregnet til penger”. Når kreditor etter avtalen har krav på en naturalytelse, vil denne altså bli omregnet til penger som følge av at debitor kommer inn under gjeldsforhandling.

Det vil ofte ta tid før kreditor får vite om kontrakten skal omfattes av gjeldsordningen eller ikke. Hvis kreditor må vente til forslaget om gjeldsordning sendes ut og han tilvirker sin ytelse for levering fremover i tid, vil dermed regelen om sikkerhetsstillelse etter dekl. § 7-5 være svært praktisk.¹¹⁰

7.3 Hvilke avtaler omfattes av gjeldsordningsforslaget?

7.3.1 Kreditor har særskilt dekningsadgang

7.3.1.1 Kreditor har sikkerhetsrett

I kkl. § 55, 1. ledd står det at ”akkorden ... ikke er bindende for fordringer som er sikret med panterett eller annen sikkerhetsrett i skyldnerens eiendeler”. Tilsvarende regel er gitt i kkl. § 23, 2. ledd (her deklarasjon). Disse kreditorens dekningsrett omfattes altså i utgangspunktet ikke av gjeldsforhandlingen. Dette er naturlig ettersom kreditors motivasjon for å skaffe seg særskilt dekningsrett nettopp er å sikre at han får dekning for sitt krav hvis debitor får økonomiske problemer. De fleste av debitors avtaleparter vil ha særskilt dekningsadgang, og regelen er derfor svært praktisk.

I kkl. § 17, 2. ledd står det imidlertid at etter åpning av gjeldsforhandling ”kan tvangsdekning i skyldnerens eiendeler etter tvangsfullbyrdelseslovens kapittel 8 til 12 ikke gjennomføres uten gjeldsnemndas samtykke”. Tvangsfullbyrdelseslovens kapittel 8 til 12 gir regler om realisering av pant. Bestemmelsen innebærer altså at panthavers rettigheter blir vesentlig innskrenket etter at gjeldsforhandling blir åpnet. Bestemmelsen er gitt for å

¹¹⁰ NOU 1993: 16 s. 116.

sikre vellykket gjeldsforhandling, ettersom det vil være svært vanskelig å opprettholde videre drift i en virksomhet der pantaverne realiserer sine panteretter.¹¹¹

Etter kkl. § 20, 2. ledd skal gjeldsnemnda verdsette skyldnerens eiendeler. De skal angi ”den verdi eiendelene antas å ville ha dersom skyldnerens virksomhet blir fortsatt, og hva eiendelene ... kan antas innbringe ved salg”. I forarbeidene sies om dette at ”det vil bero på den konkrete situasjon hvilket verdsettelseskriterium som skal anvendes”.¹¹² Verdsettelsen er grunnlaget for hvilken dekning kreditor skal få for sitt krav.

Det hender at pantavers utestående beløp overstiger pantets verdi. Det overstigende beløpet vil da i utgangspunktet omfattes av gjeldsforhandlingen, jf. dekl. §§ 8-14 til 8-16.¹¹³ Etter endringene i 1999 ble det bestemt at ”en tvangsakkord skal innebære at pantheftelser på skyldnerens eiendeler skal bortfalle i den utstrekning de overstiger pantets verdi”.¹¹⁴ Hvis pantaver får utbetalt den delen av sitt utestående som tilsvarer panteretten, kan han altså ikke kreve ytterligere for pantet hvis det senere stiger i verdi. Bestemmelsen er begrunnet med hensynet til å sikre videre drift.

Kreditor som har ”tatt gyldig forbehold om tilbakeføring av sin ytelse”, kan heve avtalen, jf. dekl. § 7-7, 2. ledd. Han kan altså kreve full restitusjon av ytelsene, og har dermed separatistrett hvis han har levert en individuelt bestemt ytelse. Kreditor som har solgt en bil til debitor og fått rettsvern for salgspantet, kan altså ta tilbake bilen hvis han ikke får full dekning for sitt utestående.¹¹⁵ Dermed blir ikke avtalen omfattet av gjeldsforhandlingsforslaget. Regelen er bare en konstatering av at de alminnelige reglene om eiendomsforbehold også gjelder når debitor kommer under gjeldsforhandling.

¹¹¹ *ibid.* s. 20.

¹¹² NOU 1993: 16 s. 28.

¹¹³ *ibid.* s. 27 og Ot.prp.nr.26 (1998-99) s. 44.

¹¹⁴ NOU 1993: 16 s. 27 og 28.

¹¹⁵ NOU 1972: 20 s. 308.

7.3.1.2 Kreditor har motregningsrett

Selv om en fordring omfattes av gjeldsordningsforslaget slik at debitor i utgangspunktet bare får dividende for sitt krav, kan han hvis han har en motfordring i medhold av dekl. §§ 8-1 til 8-6 motregne, slik at han får full dekning. Reglene gjelder tilsvarende for konkurstilfellene, og er grundig behandlet i teorien.¹¹⁶ Jeg går derfor ikke nærmere inn på reglene i denne oppgaven.

7.3.1.3 Debitor er solidarskyldner

Deknl. §§ 8-7 til 8-12 regulerer kreditors dividenderett når debitor er solidarskyldner. Reglene gjelder tilsvarende i konkurs, og er behandlet utførlig i teorien.¹¹⁷ Ettersom spørsmålet i tillegg ikke er sentralt i forhold til problemstillingen i denne oppgaven, vil det ikke bli behandlet nærmere her.

7.3.2 Kreditor har ingen særlig dekningsadgang

I dekl. § 7-4a, 1. ledd, siste punktum står det at ”skal skyldnerens avtaler omfattes av gjeldsforhandlingen, må den annen part meddeles dette senest ved utsendelsen av forslaget til gjeldsordning”.

En naturlig forståelse av ordlyden er her at det fullt ut er debitors valg om en avtale (der kreditor ikke har særskilt dekningsadgang) skal omfattes av gjeldsforhandlingen eller ikke.

I forarbeidene¹¹⁸ står det imidlertid at ”har medkontrahenten oppfylt før åpningen, mens debitor fortsatt ikke har prestert sin ytelse, skal medkontrahenten behandles likt med øvrige kreditorer”. Debitor må altså alltid la avtalen omfattes av gjeldsordningsforslaget hvis den annen part har oppfylt kontrakten før gjeldsforhandlingsåpningen uten å få motytelsen han

¹¹⁶ Andenæs, op. cit., kapittel 20.

¹¹⁷ ibid. kapittel 30.

¹¹⁸ NOU 1993: 16 s. 115.

har krav på. Hvis debitor hadde hatt mulighet til å velge at en av kreditorene skulle bli holdt utenfor gjeldsordningsforslaget, ville denne få full dekning for sin fordring, mens resten av kreditorene kun ville få et dividendekrav.¹¹⁹ Regelen er altså begrunnet med hensynet til likebehandling mellom kreditorene, og er en slags forlengelse av omstøtelsesreglene.

Ved de fullstendig uoppfylte avtalene står debitor fritt til å velge om de skal omfattes av gjeldsordningsforslaget eller ikke. Dette er begrunnet i hensynet om å unngå massekonkurs,¹²⁰ og således også sikre at de eldre kreditorene får dekning for sitt krav. Reglen gir altså debitor en valgfrihet som innebærer at han får en sterkere stilling enn kreditor i den aktuelle avtalen.

I forarbeidene står det at ”hvis debitor foreslår 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”.¹²¹ Dermed har den annen part hevingsrett.¹²² Debitor vil altså når han står ovenfor avtaler som er nødvendig for å sikre videre drift, være best tjent med å velge at avtalen ikke skal omfattes av gjeldsforhandlingen. Medkontrahenten plikter da å yte som avtalt så lenge debitor klarer å stille sikkerhet for sin ytelse.

For at avtalen skal omfattes av gjeldsforhandlingen må ”den annen part meddeles dette senest ved utsendelsen av forslaget til gjeldsordning”, jf. dekl. § 7-4, 1. ledd, 2. punktum, jf. § 7-4a, 2. ledd. Får ikke den annen part beskjed, har han altså krav på å få dekket sitt utestående som massefordring.

¹¹⁹ Kapittel 7.1 og 7.2.

¹²⁰ NOU 1972: 20 s. 308.

¹²¹ NOU 1993: 16 s. 116.

¹²² Kapittel 5.1.

I kkl. § 17 presiseres det at den annen part når gjeldsforhandling er åpnet, ikke har rett til å ta ”utlegg i skyldnerens gods for gjeld som skriver seg fra tiden før gjeldsforhandlingen ble åpnet”. Han må altså vente til gjeldsordningsforslaget er ferdig og få tildelt sin dividende. Uten en slik regel ville gjeldsforhandlingen fått preg av usikkerhet.¹²³

7.3.3 Løpende avtaler

Som nevnt blir en fordring dividendeberettiget når den har oppstått før åpningen av gjeldsforhandling. Spørsmålet blir dermed om en løpende avtale er dividendeberettiget fordi noen av kravene har oppstått før åpningen av gjeldsforhandling, eller om den skal få massekravstatus fordi deler av den blir oppfylt etter åpningen.

Etter dekl. § 7-4, 2. ledd, jf. § 7-4a, 2. ledd kan debitor velge å tre inn i avtalen bare for ”for den uoppfylte dels vedkommende”. Lovteksten er lite treffende for gjeldsforhandlingstilfellene. Regelen innebærer da at debitor kan la den uoppfylte delen av avtalen løpe videre, slik at han bare for denne delen blir berettiget på avtalens vilkår: Han er da ”forpliktet til å utrede vederlaget fra tiden fra” gjeldsforhandlingsåpningen ”som massefordring”, og skal bare gi kreditor dividenderett for den delen av avtalen som var oppfylt før denne tid, jf. dekl. § 7-4, 3. ledd, jf. § 7-4a, 2. ledd og § 6-1. Regelen er en naturlig følge av at det er debitor selv som tar valget om han skal komme under gjeldsforhandling eller ikke.

I forarbeidene står det at ”når det gjelder avtaler som er delvis oppfylt ved gjeldsforhandlingenes åpning, bør de ovenfor nevnte prinsipper bare gjelde for den uoppfylte dels vedkommende. Forutsatt at ytelsene ikke er udelelige eller på grunn av sammenhengen må anses som en enhet, finnes det liten grunn til ikke å anse vederlaget for den oppfylte dels som en alminnelig dividendefordring. Tilsvarende bør også vederlaget for

¹²³ NOU 1972: 20 s. 45.

løpende ytelser, slik som strøm og telefon, betraktes som dividendefordring for så vidt gjelder ytelser prestert før åpning av gjeldsforhandlingene.”¹²⁴

Debitor får her mulighet til å stå ved avtalen samtidig som han dekker deler av den bare som dividendefordring. Regelen er altså et unntak fra hovderegelen om at debitor er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår. Unntaket er gitt for å styrke debitors stilling, og er begrunnet med hensynet om å sikre videre drift, og sikre at kreditorene får best mulig dekning.

Etter § 7-4, 2. ledd, siste punktum gjelder ikke denne regelen ”dersom den annen parts eller skyldnerens ytelse etter avtalen er udelelig eller på grunn av sammenhengen mellom de enkelte deler må betraktes som en enhet”. I forarbeidene begrunnes regelen med retts tekniske hensyn. Det vil oppstå en rekke avgrensningsspørsmål om debitor ved gjeldsforhandling for eksempel kunne dele opp en entrepriseavtale. For at debitor skal kunne stå ved avtalen og dekke den oppfylte delen som dividendefordring, er det altså et vilkår at ytelsene er innbyrdes uavhengige.¹²⁵

I dekl. § 7-12 er det gitt en spesialregel for royaltyavtaler. Reglen er i realiteten bare en tilpassning av regelen i dekl. § 7-4, 2. ledd for denne typen avtaler ettersom overleveringstidspunktet her må beregnes annerledes.

¹²⁴ NOU 1993: 16 s. 116.

¹²⁵ NOU 1972: 20 s. 314.

DEL II:

Avtaler som inngås etter at gjeldsforhandling er åpnet

8 Adgang til å inngå avtaler under gjeldsforhandling

Før debitor kommer under gjeldsforhandling, har han som nevnt tilnærmet fri adgang til å inngå avtaler.¹²⁶ Etter konkursloven kapittel III inntreer det imidlertid en rekke virkninger når gjeldsforhandling åpnes. En av disse er at debtors kompetanse til å inngå avtaler blir begrenset.

8.1 Debtors adgang til å inngå avtaler etter kkl. § 14

Utgangspunktet er at debitor ”beholder ... rådigheten over sin forretning og sine formuesforhold for øvrig” når gjeldsforhandling åpnes, jf. kkl. § 14, 1. ledd.

”Rådigheten” er den retten som følger med eiendomsretten. Denne gir en rett til å disponere rettslig og faktisk over et formuesgode. Det innebærer at man kan inngå avtaler om formuesgodet, for eksempel om å leie bort et lokale, og at man kan utnytte eiendelen fysisk, for eksempel ved å anvende lokalet i virksomheten. Har man den fulle rådigheten over noe, innebærer det også en negativ rett. Man kan altså nekte andre å disponere rettslig og faktisk over formuesgodet.

I denne oppgaven er det sentrale spørsmålet hvilken rett debitor har til å disponere rettslig over midlene i sin virksomhet når gjeldsforhandling er åpnet. Hvis debitor har den fulle rettslige rådigheten over virksomheten, kan han inngå alle de avtaler han ønsker (så sant det ikke gjelder generelle forbud mot å inngå dem).

¹²⁶ Kapittel 2.

Når debitor har rådigheten over sin ”forretning og sine formuesforhold” innebærer dette at debitor har eksklusiv rett til å inngå avtaler om forretningens midler, så sant ikke annet er sagt. Han står for den daglige driften, og har fullmakt til å inngå avtaler og forvalte virksomhetens midler som normalt. Debitor har altså den fulle rettslige råderetten. Ettersom virksomheten etter åpningen av gjeldsforhandling blir drevet videre av samme debitor, innebærer ikke åpningen noen forandring utad. Derfor har debitor også legitimasjon til å inngå avtaler knyttet til virksomheten.

Utgangspunktet begrenses imidlertid med at dette må skje ”under gjeldsnemndas tilsyn”, jf. kkl. § 14.

Ut fra en naturlig språklig forståelse vil ikke en rett til å føre tilsyn gi noen rett til å disponere rettslig over noe. Gjeldsnemndas oppgave vil etter ordlyden i § 14, 1. ledd, 1. punktum bare være av passiv kontrollerende art. Debtors negative rådighet er altså etter bestemmelsen ubeskåret. Han kan altså nekte andre, også gjeldsnemnda, å inngå avtaler som ledd i den daglige driften. Dette utgangspunktet bekreftes også i forarbeidene.¹²⁷

Spørsmålet blir imidlertid om debtors positive rådighet blir begrenset ved at gjeldsnemnda skal føre tilsyn med virksomheten. Ordlyden i § 14, 1. ledd, 1. punktum gir ingen klare holdepunkter her, men i 2. punktum presiseres det at ”skyldneren plikter å gi gjeldsnemnda full adgang til å føre tilsyn med sin forretningsførsel og sine økonomiske forhold, og å rette seg etter de pålegg nemnda gir i denne forbindelse”.

Etter ordlyden er det her klart at gjeldsnemnda kan gi pålegg knyttet direkte til tilsynet av virksomheten. Gjeldsnemnda kan for eksempel gi skyldneren pålegg om å sende dem regnskap ukentlig.

¹²⁷ NOU 1972: 20 s. 68.

Spørsmålet blir imidlertid om bestemmelsen også gir gjeldsnemnda adgang til å gi debitor pålegg som ikke er direkte knyttet til dette tilsynet.

Ut fra ordlyden ”i denne forbindelse” vil det være naturlig å trekke at påleggene bare kan være knyttet til tilsynet. En slik forståelse støttes også av sammenhengen med § 14, 2. ledd. Ifølge forarbeidene kan imidlertid gjeldsnemnda etter § 14, 1. ledd også gi debitor andre pålegg. Den kan for eksempel kreve eller nekte at debitor inngår en avtale.¹²⁸ Dette gjelder alle typer avtaler som inngås som ledd i virksomheten. Debtors positive rett til å disponere rettslig over virksomhetens midler blir altså negativt begrenset av gjeldsnemndas forbud. Gjeldsnemnda har ingen legitimasjon til selv å foreta disposisjoner, men har rett til å kreve at debitor, som har denne legitimasjonen, foretar de disposisjoner gjeldsnemnda ber han om. Nemnda har altså instruksjonsrett.¹²⁹

Ifølge forarbeidene er meningen med bestemmelsen i 1. ledd først og fremst at gjeldsnemnda skal kontrollere store og viktige disposisjoner i debtors virksomhet. Bestemmelsen gir imidlertid også gjeldsnemnda rett til å føre kontroll med små og helt dagligdagse disposisjoner.¹³⁰ Hvilken frihet debitor i realiteten har til å inngå avtaler som ledd i den daglige virksomheten, beror etter dette i stor grad på hvilken posisjon gjeldsnemnda velger å innta. Hvis nemnda ønsker det, kan den kreve at debitor sier opp en spesiell kontrakt, eller at han forespør nemnden hver gang han skal inngå en avtale som omfatter verdier over et bestemt beløp.¹³¹

En detaljert kontroll fra gjeldsnemnda vil lett forsinke avtaleinngåelser som er nødvendige for debtors daglige drift. Dette vil lett komme i strid med hensynet om å sikre debtors videre drift. Det hører derfor med til sjeldenhetene at gjeldsnemnda går inn for å styre

¹²⁸ Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 35.

¹²⁹ I.c.

¹³⁰ NOU 1972: 20 s. 68.

¹³¹ I.c.

debitors avtaleinngåelser i detalj. Hovedregelen i 1. ledd gir dermed i debitor stor frihet til å inngå avtaler under gjeldsforhandling.

Utgangspunktet blir imidlertid begrenset i konkursloven § 14, 2. ledd. Etter denne bestemmelsen må debitor innhente "gjeldsnemndas tillatelse" for en rekke disposisjoner. Ut fra ordlyden må slik tillatelse innhentes uavhengig av om gjeldsnemnda har benyttet sin rett til å pålegge skyldneren å be om samtykke etter 1. ledd eller ikke. Denne forståelsen bekreftes også i forarbeidene.¹³² Debitor må altså alltid innhente samtykke fra gjeldsnemnda før han foretar disposisjoner som nevnt i 2. ledd.

Regelen gjelder "under gjeldsforhandling". Som nevnt over er debitor under gjeldsforhandling fra begjæringen om åpning av gjeldsforhandling kom inn til tingretten.¹³³ Det vil ofte ta noe tid fra gjeldsforhandling er åpnet til det blir opprettet en gjeldsnemnd. Kravet om forhåndstillatelse gjelder imidlertid også i denne tiden. Kravet kan derfor ofte forsinke debitors disposisjoner betydelig,¹³⁴ og vil således lett være i strid med hensynet til å sikre videre drift.

Etter § 14, 2. ledd må tillatelse innhentes hvis debitor skal "stifte ... gjeld". Man stifter gjeld gjennom å inngå en gjensidig bebyrdende avtale der den andre partens oppfyllestidspunkt kommer før ens eget. Bestemmelsen omfatter altså etter ordlyden inngåelse av ordinære lån. I tillegg er det klart at debitor stifter gjeld når han kjøper varer på kreditt.¹³⁵ Dette er naturlig ettersom avtalene innebærer en ytelsen for debitor i nåtid, mot at han yter i fremtiden.

Det finnes imidlertid en rekke disposisjoner der debitors forpliktelse i fremtiden er betinget av at bestemte hendelser inntreffer. Det vil da bare være en hypotetisk mulighet for at debitor

¹³² I.c.

¹³³ Kapittel 1.2.

¹³⁴ Wiker, Håvard, Konkursloven: Kommentartutgave, Oslo, 2003, Håvard Wiker og Knut Ro, s. 72.

¹³⁵ NOU 1972: 20 s. 69.

blir ansvarlig i fremtiden. Spørsmålet blir dermed om disse typer avtaler krever tillatelse fra gjeldsnemnda.

Å ”stifte ... gjeld” vil etter en normal språklig forståelse ikke omfatte de tilfellene der det bare er en hypotetisk mulighet for ansvar i fremtiden. Stifter man gjeld påtar man seg normalt en sikker forpliktelse om å senere betale noe. Denne forståelsen er i tråd med den lovgiver i utgangspunktet har lagt til grunn. I forarbeidene nevnes som eksempel de tilfellene der debitor selger en vare kontant, og senere bli erstatningsansvarlig for feil ved varen. Selv om det på salgstidspunktet var en hypotetisk mulighet for at debitor skulle bli ansvarlig i fremtiden, er dette ansvaret så hypotetisk at det ikke vil være naturlig å betegne salget som en stiftelse av gjeld. Det er derfor klart at avtaler som innebærer et rent hypotetisk ansvar ikke omfattes av bestemmelsen i 2. ledd.¹³⁶ Regelen er fornuftig ettersom en slik begrensning ville innebære at debitor så godt som ved alle disposisjoner måtte innhente tillatelse fra gjeldsnemnda. Dermed ville forsinkelser lett oppstå og vanskeliggjøre debitors drift. Dette ville være unødvendig tungvint, og i strid med det grunnleggende hensynet om å sikre videre drift.

I RG 1990 s. 1187 la Ålesund skifterett til grunn at et samtykke fra gjeldsnemnda om å fortsette en rettssak som kunne føre til omkostningsansvar ikke var et ”vedtak ... av en slik karakter som omhandlet i kkl. §14”. Det kreves altså ikke samtykke fra gjeldsnemnda for å fortsette en rettssak. Retten la til grunn at det ved en rettssak bare er en hypotetisk mulighet for at debitor vil bli pålagt ansvar, og at det dermed ikke kunne komme inn under vilkåret om å stifte gjeld.

Vilkåret om å ”stifte ... gjeld” gjelder heller ikke for bortleie av eiendom selv om skyldnerens oppfyllestidspunkt er fremskjøvet.¹³⁷

¹³⁶ I.c.

¹³⁷ I.c.

Når debitor kausjonerer er kausjonen normalt en forutsetning for at den tilgodesette får en ytelse i nåtiden. Debitor er ikke forpliktet til å yte før på et senere tidspunkt. Dermed har kausjonsforpliktelser store likhetstrekk med det å stifte gjeld. Hvorvidt debitor faktisk må yte, beror imidlertid på om den han har kausjonert for oppfyller sin forpliktelse eller ikke. På dette viset har ansvaret et hypotetisk preg. Lovgiver har likevel bestemt at slike disposisjoner skal omfattes av bestemmelsen i 2. ledd slik at det kreves samtykke fra gjeldsnemnda før debitor påtar seg et slikt ansvar. Eksempelet er ikke begrunnet i forarbeidene. Hvis debitor kausjonerer for et lån vil han imidlertid kunne bli ansvarlig selv om han selv ikke har mottatt noen ytelse. En kausjonsforpliktelse vil altså ikke komme kreditorfelleskapet til gode. Dessuten er ikke en kausjonsavtale noe som inngår i debitors daglige virksomhet. Kravet om samtykke fra gjeldsnemnda ved kausjonsforpliktelser vil dermed være med på å sikre kreditorenes interesser, uten at det går særlig på bekostning av debitors drift.

Etter bestemmelsen i 2. ledd har debitor heller ikke rett til å ”forny gjeld” uten samtykke fra gjeldsnemnda. Regelen må sees i sammenheng med bestemmelsen i § 14, 2. ledd, siste punktum om at det ved slik fornyelse skal anføres ”til fornyelse uten økt ansvar”. Selv om lånet fornyes, er det altså det opprinnelige stiftelsestidspunktet som avgjør om fordringen skal omfattes av gjeldsordningsforslaget eller ikke.¹³⁸ Regelen er begrunnet med hensynet til de eldre kreditorene: Det er ikke rimelig om en av fordringshaverne gjennom å fornye lånet skal få et massekrav, mens de andre bare får en dividendefordring. Når debitor må forelegge fornyelsen for gjeldsnemnda, kan denne sørge for at fordringshaveren får beskjed om at fornyelsen ikke fører til økt ansvar, slik at man unngår konflikt rundt dette.

Det kreves også samtykke fra gjeldsnemnda om debitor vil ”foreta pantsettelse”. Debitor kan altså ikke gi kreditor en særrett til å søke dekning for sitt krav i hans formuesgoder¹³⁹ uten at gjeldsnemnda samtykker. Ifølge forarbeidene omfatter dette vilkåret også cesjon av

¹³⁸ I.c.

¹³⁹ Panteloven av 8. februar, 1980, Nr. 2, § 1-1, 1. ledd.

fordringer i sikringsøyemed.¹⁴⁰ Det er ikke sagt noe i forarbeidene om hvorfor pantsettelse krever samtykke fra gjeldsnemnda. Hvis debitor pantsetter sine aktiva blir det imidlertid færre, eller ingen, midler å fordele i gjeldsordningsforslaget. Det er derfor naturlig å anta at regelen er gitt for å sikre de eldre kreditorene, og således ivareta et av hovedhensynene bak gjeldsforhandlingsordningen.

Ut fra ordlyden omfatter kravet om tillatelse fra gjeldsnemnda alle typer pant. Det finnes imidlertid panteretter som ikke innebærer at debtors opprinnelige eiendeler blir unntatt fra dekning hos kreditorene. Hvis debitor kjøper en bil beheftet med salgspant, vil dette gi bilselgeren rett til å ta tilbake bilen dersom den ikke blir betalt i henhold til kontrakt.¹⁴¹ Ettersom bilen i utgangspunktet var selgerens eiendel, innebærer imidlertid ikke stiftelsen av salgspantet at det blir færre eiendeler for de eldre kreditorene å søke dekning i. Hensynet mot å la debitor inngå slike avtaler uten gjeldsnemndas samtykke slår dermed ikke til i disse tilfellene. Man må derfor kunne anta at avtaler om salgspant ikke omfattes av bestemmelsen i 2. ledd, slik at debitor kan inngå slike avtaler uten å på forhånd innhente gjeldsnemndas samtykke.

Debitor vil ofte ha behov for å pantsette midler når gjeldsforhandling er åpnet. Særlig gjelder dette når debitor må stille sikkerhet til medkontrahenten for at denne ikke skal kunne heve avtalen, jf. dekl. §§ 7-5 og 7-7.¹⁴² Ved særlig viktige kontrakter, for eksempel avtale om levering av strøm, vil oppfyllelsen være nødvendig for å kunne sikre videre drift, og således en forutsetning for at gjeldsforhandlingen skal bli vellykket. Alle kreditorene vil da være tjent med at avtalen ikke heves, og gjeldsnemnda vil dermed normalt gi debitor samtykke i pantsettelse slik at han får stilt sikkerhet for kravet.

Debitor kan heller ikke ”avhende eller leie bort sin faste eiendom, sine forretningslokaler eller noen formuesgjenstand av vesentlig betydning” uten gjeldsnemndas samtykke.

¹⁴⁰ NOU 1972: 20 s. 69.

¹⁴¹ Pantel. § 3-14.

¹⁴² Kapittel 6.3.1 og 7.1.

Hvorvidt en formuesgjenstand er av vesentlig betydning må vurderes konkret. I forarbeidene nevnes det at eiendeler som overstiger verdien på debitors lokaler vil være av vesentlig betydning. Videre nevnes det at skip, verdifullt maskineri og patentrettigheter som debitors virksomhet er basert på kommer inn under bestemmelsen.¹⁴³ Hvorvidt en formuesgjenstand er av vesentlig betydning vil i stor grad avhenge av hvilken virksomhet debitor driver. Er debitor et lite budfirma som eier to biler, vil en bil representere en verdi av vesentlig betydning for virksomheten. Debitor må da innhente gjeldsnemndas samtykke før han avhender den. Er debitor derimot en stor bilforhandler som eier flere hundre biler, vil det å avhende en bil ikke innebære en avhending av en formuesgjenstand av vesentlig betydning, men være en del av hans daglige drift. Debitor vil da kunne avhende bilen uten å innhente samtykke fra gjeldsnemnda.

Hvis debitor avhender eller leier bort gjenstander som representerer en stor andel av verdiene i virksomheten, vil dette være disposisjoner utenom den vanlige driften. Kravet om samtykke ved avhendelse eller bortleie av de nevnte formuesgjenstandene innebærer altså ikke noen begrensning for debitors daglig drift. Kravet om samtykke er derfor ikke i strid med hensynet om å sikre videre virksomhet. Tvert i mot vil det at debitor ønsker å avhende eller leie bort eiendeler eller rettigheter som normalt er helt nødvendige for å drive virksomheten hensiktsmessig, gjerne være i strid med hensynet om å sikre videre drift. Det er derfor naturlig at gjeldsnemnda kan kontrollere dette, slik at det kreves samtykke fra dem før en slik disposisjon foretas.

Debitor står altså etter kkl. § 14 forholdsvis fritt til å inngå avtaler der han betaler kontant. Når gjeldsforhandling åpnes vil imidlertid skyldneren ha alvorlige økonomiske problemer, og hans kontantbeholdning vil derfor være begrenset. Dermed vil det å sette seg i gjeld, foreta pantsettelse eller selge og leie bort formuesgjenstander ofte være den eneste muligheten han har til å skaffe seg likvide midler, og til å oppfylle kontrakter.

¹⁴³ NOU 1972: 20 s. 69.

Bestemmelsen i § 14, 2. ledd innebærer dermed at debitor har liten mulighet til å skaffe kontanter til den daglige drift uten gjeldsnemndas samtykke. Dermed kan debtors adgang til å inngå avtaler på egenhånd lett bli illusorisk.

Gjeldsnemndas samtykke vil altså ofte være nødvendig når debitor skal inngå avtaler som ledd i den daglige drift. Hvis gjeldsnemnda finner at avtalene vil gi gevinst, vil deres samtykke føre til økte inntekter som vil komme de eldre kreditorene til gode. I de tilfellene der gjeldsnemnda anser debtors muligheter for lønnsom drift som gode, vil de derfor ofte gi sitt samtykke til gjeldsstiftelse, pantsettelse og andre avtaler som kan tilføre virksomheten likvide midler. Dermed vil det i utgangspunktet ikke innebære noe problem for debitor at en disposisjon krever gjeldsnemndas samtykke.

Når debitor må innhente gjeldsnemndas samtykke vil dette imidlertid lett forsinke avtaleinngåelsen. I en virksomhet vil det ofte være nødvendig å ta raske beslutninger. Dermed kan reglene om samtykke lett komme i konflikt med hensynet til å sikre videre drift. Ettersom debitor har fått alvorlige økonomiske problemer, er det imidlertid naturlig at de eldre kreditorene (representert ved gjeldsnemnda) vil føre tilsyn med avtaler som har stor betydning for deres dekningsrett. Reglene i § 14 innebærer således et kompromiss mellom de grunnleggende hensynene om å sørge for videre drift, og samtidig hindre at de eldre kreditorenes midler går tapt.

I kkl. § 14 nevnes det ingenting om avtaler gjeldsnemnda ikke har adgang til å gi sitt samtykke til. I forarbeidene ble det drøftet om bestemmelsen i § 14 burde inneholde forbud mot å inngå enkelte typer avtaler under gjeldsforhandling. Et slikt forbud ville innebære at verken debitor alene eller med tillatelse fra gjeldsnemnda kunne inngå visse avtaler. Det var blant annet drøftet om man skulle forby debitor å inngå avtaler om salg av forbruksgjenstander der han forpliktet seg til å gi kjøperen gratis reparasjon.¹⁴⁴ Forslaget var begrunnet med forbrukerhensyn, men man kom til at et slikt forbud ikke var

¹⁴⁴ NOU 1972: 20 s. 69.

hensiktsmessig. I bransjer der det er vanlig å gi slike garantier ved salg av varer, vil slike avtaler ha stor betydning for mulighetene til å lykkes med den videre driften. Debitor og gjeldsnemnda forutsettes derfor heller å foreta en konkret vurdering om hvorvidt den aktuelle avtalen er forretningsmessig lojal og forsvarlig.¹⁴⁵ Etter regelen i § 14 er det altså ingen begrensning i hvilke avtaler debitor med gjeldsnemndas samtykke har rett til å inngå.

8.2 Retten til å disponere over pantsatt driftstilbehør og varelager

Etter kkl. § 17, 4. ledd kan debitor med gjeldsnemndas samtykke ”avhende varer av pantsatt varelager og driftstilbehør som nevnt i pantel. §§ 3-4, 3-8, 3-9 og 3-10”. Han kan altså i utgangspunktet fritt inngå avtaler om salg av midlene selv om en kreditor har sikret seg en gyldig særrett i dem. Dog forutsetter dette tillatelse fra gjeldsnemnda.

Regelen svarer her til det som gjelder før debitor kommer under gjeldsforhandling: I pantel. § 3-13 står det for eksempel at ”varer av pantsatt varelager kan avhendes”.

Lignende regel er gitt for pant i driftstilbehør i pantel. § 3-7. De nevnte panterettene er altså tingsinnbegrep som vil variere i verdi, også i en virksomhet uten økonomiske problemer.

Det at debitor kan avhende varelageret og driftstilbehøret som normalt, er til stor nytte i den daglige driften. Det vil normalt være umulig å drive virksomheten videre hvis debitor ikke kan disponere over disse midlene. Regelen er altså gitt for å gi debitor best mulig premisser til å drive virksomheten videre. Ettersom debitor under gjeldsforhandling har økonomiske problemer, er det imidlertid relativt stor risiko for at han kan sette pantthavers sikkerhet på spill. Det er derfor naturlig at samtykke fra gjeldsnemnda kreves ved slike disposisjoner.

Etter kkl. § 17, 4. ledd, 1. setning, siste komma kan gjeldsnemnda imidlertid ikke samtykke i at avhendelse skjer hvis dette innebærer at ”pantthaverens sikkerhet ... blir vesentlig forringet”.

¹⁴⁵ I.c. og Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 35.

Ut fra ordlyden i vilkåret ”vesentlig forringet” kreves det mer enn bare en liten reduksjon av verdien. Pantet må synke merkbart i verdi for at gjeldsnemnda skal være avskåret fra å gi debitor tillatelse til avhendelsen. Denne forståelsen støttes av forarbeidene der det står at det kreves en del før forringelsen anses som vesentlig, og at pantehaver derfor må godta at pantet blir forringet, så lenge forringelsen ikke er vesentlig.¹⁴⁶

Vilkåret i kkl. § 17, 4. ledd, 1. setning, siste komma har en noe annen utforming enn bestemmelsen i pantel. § 3-7, 1. ledd, men er ifølge forarbeidene forutsatt å ha samme betydning. Praksis og teori om pantel. § 3-7, 1. ledd har derfor også betydning ved tolkingen av kkl. § 17.

I en virksomhet vil det normalt være nødvendig med utskiftninger av driftstilbehøret. Debitor vil derfor ønske å selge gammelt utstyr. For at dette ikke skal føre til at pantets verdi blir vesentlig forringet, må debitor da normalt kjøpe inn nye eiendeler omtrent i samme størrelsesorden som de som selges ut. Hvis debitor kjøper inn nytt utstyr er det nødvendig at gjeldsnemnda gir sitt samtykke for at de nye eiendelene skal omfattes av pantet.¹⁴⁷ Verdien av pantet vil da normalt ikke bli forringet, og debitor har derfor lov til å foreta slike utskiftninger under gjeldsforhandling.

Hvis debitor derimot avhender driftstilbehøret sitt uten å gå til anskaffelse av nytt, vil dette føre til en forringelse av pantet. Spørsmålet blir da om debitor har adgang til slik avhendelse når han er under gjeldsforhandling.

I de tilfeller der debitor ønsker å avhende en vesentlig del av sitt driftstilbehør uten å erstatte dette, vil dette føre til en vesentlig forringelse av pantet. Hvis debitor likevel ønsker

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.26 (1998-99) s. 211.

¹⁴⁷ I.c.

å gjøre dette, må han gi panthaver rett på deler av vederlaget for det solgte.¹⁴⁸ Hvis ikke, er har ikke gjeldsnemnda adgang til å gi sitt samtykke til avhendelsen.

Debitor kan imidlertid avhende deler av driftstilbehøret uten å skaffe nytt, hvis dette bare fører til at pantet synker noe i verdi. Verdiforringelsen er da ikke vesentlig, og panthaver må godta avhendelsen.¹⁴⁹

Gjeldsnemnda kan heller ikke samtykke til avhendelse hvis dette ikke ”skjer innenfor rammen av skyldnerens vanlige næringsvirksomhet”.

Bestemmelsen svarer til regelen i pantel. § 3-13, 1. ledd og teori og praksis om denne bestemmelsen er dermed relevant ved tolkningen av kkl. § 17.¹⁵⁰

Debitor kan altså avhende varer slik han gjør i sin daglige virksomhet. Hvis debitor derimot ønsker å avhende store deler av gjenstandene som er omfattet av panteretten, og dette går utover det han normalt gjør, vil ikke gjeldsnemnda ha adgang til å samtykke til dette.¹⁵¹

Hva debitor normalt avhender i sin daglige drift av virksomheten, varierer mye etter hvilken virksomhet debitor driver. I enkelte næringer er salget sesongbetont slik at debitor normalt vil ha solgt ut de fleste av sine varer i slutten av sesongen. En skibutikk vil for eksempel normalt forsøke å selge ut de fleste av sine varer i mars, og vente til vinteren kommer med å ta inn varer igjen. Debitor vil da med gjeldsnemndas samtykke kunne selge de fleste av sine ski uten å erstatte disse med nye, fordi dette da vil være en del av den vanlige næringsvirksomheten.

¹⁴⁸ I.c.

¹⁴⁹ I.c.

¹⁵⁰ I.c.

¹⁵¹ I.c.

Hvis debitor derimot selger varer der salget endrer seg lite gjennom sesongen, vil grensen for hvor stor del av varelageret han kan avhende ikke være den samme. Er debitor bilselger vil det å selge unna 80 % av bilene i butikken uten å erstatte dem med nye, ikke være en del av den vanlige næringsvirksomheten. Gjeldsnemnda har altså ikke adgang til å samtykke til at debitor gjør dette.

Gjeldsnemnda har altså adgang til å la debitor selge unna deler av sitt varelager og driftstilbehør, selv om dette fører til en redusering av pantets verdi. Dette er begrunnet med hensynet til å sikre videre drift. En slik regel synes rimelig ettersom debitor også før han kommer under gjeldsforhandling har en slik rett. Det ligger altså i varelagerpantets og driftstilbehørspantets natur at de vil variere i verdi, og dette har også vært en forutsetning ved inngåelsen av panteavtalen.

Når debitor kommer under gjeldsforhandling er det imidlertid på det rene at han har alvorlige økonomiske problemer. Det er dermed nærliggende å frykte at debitor vil bli fristet til å avhende gjenstander som inngår i panterettene, utover det han ville gjøre mens virksomheten går bra. Behovet for å sikre panthaveren blir dermed større idet debitor kommer under gjeldsforhandling. For å sikre at debitor ikke avhender mer enn han har rett til, må all avhendelse av pantsatte eiendeler fremlegges gjeldsnemnda for tillatelse på forhånd. På denne måten blir det ført kontroll over at pantets verdi ikke blir forringet.

Ifølge § 17, 5. ledd må gjeldsnemnda dessuten ”utarbeide en plan for ivaretagelse av panthaverens interesser”. Planen må utarbeides før det blir gitt samtykke i at debitor avhender varer som inngår i pantet.¹⁵² Den forutsettes dessuten å være et resultat av kommunikasjon mellom debitor, gjeldsnemnda og panthaverne. Regelen tvinger gjeldsnemnda til å overveie nøye om debitor skal få adgang til avhendelse av pantsatte midler, og gir dermed panthaver en ekstra sikkerhet for at virksomheten ikke blir drevet videre på hans bekostning.

¹⁵² NOU 1993: 16 s. 23.

Gjeldsnemnda har altså som oppgave å påse at debitor ikke taper panterettene. Hvis pantthaver skulle mene at pantet likevel blir utarmet, kan han begjære at retten skal ”forby salg som ikke oppfyller vilkårene i første punktum”, jf. kkl. § 17, 4. ledd, siste punktum. Regelen gir altså pantthaver enda en sikkerhet for at pantet ikke blir tappet.

Det følger altså en rekke restriksjoner med debitors adgang til å avhende gjenstander som inngår i varelageret eller i driftstilbehøret. Disse innebærer at pantet vanskelig blir utarmet selv om debitor får lov til å avhende deler av det. Bestemmelsen er således et kompromiss mellom hensynet om å sikre debitors videre drift og hensynet til pantthavers rettigheter.

Hvis gjeldsforhandlingen varer i mer enn seks måneder, har pantthaveren enda en mulighet til å sikre seg mot at hans pant blir forringet. Det følger motsetningsvis av kkl. § 17, 2. ledd at han da kan gå til tvangsinndrivelse av pantet.

Utgangspunktet er at skyldneren og gjeldsnemnda sammen skal arbeide for å på best mulig måte sikre videre drift. Hvis debitor likevel mener at gjeldsnemnda gjennom sine pålegg hindrer den videre drift kan ”retten ... etter begjæring fra skyldneren ved kjennelse oppheve eller omgjøre vedtak som er gjort av gjeldsnemnda eller dens leder”. Dette kan skje dersom vedtaket ”er i strid med skyldnerens rett ... ulovlig ... eller åpenbart urimelig”. Regelen gir altså debitor er vern mot at gjeldsnemnda misbruker sin myndighet til å hindre han i å inngå avtaler, og er et motstykke til regelen i kkl. § 17, 4. ledd, siste punktum.

9 Dekningsrett for avtaler inngått under gjeldsforhandling

9.1 Dekningsrett når gjeldsforhandlingen er vellykket

I dekl. § 6-1, jf. § 1-6 står det at ”dividende bare kan kreves av fordringer på skyldneren som er oppstått før åpningen av bobehandlingen”. Fordringer som har oppstått ved avtaler som debitor har inngått under gjeldsforhandling er altså ikke dividendeberettiget. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene der det står at ”når skyldnerens forretningsdrift fortsetter under forhandlingsperioden, vil de fordringer som oppstår som følge av dette, ikke omfattes av gjeldsordningen eller tvangsakkorden”.¹⁵³

Det gjelder altså ingen spesielle regler for avtaler som er inngått under gjeldsforhandling. Avtalene reguleres altså av alminnelige kontraktsrettslige regler, slik at debitor må dekke sine forpliktelser fullt ut og etter hvert som de forfaller.

I kkl. § 16, 3. ledd står det at ”skyldnerens bo ikke kan tas under konkursbehandling etter begjæring av en fordringshaver hvis fordring skriver seg fra tiden før gjeldsforhandlingen ble åpnet”. Antitetisk tolket innebærer dette at kreditor til en fordring som har oppstått under gjeldsforhandlingen kan begjære konkurs etter vanlige vilkår. Hvis debitor ikke oppfyller sine forpliktelser, og hans eiendeler ikke er nok til å dekke disse,¹⁵⁴ kan kreditor dermed begjære debitor konkurs selv om denne er under gjeldsforhandling.

Tilsvarende følger det antitetisk av kkl. § 17, 1. ledd at en som har fått en fordring på debitor etter at gjeldsforhandling er åpnet, kan ta utlegg i skyldnerens eiendeler.

¹⁵³ *ibid.* s. 21.

¹⁵⁴ Kkl. §§ 60 og 61.

At debitor er under gjeldsforhandling, har altså ingen virkning for de nye kreditorenes dekningsadgang. Dette vil gjerne være en forutsetning for at disse vil inngå avtaler med debitor, og reglene bidrar derfor til å sikre videre drift. Ettersom de nye kreditorene har muligheten til å ta utlegg og begjære konkurs, er det imidlertid svært viktig at debitor under gjeldsforhandling ikke inngår avtaler som han ikke klarer å oppfylle. Da vil gjeldsforhandlingen lett kunne veltes.

9.2 Dekningsrett når gjeldsforhandlingen går direkte over i konkurs

Etter deknl. § 9-2, 2.ledd, nr. 2 får fordringer som har oppstått ved avtale ”under en umiddelbart forutgående gjeldsforhandling” spesiell dekningsrett ved konkurs. Det er altså en forutsetning for at regelen skal komme til anvendelse at gjeldsforhandlingen var mislykket, slik at den gikk direkte over i konkurs. Regelen omfatter med andre ord ikke de tilfellene der avtalen stammer fra en vellykket gjeldsforhandling som førte til at virksomheten ble drevet normalt en stund.

Deknl. § 9-2, 2. ledd, nr. 2 gir ”forpliktelser påført skyldnerens bo med gjeldsnemndas tillatelse” status som massefordring¹⁵⁵ (dog etter enkelte prioriterte krav nevnt i 1. ledd). Ut fra en umiddelbar forståelse av ordlyden, innebærer bestemmelsen i deknl. § 9-2, 2. ledd at de fordringer som skriver seg fra avtaler som debitor har foretatt med gjeldsnemndas tillatelse etter kkl. § 14, 2. ledd automatisk får status som massefordring. En slik forståelse støttes også av forarbeidene til endringsloven fra 1999: Departementet valgte ”å erstatte ordet ”særlig samtykke” med ”tillatelse” ... Terminologien og meningsinnholdet blir dermed det samme som i konkursloven § 14 annet ledd og § 15 første ledd”.¹⁵⁶ Bestemmelsen er gitt for å sikre at debitor får inngått de avtaler han er avhengig av for å sikre den videre drift, som for eksempel avtaler om vareleveranser.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Kapittel 7.1.

¹⁵⁶ Ot.prp.nr.26 (1998-99) s. 262.

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 36.

Etter kkl. § 14, 1. ledd kan debitor inngå avtaler som ledd i den daglige virksomheten uten gjeldsnemndas samtykke. Det følger imidlertid av begrensningene i 2. ledd at dette normalt dreier seg om avtaler der ytelsene skjer samtidig. Kreditor vil dermed ikke ha noe krav etter at avtalen er gjennomført, og det er således ikke noe behov for at bestemmelsen i § 9-2 omhandler disse avtalene.

Hvis debitor derimot har inngått en avtale der han selv skal yte på et senere tidspunkt, er dette en avtale som krever tillatelse fra gjeldsnemnda.¹⁵⁸ Spørsmålet blir dermed hvilken stilling kreditor får hvis debitor har inngått avtalen uten å innhente gjeldsnemndas tillatelse.

Ifølge kkl. § 15 er ”gyldigheten av skyldnerens disposisjoner ... i forhold til godtroende tredjeperson ikke betinget av at de er foretatt med tillatelse av gjeldsnemnda”.

At gyldigheten ikke er betinget av tillatelsen, må bety at man i disse tilfellene regner det som om tillatelsen var gitt. Denne forståelsen er også lagt til grunn av Huser.¹⁵⁹ Det vil altså være kreditors tro som avgjør om fordringen skal få massekravstatus eller ikke.

Spørsmålet blir dermed hva det innebærer at kreditor må være i god tro. Et krav om god tro innebærer normalt et krav om aktsom god tro. Det er altså ikke avgjørende hvorvidt man var klar over noe eller ikke, men hvorvidt man burde vært klar over noe eller ikke. Det må altså legges en normal aktsomhetsvurdering til grunn.¹⁶⁰

Kreditor må altså være i god tro med henhold til om debitor hadde rett til å inngå avtalen.

¹⁵⁸ Kapittel 8.1.

¹⁵⁹ Huser, op. cit., s. 192.

¹⁶⁰ I.c.

Debitors rett til å inngå avtaler blir som nevnt over¹⁶¹ innskrenket når han kommer under gjeldsforhandling. Kreditor må dermed være i god tro i forhold til om debitor er under gjeldsforhandling.

Etter kkl. § 6 skal det offentliggjøres når gjeldsforhandling er åpnet. Ettersom offentliggjøringen innebærer at det kunngjøres i Norsk lysningsblad og i lokale aviser, er det ikke mulig for kreditor å være i god tro når åpningen er offentliggjort. Retten kan imidlertid ”i særlige tilfeller ... bestemme at kunngjøring skal unnlates”. I slike tilfeller kan det tenkes at kreditor er i god tro når han tror at debtors virksomhet drives som normalt. Hans fordring vil i så fall få status som massekrav, selv om gjeldsnemnda ikke hadde gitt sin tillatelse til avtaleinngåelsen.

Det kan tenkes at debitor har latt være å innhente gjeldsnemndas samtykke, eller at han har handlet på tross av forbud fra gjeldsnemnda.

Selv om kreditor vet at gjeldsforhandling er åpnet, kan han tenkes å være i god tro i forhold til om debitor hadde rett til å inngå avtalen.

Kreditor bør være klar over at debitor under gjeldsforhandling må ha gjeldsnemndas samtykke til gjeldsstiftelse eller avhending eller bortleie av fast eiendom eller forretningslokaler.¹⁶² Han kan derfor ikke være i god tro ved slike kontraktinngåelser. Annerledes stiller det seg når det gjelder kravet om gjeldsnemndas samtykke ved avhending av ”formuesgjenstand av vesentlig betydning”. Hvorvidt en formuesgjenstand er av vesentlig betydning, vil som nevnt¹⁶³ bero på en rekke forskjellige ting. Det kan derfor lett oppstå situasjoner der man ikke kan forvente at kreditor var klar over at det dreide seg om en formuesgjenstand av vesentlig verdi. Kreditor kan da ha vært i aktsom god tro når

¹⁶¹ Kapittel 12.1.

¹⁶² Wiker, op. cit., s. 77.

¹⁶³ Kapittel 12.1.

han har trodd at debitor hadde rett til å inngå avtalen. Hans fordring kan derfor få massekravstatus.

Hvis kreditor var klar over at gjeldsnemndas samtykke var nødvendig for at debitor kunne inngå den aktuelle avtalen, må han ha mottatt en erklæring fra debitor for at han skal kunne anses for å være i god tro i forhold til om tillatelse var gitt. Debitor må dermed ha gitt kreditor en falsk erklæring for at kreditor skal kunne være i god tro. Var kreditor i god tro, vil hans fordring få massekravstatus.

Hvis kreditor ”ikke var i god tro har vedkommende ikke adgang til å gjøre noe krav gjeldende mot skyldneren eller ta imot dekning fra skyldneren før etter gjeldsforhandlingen er avsluttet”. Avtalen blir altså ikke ugyldig som følge av kreditors onde tro. Den blir bare utsatt slik at kreditor verken får massekrav eller dividendekrav for sin fordring.¹⁶⁴

Bestemmelsen er en naturlig følge av at debitor har rett til å inngå slike avtaler når han ikke er under gjeldsforhandling. Han kan dermed bli forpliktet når gjeldsforhandlingen er over. Forpliktelsen vil da ikke være i strid med hensynet om å sikre kreditorenes midler.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 71.

¹⁶⁵ Wiker , op. cit., s. 77.

10 Litteraturliste

10.1 Lover

Straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10.

Avtaleloven av 31. mai 1918, Nr 4.

Se panteloven av 8. februar, 1980, Nr. 2.

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

Dekningsloven av 8. juni 1984 nr. 59.

Selskapsloven av 21. juni 1985 Nr. 83

Kjøpsloven av 13. mai 1988 nr. 27.

Eiendomsmeglingsloven av 16. juni 1989 nr. 53.

Konkurranseloven av 11. juni 1993 nr. 65.

Verdipapirhandelloyen av 19. juni 1997 nr. 79.

Forbrukerkjøpsloven av 21. juni 2002 nr. 34.

Avhendingsloven av 3. juli 2002 nr. 93.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse av 26. mars 2004 nr. 17.

10.2 Forarbeider

Ot.prp.nr.50 (1980-81) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m.

Ot.prp.nr.80 (1986-87) Kjøpslov.

Ot.prp.nr.26 (1998-99) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m v.

Ot.prp.nr.22 (2003-2004) Om lov om finansiell sikkerhetsstillelse.

NOU 1972: 20 Forarbeider til Konkursloven og Dekningsloven.

NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.

10.3 Rettspraksis

Rt. 1910 s. 534

Rt. 1998 s. 1510

RG 1990 s. 1187.

10.4 Teori

Andenæs, Mads Henry, Konkurs, 2. utg., Oslo, 1999.

Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett, Oslo, 2003.

Huser, Kristian, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 1, Bergen, 1987.

Huser, Kristian, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3, Bergen, 1993.

Tjaum, Arne, Valuta- og renteswaper, Oslo, 1996.

Wiker, Håvard, Konkursloven: Kommentartutgave, Oslo, 2003, Håvard Wiker og Knut Ro.