

# Ugyldighet kontra mislighold i konkurs

Professor dr. juris Erik Røsæg,  
Universitetet i Oslo

## I

Et konkursbo mottar betaling for debitors fordringer fullt ut, men gir bare dividende av fordringene mot debitor. Dette bryter selvsagt sterkt bl.a. med kontraktsrettens idé om å sikre utveksling av en avtalt ytelse mot en annen avtalt ytelse.

Her skal det undersøkes i hvilken grad den solvente part, som har ytt uten å få motytelse, bør kunne unngå denne «likedelingsregelen» ved å påberope seg ugyldighet. Kan han f.eks. påberope seg ugyldighet som grunnlag for separatistrett? Spørsmålet har vært diskutert før, men kan være verd en ny runde med sikte på en kritisk gjennomtenkning.

Holdningen i dag er at likedelingsregelen ikke finner anvendelse ved ugyldighet,<sup>1058</sup> men ved mislighold. Men man kan påberope seg ugyldighet også i misligholdssituasjoner.<sup>1059</sup>

Mitt hovedfokus er løsøre.

---

1058 Se særlig Rune Sæbø, «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs», *Lov og Rett* 1996, s. 123–141, s. 127 flg., Rune Sæbø og Viggo Hagstrøm, «Spørsmål om separatistrett for 8 kommuner i strukturerte produkter handlet av Terra Securities ASA. Betenkning til Terra Securities ASA, dets konkursbo» (2008), s. 17 flg., Normann, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper* (1994), s. 526, 529–30, 533 og 536–537, Henriette Nazarian: «Opplysningssvikt som grunnlag for ugyldighet, mislighold eller lemping», *Jussens Venner* 2007, s. 201–220, s. 215, Nazarian og Nylund, *Konkursrett* (2012), s. 104f., Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 166, Lilleholt, *Allmenn formuerett: fleire rettar til same formuesgode* (2012), s. 277–8, Jo Ørjasæter: «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon», *Jussens Venner* 2015, s. 119–149, s. 133.

1059 Nedenfor, VII.

## II

Utgangspunktet i norsk rett er at unntakene fra likedelingsregelen trenger et grunnlag, såsom pant med rettsvern. Men det er ikke vanskelig å se at regelen er under press (med vekslende hell), særlig når den medfører at en part yter uten å få den avtalte motytelsen:

- En viser til at den solvente part ikke har ment å gi kreditt, og derfor bør bli bedre stilt enn likedelingsregelen tilsier.<sup>1060</sup> Men det har aldri vært noe vilkår for likedelingsregelens anvendelse at den solvente part har ment å gi kreditt; regelen rammer for eksempel også kreditorer som har et utenkontraksrettslig erstatningskrav. (En annen sak er at har den solvente part ment å gi kreditt, er det all grunn til å la likedelingsregelen gjelde.)
- En viser til at et formuesgode egentlig ikke er kommet innenfor debtors sfære, men bare passerer gjennom. Denne muligheten er iallfall nevnt av Høyesterett.<sup>1061</sup>
- En viser til at en gjenstand overlevert til debitor bør kunne tas tilbake, fordi den representerer en verdi i tillegg til det som debitor har fra før («versio in rem»). Slik begrunnes salgspant med rettsvern og til og med salgspant uten rettsvern i forhold til boet når det gjelder forholdet til konkurrerende ting-sinnbegrepspanthavere.<sup>1062</sup> Man glemmer lett at det typiske i alle gjensidig bebyrdende kontrakter er at debitor blir tilført et formuesgode, og at den solvente part vanligvis likevel risikerer å få motytelsen redusert til dividende.

Eksempelene ovenfor er nok hjemmelsmannskonflikter, der rettsvernkravene uansett tradisjonelt ikke har vært sterke. I suksessjonskonflikter er det på liknende måte vokst frem en del unntak fra den nominelle hovedregelen om at løse-ørekjøperen må få gjenstanden overlevert for å få rettsvern i selgerens konkurs. Slike unntak gjelder nok f.eks. ved tilvirkningskjøp og etter interesselæren.

Virkningen av likedelingsregelen kan regelmessig ikke forsvares i det enkelte tilfelle. Det beste som kan sies om den, er at alle behandles likt. Men da er det ikke rom for mange unntak.

1060 Se f.eks. Krüger, *Norsk kontraktsrett* (1989), s. 417.

1061 Rt-1992-492: «Etter min mening var det rimelig og naturlig at Lafopa og Teigen så oppgjøret som en helhet og betraktet det cederte beløp som sin del av oppgjøret fra Elkem og gikk ut fra at det uten hinder av en eventuell factoringavtale kunne overføres til dem. Ved aktsomhetsvurderingen legger jeg også vekt på at det ut fra kontraktsforholdets helt særegne karakter og bakgrunn var naturlig for Lafopa og Teigen å oppfatte Formo mer som en innkassator enn som en reell debitor for deres del av oppgjøret» (s. 498, flertallet).

1062 Rt-2000-1360 på s. 1364.

### III

Trangen til å redde den enkelte fra den urimeligheten som egentlig rammer generelt i konkurs, gjelder også når det hefter en ugyldighetsgrunn ved debitors erverv som den andre parten kan påberope seg. Argumentasjonen kan gå langs to linjer:

For det første kan det virke støtende om kreditorfellesskapet skal profitte på debtors handlinger som er sanksjonert med ugyldighet (ved at det ervervede likedeles).<sup>1063</sup> Sterkest gjør et slikt hensyn seg gjeldende når det gjelder svik, tvang o.l.<sup>1064</sup> Men selv ved brudd på opplysningsplikt og urimelige avtaler kan det synes galt å la kreditorfellesskapet profitte. På den andre siden er det ikke til å komme bort fra at normalregelen i konkurs er at kreditorfellesskapet i mange sammenhenger profiterer på debtors like urettmessige mislighold, for eksempel når man beholder en gjenstand og bare betaler dividende av kjøpesummen. Jeg har vanskelig for å se at det er noen prinsipiell forskjell her. Skillet går mellom de grove og mindre overtramp snarere enn mellom ugyldighet og mislighold.

Heller ikke i andre sammenhenger er det en generell regel om at boet først skal dekke de tapene debitor har påført andre ved forsett eller uaktsomhet.<sup>1065</sup> Det er ingen fortrinnsrett for uaktsomhetsansvar i konkurs, hva enten det dreier seg om et personskadekrav eller en urettmessig handling som har økt debtors inntekter og som kreditorfellesskapet derved nyter godt av.

For det andre kan man hevde at overføring av en gjenstand til debitor på grunnlag av en ugyldig avtale «egentlig» ikke overfører gjenstanden til debitor.<sup>1066</sup> Konsekvensen skulle da måtte bli at gjenstanden ikke kan inngå i boet, og at verdien av den ikke kan likeledes. Men jeg kan ikke skjønne annet enn at rettsordenen til enhver tid må avgjøre om dette er konsekvensen av en overføring etter en ugyldig avtale. Vi tenker oss ikke lenger at det er noen eiendomsrett eller annen rett som må overføres, og som kanskje derfor krever en gyldig avtale. Rettsordenen står fritt til å trekke de konsekvenser som måtte ønskes av at gjenstanden faktisk er i boets besittelse.

Maksimene om at boet ikke får større rett enn debitor, eller at tvangskreditorer ikke kan stole på debtors legitimasjon, er generaliseringer, som ikke

1063 Sæbø, *LoR* 1996, s. 134, fremholder at det ikke er debtors sviktende økonomi som eventuelt er en ugyldighetsgrunn som kan gjøres gjeldende som grunnlag for separatistrett i konkurs, men debtors brudd på opplysningsplikten om dette. Dette er riktig nok, men det at ikke alle misligholdstilfeller er ugyldighetstilfeller, er knapt noen overraskelse.

1064 Slik Andenæs, *Konkurs*, s. 176, om vindikasjon av stjalne penger.

1065 Normann, s. 537, bringer den trøst til dem som f.eks. har mistet sin forsørger og bare får dividende av sitt erstatningskrav, at de ikke utgjør noen stor gruppe.

1066 Se særlig Ørjasæter, *JV* 2015, s. 131–135.

føyer noe til de reelle hensynene som ellers måtte føres i marken. Når det spesielt gjelder formuleringen som henspiller på legitimasjon, synes det klart at det ikke er konkurskreditorenes tillitsinteresse som står på spill her, men gjennomslagskraften for likedelingsregelen.<sup>1067</sup>

Man kan selvsagt også anføre mot likedelingsregelens anvendelse i ugyldighetstilfeller alt det som gjør regelen urimelig i enkelttilfeller, så som at den innebærer en tilfeldig fordel for boet.<sup>1068</sup> Denne gruppen argumenter er ikke begrenset til ugyldighetstilfellene, og kan således ikke begrunne hvorfor ugyldighetstilfellene skal behandles annerledes enn f.eks. misligholdstilfellene.

Dersom først ugyldighetskarakteristikken ikke gir veiledning i spørsmålet om en gjenstand skal inngå i boet og verdien av den likedeles, vil det heller ikke spille noen rolle når ugyldigheten inntreffer. Man kan tenke seg en avtale som aldri har vært gyldig, en avtale som ble ugyldig senere, men før levering til debitor, og en avtale som har blitt ugyldig først etter levering til debitor. Riktignok vil et restitusjonskrav i den siste situasjonen være en suksesskonflikt med boet, mens det ellers vil være tale om hjemmelskonflikter. Men de reelle hensynene er vel helt de samme uansett. Det er således ingen grunn til å tro at faren for kreditorsvik ved antedatering eller på annen måte er større ved etterfølgende ugyldighet enn ved opprinnelig gyldighet.

På tilsvarende måte er det i prinsippet irrelevant om oppgjøret mellom partene i den ugyldige avtalen skjer *ex nunc* eller *ex tunc*. Men skal det ikke skje restitusjon etter ugyldighetsreglene, er det selvsagt ikke større grunn til restitusjon overfor konkursboet.

Det blir etter dette vanskelig å resonnerer seg frem til om gjenstander som er overført til debitor etter en ugyldig avtale, skal inngå i boet og verdien av dem likedeles. Ugyldighetsterminologien gir simpelthen liten generell veiledning. Det er andre hensyn som må ligge til grunn for de løsninger man velger.

## IV

Tankegangen omkring ugyldighet kompliseres av at debitor kan ha opptrådt urettmessig ikke bare i forbindelse med avtalen som er grunnlaget for at han har fått gjelstanden, men også i forbindelse med selve leveringen. Kan det tenkes at boet må levere fra seg gjelstanden på grunn av omstendigheter ved overleveringen?

Det er alminnelig antatt at ugyldighetsreglene kan brukes også på oppfyllelsehandlinger.<sup>1069</sup> Spørsmålet her blir da hvilken betydning viljesmangler

<sup>1067</sup> Normann, s. 526, viser imidlertid til denne formelen.

<sup>1068</sup> Sæbø, *LoR* 1996, s. 131 og 135.

<sup>1069</sup> Sæbø, *LoR* 1996, s. 139–40.

kan få når det gjelder overleveringen til debitor. Andre grupper ugyldighetsinnsigelser er vel lite relevante når det gjelder oppfyllelshandlinger. Har vergen rathabert den umyndiges salg, kan det f.eks. neppe gjøres gjeldende at leveringen er ugyldig fordi den umyndige har gjennomført den uten vergens medvirkning.

I vår sammenheng, når det gjelder løsørekjøp, må det i utgangspunktet være nok å konstatere hvor gjenstanden befinner seg på det relevante tidspunktet. Det er ikke noe grunnlag for å kreve f.eks. en overføringsvilje. Da kan heller ikke viljesmangler i den sammenhengen være relevant. Men hensynene bak reglene som legger vekt på hvor gjenstanden befinner seg, kan tenkes å lede til andre resultater.

Når det gjelder stansningsretten i hjemmelskonflikt-tilfeller, er nok det viktigste at man måtte velge et eller annet skjæringspunkt, og at dette helst bør knytte seg til en begivenhet som er ytre konstaterbar, og som det ofte finnes bevis om i ettertid. Dette kan kalles notoritetshensyn,<sup>1070</sup> men det er i tilfelle noe helt annet enn tidsnotoritetshensynet i suksessjonstilfellene.

Det dispositive kommer helt i bakgrunnen i forbindelse med dette skjæringspunktet. Det typiske er at selgeren på skjæringstidspunktet for lengst har levert etter kjøpsavtalen og overlatt alt til en transportør. Prosessen går sin gang; det er stansingen som krever en beslutning fra selgeren. Likevel kan en jo tenke seg at selgeren blir lurt til å sette leveringsprosessen i gang snarere enn å bestemme seg for å misligholde.

Skoleeksempelet på ugyldig levering er (fra gamle dager) levering mot debitors dekningsløse sjekk. Er en slik overlevering ugyldig i den forstand at gjenstandens verdi ikke skal likeledes?

Spørsmålet er egentlig ikke avklart.<sup>1071</sup> Mange vil nok synes det gir best sammenheng i lovverket her om boet leverer tilbake gjenstanden. Selv ville jeg lagt større vekt på om overleveringen skjer av fri vilje – på tross av at selgeren kan se at det er en mulighet for sjekkbedrageri, etc. Det er ingen grunn til å stille den bedre som tar en insolvensrisiko ved avtaleslutningen enn ved overleveringen av salgsgjenstanden.

Etter dette er det lite rom for en ugyldighetstankegang i forbindelse med selve overleveringsakten. Unntak må selvsagt gjøres for de rene tyveri- og selvtektstilfeller, og kanskje også for feilleveringer.<sup>1072</sup> Men det dreier seg nettopp vel så mye om mangler ved debitors hjemmel som ved overleveringen.

1070 Se f.eks. Sæbø, *LoR* 1996, s. 135.

1071 Sæbø, *LoR* 1996, s. 140, Filip Truyen, «Overgivelseskriteriet ved selgerens stansningsrett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1990, s. 342–389, s. 384 flg., begge med videre henvisninger.

1072 Se til det siste Andenæs, *Konkurs*, s. 166; Lilleholt (2012), s. 286.

## V

Tradisjonelt har det vært avgjørende for et krav på å ta gjenstander tilbake fra bo på grunnlag av ugyldighet at gjenstanden som søkes tilbake, er i behold.<sup>1073</sup> Dette følger på en måte av at grunnlaget for kravet er eiendomsretten (som forutsetningsvis ikke har gått over). Eiendomsrett tenker en seg jo knyttet til en bestemt gjenstand.<sup>1074</sup>

Et grensetilfelle her er når gjenstanden er sammenblandet eller blitt tilbehør til andre ting. I slike tilfeller regnes eiendomsretten for tapt når sammenblandingen skjer med en hovedting.<sup>1075</sup> Når det gjelder penger, har man ofte satt som et tilleggsvilkår for at eiendomsretten skal være i behold at det var en plikt til å holde dem i egen kasse.<sup>1076</sup>

De reelle hensynene som trekker i retning av å legge vekt på om gjenstanden er i behold, er få. Er det først grunn til å stille en kreditor sterkere enn de andre fordi han f.eks. er blitt sveket, svekkes ikke disse grunnene av at tvistens gjenstand er blitt borte.

Hvilke krav man setter til atskillelse av det som kreves tilbake, og til plikten til å holde det atskilt, varierer med grunnlaget for kravet.<sup>1077</sup> Det er et utslag av slik tankegang om å se på grunnlaget for kravet mer enn gjenstanden for kravet. Men man krever vanligvis uansett at det faktisk går an å identifisere det som søkes tilbake.<sup>1078</sup>

Fordelen ved å begrense kravet til gjenstander som er i behold, er at man unngår massekonkurs. Men det kunne man også oppnå ved å nøye seg med å gjøre kravene fortrinnsberettigede. For å sikre dem man vil gi et restitusjonskrav, måtte man også avgrense tingsinnbegrepspanthaveres rett mot slike krav.<sup>1079</sup>

I tillegg til en fortrinnsrett kunne en tenke seg en utvidet rett til verdiene som har erstattet den gjenstanden man hadde eiendomsrett i, tilsvarende doktrinen om sporing («tracing») i engelsk rett.<sup>1080</sup> Også i norsk rett finnes en slik tankegang.<sup>1081</sup> En beskytter da noen av dem som er offer for ugyldige avtaler, bedre enn om man ikke hadde brukt sporing («tracing»), men treffer ikke nødvendigvis dem som er mest beskyttelsesverdige.

1073 Normann, s. 526 (om videresalg for konkursåpning), Krüger, *Kontraktrett*, s. 417.

1074 Se slik særlig Ørjasæter, *JV* 2015, s. 144.

1075 Lov nr. 17/1969 om hendelege eieendomshøve § 7; sjøl. § 45, pantel. § 3-19, Rt-1974-879 (stansningsrett i behold på tross av sammenblanding).

1076 Andenæs, *Konkurs*, s. 175 flg.; Bergsåker, *Pengekravsrett* (2015), s. 277 flg.

1077 Andenæs, *Konkurs*, s. 176 flg.; Bergsåker (2015), s. 288 flg.

1078 Bergsåker (2015), s. 289, har muligvis et unntak for tilbakesøkning av penger etter feilbetaling.

1079 Jf. løsningen i pantel. § 3-4(3).

1080 Se f.eks. Smith, *The law of tracing* (1997). Se særlig s. 24-5 om «tracing» i konkurs.

1081 Lilleholt (2012), s. 313 flg.

I kriminelle tilfeller kan omfattende strafferettslige inndragningskrav gjøres gjeldende uten hensyn til om de enkelte stjålne gjenstandene kan identifiseres.<sup>1082</sup> Det kan vel ikke være grunn til å beskytte kreditorfelleskapet mot tilsvarende krav fra de bestjålne. Alternativt kunne det offentlige inndra til fordel for ofrene for kriminaliteten.

## VI

Dersom man først frigjør spørsmålet om restitusjon etter ugyldighet fra spørsmålet om en levert gjenstand er i behold, kunne man tenke seg å bruke de samme synspunktene også på levering av tjenester og immaterialrettigheter. Det er ingen større grunn til at boet skal profitere på f.eks. en tjeneste debitor har tvunget til seg, enn en vare han har fått levert ved svik.

## VII

Det er særlig to utviklingstrekk i forholdet mellom ugyldighet og mislighold som det er grunn til å spørre seg om kan ha betydning i denne sammenhengen.

For det første er regler om *opplysningsplikt* regelmessig integrert i mangelsvurderingen, og slik sett gjort til et misligholdsspørsmål snarere enn et ugyldighetsspørsmål.<sup>1083</sup> En tenker seg imidlertid at dette ikke skal utelukke at man påberoper seg de samme fakta som ugyldighetsgrunn.<sup>1084</sup> Kontraksrettsreguleringen utelukker derfor ikke eventuelle særregler man måtte ha for ugyldighetstilfellene når det gjelder rettigheter mot boet. Det har vel uansett ikke vært meningen med den nye kontraksrettslovgivningen å ta stilling til kravenes stilling i konkurs; her har det vel mer vært hensiktsmessige sanksjons-systemer og internasjonale trender som har vært motiverende.

Konsekvensen av denne utviklingen er at hovedregelen for mislighold – at man ikke kan ta det leverte tilbake (kjøpsloven § 54) – i stor grad kan tenkes unngått ved at man påberoper seg ugyldighet, selvsagt forutsatt at den samme regelen ikke gjelder i ugyldighetstilfellene også.<sup>1085</sup>

1082 Straffeloven § 67.

1083 F.eks. kjøpsloven § 18.

1084 Sæbø/ Hagstrøm, s. 17 flg., Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011), s. 147 flg., Normann, s. 535 flg., Sæbø, *Innsidhandel med verdipapir* (1995), s. 295 flg., Nazarian *JV* 2007, s. 215 flg., PECL art. 4:119, motsatt Kjetil Krokeide, «Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1977, s. 132–227, s. 155 flg., og UNIDROIT Principles art. 3.7.

1085 Slik er det nok ikke; se note 1 ovenfor.

Dette poenget forsterkes av det andre utviklingstrekket: *Ugyldighetsregler basert på misforhold mellom ytelse og motytelse* i kontraktsoppfyllelsen blir stadig viktigere. Typetilfellet er avtaleloven § 36. Det er ikke stor prinsipiell forskjell på om man bruker slike bestemmelser, bristende forutsetninger eller gjensidighetsbeføyelser for å sørge for et riktig forhold mellom ytelse og motytelse. At man i det siste tilfellet fastholder kontrakten, mens man reviderer den etter avtaleloven § 36,<sup>1086</sup> kan vanskelig begrunne at kravene skal behandles forskjellig i konkurs. Ugyldighet er ikke lenger reservert de moralsk klanderverdige tilfellene, og da synes det vanskelig å opprettholde ugyldighet som en egen kategori i spørsmålet om likedelingsregelen i konkurs skal gjelde.

## VIII

Spørsmålet blir etter dette hvorvidt det er grunn til å gi en solvent part som påberoper seg ugyldighet, en sterkere stilling overfor et konkursbo enn en som påberoper seg mislighold – når det gjelder spørsmålet om verdien av en levert ytelse kan unntas fra likedeling. Som allerede antydnet tror jeg ikke dette bør løses generelt for kategorien «ugyldighet».<sup>1087</sup>

Det er vel etablert at formuesgoder som debitor bare står som eier av pro forma, kan kreves tilbake av rette eier.<sup>1088</sup> Jeg ser ingen grunn til å utfordre denne regelen.

Like uproblematisk er det at kreditorfellesskapet ikke bør kunne fordele debitorens tyvegods seg imellom.

Habilitetsmangler er likeledes, etter min mening, et relativt klart tilfelle. Kan den sinnssyke kreve restitusjon av en ytelse, må han også kunne kreve det av mottakerens konkursbo. Jeg kan ikke se noen grunn til at han skal miste sitt vern i konkursen; faren for kreditorsvik er liten, og det ville være temmelig anstøtelig om konkursboet skulle profittere på dette.<sup>1089</sup>

Dersom en avtale er ugyldig fordi den strider mot et offentligrettslig forbud (f.eks. om valutaregulering), skjer en eventuell restitusjon ikke av

1086 Læren om bristende forutsetninger kan vel falle i begge kategorier.

1087 Andenæs, *Konkurs*, s.178, fremhever at vindikasjonsspørsmålet kan måtte løses forskjellig for forskjellige ugyldighetsgrunner når det gjelder vindikasjon av penger. Motsatt Sæbø, *LoR* 1996, s. 136, som mener det gir dårlig sammenheng i reglene å ikke ha samme regel for proforma og culpa in contrahendo.

1088 Se særlig Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964), s. 468 flg.; Brækhus, *Omsetningskollisjoner* (1998), s. 34 flg.

1089 Motsatt Torkel Opsahl: «Vindikasjon av penger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1953, s. 267–310, som på s. 282–283 hevder at den umyndige ikke bør kunne vindisere ytelser til boet, fordi ugyldigheten også kan gjøres gjeldende når mottakeren er i god tro, og det å trekke pengene inn i egen omsetning derfor ikke er rettsstridig.



hensyn til den annen part i avtalen. Da er det vel ingen grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen om likedeling i konkurs, og restitusjonskravet bør reduseres til dividende.

Omstøtelseskrav *mot* et konkursbo kan meget vel ses som restitusjonskrav etter en spesiell form for ugyldighet. Om en ytelse etter en omstøtelig disposisjon kommer det ene eller det andre konkursbo til gode, kan ikke ha stor prinsipiell betydning, spesielt når det gjelder de objektive omstøtelsesreglene. En bør derfor velge det oppgjørsteknisk enkleste, og behandle omstøtelseskravet som alle andre konkurskrav, dvs. som dividendekrav.<sup>1090</sup>

Når det gjelder krav på grunnlag av ugyldighet som åpenbart ikke har noe med insolvensen å gjøre, f.eks. tilblivelsesmangler og avtalt misforhold mellom ytelse og motytelse, bør vel disse ikke reduseres til vanlige dividendekrav når gjeldende rett først har statuert ugyldighet. Dette følger den vel etablerte tradisjonen for restitusjon etter ugyldighet i konkurs.<sup>1091</sup>

For ugyldighet som har samband med debtors vanskelige økonomi, bør likebehandlingsregelen gjelde, slik at den solvente part ikke får noen særrett.<sup>1092</sup> Sondringen finnes også i en annen sammenheng i dekningsloven § 7-3(2). I slike tilfeller er likheten med misligholdskrav slående. Kjerneområdet for dette synspunktet er når konkursen påberopes som bristende forutsetning. Men også når debtors handlemåte er preget av den pressede økonomiske situasjonen, f.eks. ved å holde tilbake opplysninger for å få i stand en hårdt tiltrengt avtale, bør det samme gjelde. Hovedregelen om likedeling i konkurs bør gjelde med mindre det er åpenbart at konkursen er irrelevant.

## IX

Dersom en er enig i at det er de samme hensynene som gjør seg gjeldende enten den solvente part påberoper seg ugyldighet eller mislighold på grunnlag av et gitt sett rettsfakta, kunne en tenke seg samme typer vurderinger for mislighold som dem ovenfor i VIII. Regelen i kjøpsloven § 54 om at en selger som hovedregel ikke kan heve etter levering, kan synes noe streng om hevingsgrunnen

1090 Motsatt NOU 1972: 20 s. 301; Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs: 3: Omstøtelse* (1992), s. 644; Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære* (2009), s. 236. Motsatt også Andenæs, *Konkurs*, s. 166, som synes å legge vekt på om omstøtelseskravet er utformet som et krav på naturalrestitusjon eller ikke.

1091 Jf. ovenfor, note 1.

1092 I denne retningen Andenæs, *Konkurs*, s. 207–208; Lilleholt (2012), s. 277–8; Hauge (2009), s. 236 (med videre henvisninger). Sæbo, *LoR* 1996, s. 136, peker på likheten med proforma snarere enn mislighold.

ikke har noe med konkursen å gjøre. Det samme gjelder den korresponderende regelen i dekningsloven § 7-7(2), særlig for så vidt den hindrer et hevingsoppgjør med dividende av det som skal restitueres fra konkursdebitor. Jeg synes det er vanskelig å finne en god begrunnelse for at boet skal profitte på debtors mislighold som ikke har noe med insolvensen å gjøre.<sup>1093</sup> Det at en kaller det mislighold (og ikke ugyldighet), er iallfall ingen god begrunnelse.

I et vanlig kjøp vil konkursdebitors ytelse være en pengeytelse, og manglende betaling vil typisk ha nær sammenheng med insolvensen. Men det kan også dreie seg om et bytte der konkursdebitors ytelse er mangelfull. I slike tilfeller bør den solvente parten kunne heve og ytelsene tilbakeføres.

Dersom bestemmelser som kjøpsloven § 54 modifiseres slik, vil de ha liten betydning utenfor konkurs. Slike bestemmelser bør da kanskje flyttes til dekningsloven. Den internasjonale kjøpskonvensjonen CISG inneholder ikke noe tilsvarende hevingsforbud (art. 64).

Ovenfor er det antydnet at krav fra den som er rammet av ugyldighet og som kunne krevd ytelsen tilbake om den hadde vært i behold, kanskje burde være fortrinnsberettiget i konkurs, og nyte godt av regler om sporing («tracing»). Dette har sammenheng med at grunnlaget for kravet er slik at det leder til ugyldighet. Om den solvente part bare kan påberope seg mislighold, er forholdet typisk ikke så graverende, og fortrinnsrett og sporing («tracing») bør ikke kunne brukes.

1093 Hos oss er det ikke vanlig å begrunne regelen med hensyn som er relevante uavhengig av insolvensen, f.eks. oppgjørstekniske hensyn, se Sæbø, *LoR* 1996, s. 132.