



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Kreditorvern

Sverre Magnus Bergslid Salvesen

Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – oktober 2020

Sverre Magnus Bergslid Salvesen

KREDITORVERN

«How did you go bankrupt?»

Bill asked.

«Two ways,» Mike said. «Gradually
and then suddenly.»

Ernest Hemingway, «The Sun Also
Rises»

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Begrepsavklaring	6
1.2.1	Formuesgode og formuesrettigheter	6
1.2.2	Kreditor, debitor og suksessor	8
1.2.3	Kreditorvern, rettsvern, rettsvernsakt og sikringsakt	10
1.2.4	Sondringen mellom rett og rettsvern	12
1.2.5	Separatistrett	12
1.2.6	Konkursbeslag, utlegg og utleggspant	13
1.3	Metode	15
1.3.1	Rettsdogmatisk metode	15
1.3.2	Funksjonalismen – en kasuistisk tilnærming til retten	19
1.3.3	Utenlandske og internasjonale rettskilder	21
1.4	Aktualitet	23
1.5	Avgrensninger	24
2	Utgangspunkter, parter og kollisjonsmodeller	29
2.1	Innledning	29
2.2	Kollisjonsmodeller og partene	30
2.3	Hensyn bak kreditorvernregler	39
2.4	Stiftelsesgrunnlag	42
2.5	Perspektivvalg	44
3	Tilgrensende tredjemannsregler	47
3.1	Tredjemannsregler uten ekstinktive virkninger	47
3.1.1	Innledning	47
3.1.2	Omstøtelse	47
3.1.3	Tilbakeholds-, stansings- og hevingsrett	52
3.1.4	Inntredelse	56

3.2	Kreditorekstinksjon og omsetningsekstinksjon	57
3.3	Kort om preskriptive godtroerverv	60
4	Fra vernet eiendomsrett til formuesrettigheter med rettsvern.....	63
4.1	Innledning	63
4.2	Hvilken betydning kan eiendomsretten ha?	64
4.3	Den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten	70
4.4	Den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten	77
4.5	Innsigelser mot den substansielle og funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten	84
4.6	Kan en substansiell tilnærming til eiendomsretten yte bidrag til forståelsen av norsk og internasjonal rett?.....	93
4.7	Kan ulike tilnærminger til eiendomsretten ha rettslig betydning?.....	96
4.8	Oppsummering og avsluttende merknader	103
5	Grunntrekk ved kreditorvernregler	107
5.1	Innledning	107
5.2	Kreditorvernreglenes positivrettslige og preseptoriske karakter	108
5.2.1	Innledning	108
5.2.2	Adgangen til å oppstille ulovfestede unntak	108
5.2.3	Adgangen til å foreta utvidende tolkninger og analogier.....	118
5.2.4	Adgangen til å avtale seg bort fra kreditorvernregler?	121
5.3	Minstevilkår for å oppnå vern mot kreditor	122
5.3.1	Innledning	122
5.3.2	Rettighetsstiftelsen mellom debitor og suksessor må være bindende.....	123
5.3.3	Kreditorenes adgang til å påberope ugyldighet	123
5.3.4	Proforma	132
5.3.5	Spesialitetsprinsippet	142
5.4	Adgangen til å etablere ulovfestede kreditorvernregler.....	144
6	Kreditorekstinksjon i lys av EMK	151

6.1	Innledning	151
6.2	Kort om systematikken i EMK P1-1	152
6.3	Pye-saken	155
6.4	Hvilken betydning kan EMK P1-1 ha for norske regler om kreditorekstinksjon?	159
6.4.1	EMDs prøving av norske tomtefesteregler etter EMK P1-1	159
6.4.2	Akseptabel hjemmel.....	161
6.4.3	Legitimt formål	162
6.4.4	Proporsjonalitetstesten	163
6.5	Oppsummering og konklusjon.....	165
7	Rettsregistrering.....	167
7.1	Innledning	167
7.2	Ulike typer rettsregister.....	169
7.3	Hva kan registreres i et rettsregister og hvilket prioritetsystem gjelder?.....	172
7.3.1	Hvilke rettigheter kan tinglyses?	172
7.3.2	Fra dagbokprioritet til tidsprioritet.....	173
7.4	Etablering av kreditorvern overfor utleggstaker	176
7.4.1	Rettslig utgangspunkt.....	176
7.4.2	Kreditorenes prioritetsfortrinn	177
7.4.3	Rettighetserverv som nyter vern mot utleggstaker uten tinglysing	179
7.4.4	Eksproprierte rettigheter	181
7.4.5	Forholdet mellom utleggstaker og konkursbo	184
7.5	Etablering av kreditorvern overfor konkursbo.....	185
7.5.1	Rettslig utgangspunkt.....	185
7.5.2	Konkursåpningens funksjon som sikringsakt og rettsvernsakt.....	192
7.5.3	Sikringsakt ved konkursbeslag i verdipapir, elsertifikat og livsforsikring	194
7.5.4	Rettigheter som ikke må tinglyses for å stå seg overfor konkursbeslag	196
7.6	Tingsinnbegrepspant som beslagsobjekter	202

7.6.1	Driftstilbehørs- og varelagerpant	202
7.6.2	Factoringpant	209
7.7	Kort om rettsregister for immaterielle rettigheter	221
7.8	Tolkning av regler om rettsregistrering i lys av rettslige prinsipper fra andre deler av formueretten	224
7.9	Bortfall av kreditorvern.....	231
7.9.1	Bortfallsregler	231
7.9.2	Bortfall av aksessorisk rettsvernshevd gjennom klanderverdig passivitet	235
7.9.3	Bortfall av kreditorvern i tilbehør til luftfartøy.....	239
7.10	Hus på fremmed grunn.....	243
7.11	Kan et konkursbeslag ekstingveres gjennom godtroekstinksjon?	247
7.12	Selvstendig rettsvernshevd.....	252
7.13	Kort om rettigheter stiftet gjennom alders tids bruk	261
7.14	Rettsvernssurrogater	263
7.14.1	Innledning	263
7.14.2	Sikringspant som rettsvernssurrogat	265
7.14.3	Hjemmelsselskap	268
7.14.4	Spesialforetak.....	271
7.14.5	Tinglysing av uoppfylt kjøpekontrakt.....	273
7.14.6	Legalpant etter avhendingsloven § 2-9	274
7.14.7	Bør og kan bruk av rettsvernssurogater motvirkes?	275
7.15	Oppsummering og avsluttende refleksjoner	277
8	Overlevering	279
8.1	Introduksjon	279
8.1.1	Tema og problemstilling	279
8.1.2	Kjennetegn ved formuesgoder som kan ha overlevering som rettsvernsakt..	279
8.1.3	Utviklingstrekk ved markedsplassen og betalingsformen	281

8.1.4	Terminologi.....	282
8.1.5	Oversikt over videre fremstilling	282
8.2	Etablering av kreditorvern for eiendomsrett i alminnelig løsøre	283
8.2.1	Innledning	283
8.2.2	Forutsetning for drøftelsen.....	285
8.2.3	Aktualitet.....	286
8.2.4	Mulige skjæringstidspunkter for løsørekjøpers kreditorvern.....	288
8.2.5	Overleveringens funksjon som vilkår, rettsvernsakt, skjæringstidspunkt og bevispresumsjon.....	291
8.2.6	Overlevering	293
8.2.7	Interesselæren	302
8.2.8	Individualisering	307
8.2.9	Hvilken kreditorvernregel bør gjelde ved løsørekjøp?	323
8.2.10	Typetilfeller.....	324
8.2.11	Typetilfelle: Tilvirkningsunntaket	326
8.2.12	Typetilfelle: Forbrukerunntaket	339
8.2.13	Typetilfelle: Eiendomsrett ervervet gjennom gavedisposisjoner.....	341
8.2.14	Øvrige tenkelige typetilfeller?	345
8.3	Etablering av kreditorvern for panterrettigheter i løsøre.....	347
8.3.1	Innledning og kort om salgspant.....	347
8.3.2	Hvordan etableres kreditorvern etter reglene om håndpant?	348
8.3.3	Bortfall av kreditorvern.....	351
8.4	Bruksrettigheter.....	353
8.5	Omsetningsgjeldsbrev.....	358
8.5.1	Innledning	358
8.5.2	Legaldefinisjon og rettslig grunnlag	359
8.5.3	Overlevering som rettsvernsakt?.....	361

8.5.4	Panterett	365
8.6	Avsluttende refleksjoner	366
9	Notifikasjon.....	369
9.1	Innledning	369
9.2	Enkle fordringer	370
9.2.1	Definisjon og lovregulering	370
9.2.2	Innhold	372
9.2.3	Pant i enkle fordringer	373
9.3	Aksjer	374
9.3.1	Varslingsregler som ikke samsvarer med gjeldsbrevloven?	374
9.3.2	Utlegg i aksjer	379
9.4	Kort om øvrige notifikasjonsregler	379
9.4.1	Panterettigheter i løsøre som befinner seg hos andre enn pantsetter	379
9.4.2	Adkomst dokumenter til leierett eller boret til husrom.....	380
9.4.3	Medlemskap i samvirkeforetak	381
9.5	Avsluttende merknader	383
10	Avsluttende betraktninger	385
10.1	Kapittelets siktemål.....	385
10.2	Er frykten for kreditorsvik overdreven?	385
10.3	En positivrettslig utfordring	387
10.4	En funksjonell utfordring	389
	Kildeliste	395

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er kreditorvern. Ordet kreditorvern kan deles opp i to enkeltbegreper: kreditor og vern. Det første begrepet – kreditor – kan ha et litt ulikt innhold innenfor ulike juridiske fagdisipliner, jf. punkt 1.2.2. I denne avhandlingen brukes kreditor som en betegnelse på dekningsøkende kreditor. Dekningsøkende kreditor kan være en enkeltsøkende utleggstaker, eller et kreditorfelleskap i form av et gjeldsforhandlingsbo/rekonstruksjonsbo, konkursbo eller insolvent dødsbo underkastet offentlig skifte, jf. dekningsloven § 2-1 første ledd og punkt 1.2.2.¹ Felles for disse aktørene er at de søker å inndrive utestående gjeld fra en debitor. Gjeldsinndrivelsen kan skje ved at kreditorene tar beslag i formuesgoder som tilhører debitor, jf. dekningsloven § 2-2.² Beslaget skjer etter beslutning fra offentlige myndigheter, enten gjennom at det stiftes utleggspant fra namsmyndighetene (utleggstaker), jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-3, eller gjennom at tingretten åpner gjeldsforhandling, konkurs eller offentlig skifte av et insolvent dødsbo, jf. konkursloven §§ 4 tredje ledd og 72 første ledd og skifteloven §§ 9 og 23 annet ledd.³

Det andre begrepet i ordet kreditorvern – vern – kan forstås på minst tre måter når det kombineres med begrepet kreditor. For det første kan en ordlydsfortolkning tilsi at det er tale om hvordan debitor kan verne seg mot å bli utsatt for gjeldsforfølgning fra kreditorene. Dette kan for eksempel skje gjennom at debitor begjærer rekonstruksjonsåpning. En av virkningene av at en rekonstruksjonsforhandling åpnes, er at kreditorenes adgang til å begjære debitor konkurs, samt ta utlegg i debtors formuesgoder, begrenses, jf. rekonstruksjonsloven § 17 og 18. Det er *ikke* debtors adgang til å verne seg mot gjeldsforfølgning som er gjenstand for analyse i denne avhandlingen.

Adgangen til å begjære rekonstruksjonsforhandling ble innført gjennom en midlertidig lov som trådte i kraft 7. mai 2020 – som en konsekvens av COVID-19 – og skal etter planen overta permanent for konkurslovens regler om gjeldsforhandling. Den midlertidige loven om rekonstruksjon varer frem til 1. januar 2022. I tidsperioden rekonstruksjonsloven er gjeldende, trer reglene om rekonstruksjon inn i stedet for reglene om gjeldsforhandling, jf. konkursloven § 1. Formålet med den midlertidige loven er å «reducere risikoen for unødige konkurser i levedyktige virksomheter som er rammet av en akutt svikt i inntektene som følge av utbruddet», se Prop.75 L (2019-2020) s. 5.

For det andre kan begrepet vern, i kombinasjon med begrepet kreditor, forstås som enhver regel som har til siktemål å gi kreditorene en styrket stilling overfor debitor. *Hans Fredrik*

¹ Kortnavn for lover har fullstendige henvisninger i kildelisten bakerst.

² Se nærmere om begrepet formuesgode i punkt 1.2.1.

³ Andenæs: *Konkurs* s. 9. Se også ny arvelov som trer i kraft 1. januar 2021 § 133.

Marthinussen synes å forstå begrepet «kreditorvern» på denne måten. *Marthinussen* synes å medregne alle regler som skal beskytte kreditorene, inklusive omstøtelsesreglene, som en del av begrepet kreditorvern, se nærmere om omstøtelsesreglene i punkt 3.1.2.⁴ Jeg bruker ikke begrepet kreditorvern på denne måten.

For det tredje kan begrepet vern, i kombinasjon med begrepet kreditor, forstås som regler om hvordan debtors suksessor kan oppnå beskyttelse/vern mot et beslag fra debtors kreditorer. Det er denne forståelsen av begrepet kreditorvern som legges til grunn i avhandlingen.⁵ En nærmere utpensling av kreditorenes adgang til å beslaglegge debtors formuesgoder, herunder kreditorenes adgang til å ekstingvere suksessors rettigheter, er nødvendig for å kunne gi en fullgod beskrivelse av avhandlingens tema.

Dekningsloven § 2-2 er hovedregelen for kreditorenes beslagsadgang. Det følger av denne bestemmelsen at kreditorene kan ta beslag i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Med «beslagstiden» forstås ved utlegg tidspunktet utlegget tas, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-18. Ved konkurs er «beslagstiden» det tidspunktet kjennelsen om konkursåpning ble avsagt, jf. dekningsloven § 1-4 tredje ledd.⁶ Et kreditorbeslag etter dekningsloven § 2-2 utledes fra debtors eiendomsrett eller andre begrensede rettigheter i det beslaglagte formuesgode, jf. formuleringen «tilhører skyldneren» i dekningsloven § 2-2. Et kreditorbeslag etter dekningsloven § 2-2 kan derfor ses på som et derivativt – og ikke ekstinkt – beslag, se om ulike typer stiftelsesgrunnlag i punkt 2.4.⁷

Det kan oppstå situasjoner hvor kreditorene søker å ta beslag i et formuesgode som er heftet med rettigheter som tilhører andre enn debitor. Selv om det hefter rettigheter på formuesgodet som tilhører andre enn debitor, er det fullt mulig at et kreditorbeslag kan skje uten at det skjer til fortrensel for den andre rettighetshaveren. Dette kan typisk skje dersom det hefter begrensede rettigheter på det beslaglagte formuesgodet. Med begrensede rettigheter menes rettigheter som avledes fra eiendomsretten, men som ikke er like omfattende som

⁴ Hans Fredrik Marthinussen: *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 165-166: «Slike erfaringer med skyldneradferd gjør at vi har regler som skal beskytte kreditorene. En kategori slike *kreditorvernregler* er rettsvernsreglene [...] En annen kategori er omstøtelsesreglene i dekningsloven.» (min kursivering).

⁵ En lignende forståelse av begrepet legges til grunn i Kåre Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave, Oslo 1999 s. 20.

⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 91.

⁷ Borgar Høgetveit Berg: *Beslagsretten. Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*, upublisert manus mottatt av forfatteren 13. oktober 2020, punkt 1.3: «Det må nærast vera sjølvstøtt at utgangspunktet for kreditoranes beslagsrett er utleidd frå debtors eigedomsrett.»

eiendomsretten.⁸ Eksempler på begrensede rettigheter er bruksrettigheter og panterettigheter. I de tilfellene det eksisterer flere rettigheter i det samme formuesgodet, uten at noen av rettighetene er innbyrdes uforenlige, har vi ikke med en rettighetskollisjon å gjøre.⁹ Ved et kreditorbeslag kan dette være tilfellet dersom det tas utlegg i et formuesgode som det hviler en vernet panterett på. Utleggstaker må respektere panterettigheter med rettsvern som allerede hviler på formuesgodet. Utleggspantet vil derfor legge seg på andre prioritet. Dersom panthaver på første prioritet får full dekning for sitt pantekrav ved realiseringen av pantobjektet, vil utleggstaker på andre prioritet rykke opp.¹⁰ Opptrinnsretten er kodifisert i borettslagsloven § 6-9 og luftfartslovens 3-29, og det er sikker rett at en slik opptrinnsrett også eksisterer for andre formuesgoder.¹¹ Utleggstaker vil følgelig kunne søke dekning i det overskytende beløpet etter at panthaver på første prioritet har fått dekket sitt krav. Panteretten på første prioritet og utleggspantet på andre prioritet er ikke innbyrdes uforenlige, ettersom begge panthaverne får sin tilkjente prioritet.

Dersom et kreditorbeslag kommer i konflikt med en rettighet som tilhører noen andre enn debitor, kan det oppstå en rettighetskollisjon.¹² Rettighetskollisjoner defineres på følgende måte i NOU 1982:17 på s. 128:

«At to rettigheter ‘kolliderer’, vil si at den ene retten ikke kan utnyttes uten å komme i veien for andre.»

En rettighetskollisjon ved et kreditorbeslag kan oppstå dersom det hefter rettigheter på det beslaglagte formuesgodet som begrenser kreditorenes dekningsutsikter. Dersom kreditorbeslaget kan gis bedre prioritet enn den konkurrerende rettigheten, vil det foreligge en rettighetskollisjon. Utgangspunktet ved rettighetskollisjoner er at den rettigheten som ble stiftet først, går foran den senere stiftede rettigheten.¹³ Dette kan ses på som et utslag av det grunnleggende køprinsippet i norsk formuerett, «først i tid, best i rett».¹⁴ For kreditorene

⁸ Peter Mortensen: *Indledning til tingsretten – tredjemannskonflikter vedrørende løsøre*, 2. utgave, København 2009 s. 65 og Sjur Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4. Omsetningskollisjoner I og II*, Oslo 1998 s. 3

⁹ Carl August Fleischer: «Tinglysing», *Jussens venner* 1968 s. 269-321 på s. 295.

¹⁰ Jens Edvin A. Skoghøy: *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 s. 212 og 216.

¹¹ Skoghøy: *Panterett* s 212 og Jens Edvin A. Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 64-65.

¹² Göran Millqvist: *Sakrättens grunder. En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 8. utgave, Stockholm 2018 s. 49.

¹³ Kåre Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 s. 34, Sjur Brækhus og Axel Hærem: *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 s. 393 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.3.

¹⁴ Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger: *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 s. 583-584. Høgetveit Berg mener prinsippet om «først i tid, best i rett» kan utledes fra prinsippet om at «ingen kan overføre større rett enn en selv har», som igjen kan utledes fra den private eiendomsretten, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.3. Høgetveit Berg mener bakgrunnen for prinsippet er at eiendomsretten ville vært verdiløs dersom den kunne krenkes ved at

innebærer dette utgangspunktet at kreditorene ikke får bedre rett enn det debitor selv hadde, jf. punkt 2.1.

Vi har likevel regler i norsk rett som åpner for at kjøprinsippet kan fravikes i favør av kreditorene. Konsekvensen av at kjøprinsippet fravikes, er at konkurrerende rettigheter som er stiftet i det beslaglagte formuesgodet, bortfaller når kreditorbeslaget inntreffer, eller får en dårligere prioritet enn stiftelsesgrunnlaget til rettigheten skulle tilsi.¹⁵ Bortfall eller prioritetstap som inntreffer på grunn av et kreditorbeslag, omtales som kreditorekstinksjon. Ekstinksjon regnes som en ervervsform, jf. punkt 2.4. Gjennom kreditorekstinksjonen oppnår kreditorene en bedre stilling enn det debitor hadde.¹⁶

Det eksisterer en rekke regler i loven som åpner for kreditorekstinksjon. Disse reglene omtales i forarbeidene til dekningsloven § 2-2. Det følger av NOU 1972:20 s. 255 at:

«Den nærmere grensen for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i [dekningsloven § 2-2]; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene.»

Rettsvernsreglene, som det siktes til i den siterte uttalelsen, oppstiller krav om at suksessor foretar seg en handling i forkant av beslagstiden, en såkalt rettsvernsakt, for å verne ervervet sitt mot et fremtidig kreditorbeslag.¹⁷ De tre rettsvernsaktene som er mest benyttet i norsk rett, er rettsregistrering, overlevering og notifikasjon.¹⁸ Når suksessor har foretatt rettsvernsakten i forkant av beslagstidspunktet, etableres det et «vern» som sørger for at den ervervede rettigheten ikke kan ekstingveres av kreditorene gjennom et fremtidig kreditorbeslag.¹⁹ Det er dette vernet som jeg omtaler som kreditorvern. Synonymt med kreditorvern brukes ofte begrepet rettsvern, se punkt 1.2.3. Reglene om kreditorvern og kreditorekstinksjon er så

andre enn eier kunne disponere over formuesgodet. Sjur Brækhus mener prinsippene om «først i tid, best i rett» og «ingen kan overføre større rett enn han selv har» er «elementære og dypt forankrede rettferdsforestillinger» som ikke krever noen nærmere «rettspolitisk begrunnelse», se *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 26. Kåre Lilleholt mener at jurister blir «flakkende i blikket» når utgangspunktet om at «ingen kan overføre større rett enn man selv har» skal grunngis, se «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner* nr. 2/2000 (volum 56) s. 49-60 på s. 52.

¹⁵ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.1: «Frå kreditorane Bs perspektiv er spørsmålet om dei kan fortrenge den eldre retten til ervervaren S, altså bryte prinsippet om *fyrst i tid, best i rett*.»

¹⁶ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 84, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 26 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 30 (petit).

¹⁷ Skoghøy: *Panterett* s. 183: «Den handling som skaper rettsvern, kalles *rettsvernsakt*.» Hilde Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern*, Bergen 2016 s. 73 omtaler rettsvernsakten som «en ytre markering utover partenes avtale om overføring av rettigheten til formuesgodet, som må iakttas for at en rettsstiftelse i et bestemt formuesgode skal stå seg overfor et etterfølgende kreditorbeslag.» I svensk rett brukes begrepet «saktstøttemoment» istedenfor rettsvernsakt, se Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 139-140.

¹⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 147 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 167.

¹⁹ Skoghøy: *Panterett* s. 182.

omfattende at utgangspunktet om kreditorenes beslagsadgang i dekningsloven § 2-2, ofte gir liten veiledning når en rettighetskollisjon mellom suksessor og kreditor skal løses.²⁰

De gjennomgående problemstillingene i denne avhandlingen er å undersøke *om*, *når* og *hvordan* en suksessor kan etablere kreditorvern for sitt erverv. Spørsmålet *om* kreditorvern kan etableres, sikter til hvorvidt det foreligger et rettslig grunnlag for å etablere kreditorvern. Det rettslige grunnlaget kan variere, og kan potensielt være lovfestet eller ulovfestet. Spørsmålet *når* kreditorvern kan etableres, sikter til hvilke materielle vilkår som oppstilles for å etablere kreditorvern. Spørsmålet *hvordan* kreditorvern etableres, sikter til hvilken rettsvernsakt som må foretas for å etablere kreditorvern. Vilkårene for å etablere kreditorvern, samt hvilken rettsvernsakt som må foretas for å etablere kreditorvern, må vurderes på bakgrunn av hjemmelsgrunnlaget. Videre henger spørsmålene *når* og *hvordan* kreditorvern kan etableres nært sammen. Gjennomføring av rettsvernsakten vil ofte være et materielt vilkår for å etablere kreditorvern. Spørsmålene *om*, *når* og *hvordan* kreditorvern kan etableres har derfor en nær sammenheng.

Jeg vil også i avhandlingen undersøke *hvorfor* og *hvorfor ikke* kreditorvern kan eller ikke kan etableres etter gjeldende norsk rett. Enkelte steder i avhandlingen vil jeg også tangere spørsmålene *om*, *når* og *hvordan* kreditorvern kan bortfalle, ettersom bortfall av kreditorvern vil ha innvirkning på kreditorenes beslagsadgang.

Til slutt i avhandlingen vil jeg problematisere om kreditorvernregler er egnet til å ivareta de hensynene som ligger til grunn for reglene. Jeg vil også drøfte noen rettslige, praktiske og pedagogiske utfordringer ved kreditorvernreglene, se nærmere om dette i kapittel 10. Vurderingene vil basere seg på de funn som gjøres i løpet av avhandlingen.

I det innledende kapittelet vil jeg først redegjøre for enkelt begreper som er grunnleggende for avhandlingens tema, jf. punkt 1.2. Deretter vil jeg redegjøre for metoden som legges til grunn for avhandlingen, før jeg redegjør for temaets aktualitet, jf. punkt 1.3 og 1.4. Til slutt vil jeg foreta noen avgrensninger, jf. punkt 1.5.

²⁰ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1: «Ein kan knapt løyse konkrete beslagsspørsmål basert på ei tradisjonell 'talking' av dekningslova § 2-2.»

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 Formuesgode og formuesrettigheter

«For hva er penger, annet enn en størrelse som likestiller de mest ulikartede ting, slik at de kan omsettes?»

Karl Ove Knausgård, «Min Kamp. Andre bok»

Objektet for et kreditorbeslag er formuesgoder. Dette følger av dekningsloven § 2-2. Bestemmelsen avgrensner kreditorenes beslagsrett til «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Dekningsloven § 2-2 inneholder ingen definisjon av begrepet formuesgode. Likevel avgrensner vilkåret til omsettelighet hvilke typer formuesgoder som kreditorene kan ta beslag i: Et formuesgode må kunne «selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger» for å kunne beslaglegges av kreditorene, jf. dekningsloven § 2-2. Vilkåret til omsettelighet må ses i lys av at formålet med et kreditorbeslag er gjeldsinndrivelse.²¹ Det er likevel ikke tvilsomt at også verdiløse ting kan være formuesgoder.²² Ettersom et kreditorbeslag forutsetter at det beslaglagte formuesgodet kan omgjøres til penger, er problemstillinger tilknyttet formuesgoder uten økonomisk verdi av liten interesse for denne avhandlingen.

I forarbeidene til dekningsloven § 2-2 utdypes innholdet i begrepet formuesgode litt nærmere. Utvalget hadde «foretrukket å bruke ordet ‘formuesgode’ fremfor ‘formuesgjenstand’, idet ‘gode’ er mer abstrakt».²³ Noen nærmere presisering av begrepet gis ikke i forarbeidene. Uttalelsen i forarbeidene impliserer imidlertid at det ikke bare er konkrete gjenstander som omfattes av begrepet formuesgode, men også abstrakte rettigheter som kan omgjøres til penger, som for eksempel pengekrav og aksjer. En presis definisjon av begrepet formuesgode er vanskelig, og kanskje ikke ønskelig, å fremsette. *Kåre Lilleholt* mener at det ikke er mulig å gi en allmenngyldig definisjon av formuesgoder. Han mener at «[v]i får nøye oss med å seie at

²¹ Andenæs: *Konkurs* s. 92.

²² Erlend Baldersheim: *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 s. 61, Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 5, Nikolaus Gjelsvik: *Norsk tingsrett*, 3. utgave ved Erik Solem, Oslo 1936 s. 10 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 38.

²³ NOU 1972:20 s. 255.

formuesgoda *typisk* har økonomisk verdi, at dei *typisk* kan overførast frå ein person til en annan, og at vi *typisk* kan disponere over formuesgoda ved avtale».²⁴

Selv om ordlyden i dekningsloven § 2-2 kan gi inntrykk av at formuesgodene er objektet for et kreditorbeslag, er det ikke formuesgodene *per se* som et kreditorbeslag retter seg mot: Det er debitors rettigheter i et formuesgode som kreditorene tar beslag i, og ikke formuesgodet som sådan. Objektrelasjonen er en forenkling.²⁵ Formuesgodene fungerer derfor først og fremst som en vert for formuesrettighetene.²⁶ Det sentrale for kreditorenes beslagsadgang er derfor om debitor innehar en formuesrettighet som markedet er villig til å betale for.²⁷ Den omsettelige formuesrettigheten knytter seg likevel til en underliggende ressurs, enten av fysisk eller abstrakt karakter.²⁸ Formuesrettigheten bidrar til å gi rettighetshaver en «viss eksklusiv rådighet over de underliggende objektene», og det er denne eksklusive rådigheten kreditorene søker å beslaglegge – og senere realisere – gjennom et kreditorbeslag.²⁹ Selv om det derfor kan være mer presist å bruke begrepene «rettighet» eller «formuesrettighet» ved omtale av objektet for kreditorenes beslagsadgang, er begrepet «formuesgode» veletablert innenfor nordisk teori. Jeg anser det derfor uproblematisk å bruke begrepet «formuesgode» som en betegnelse på objektet for et kreditorbeslag.

I nyere tid har antallet formuesgoder som har en økonomisk verdi eksplodert. Eksempler på formuesgoder som har kommet til de siste tiårene, er kildekoder til mobilapper, data om forbrukermønster på internett og kryptovaluta. Begrepet formuesgode er derfor et dynamisk begrep som utvikles i tråd med at nye og omsettelige goder vokser frem. Det er derfor umulig å fastslå en gang for alle hvilke formuesgoder som kan tenkes å være gjenstand for et kreditorbeslag. Av denne grunn vil jeg heller ikke gjøre noe forsøk på å fremsette en nærmere opplisting av hvilke formuesgoder som potensielt kan være gjenstand for et beslag etter dekningsloven § 2-2.

²⁴ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 20. En lignende definisjon gis i Sjur Brækhus: *Innledning til omsetning og kreditt*, 7. utgave, Oslo 2010 ved Borgar Høgetveit Berg s. 9-11 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 2.2.

²⁵ Roger Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* (upublisert doktoravhandling), Tromsø 2015 s. 69.

²⁶ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 2, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 336, Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 21 og Sjur Brækhus: *Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg, Oslo 2005 s. 46.

²⁷ Bjørn Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* (upublisert doktorgrad), Tromsø 2019 s. 45.

²⁸ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 46.

²⁹ Sitatet er hentet fra Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 46.

1.2.2 Kreditor, debitor og suksessor

Begrepet kreditor kan ha et ulikt innhold innenfor ulike juridiske fagdisipliner. Innenfor den dynamiske tingsretten brukes kreditorbegrepet som en betegnelse på dekningsøkende kreditor som forsøker å inndrive et utestående krav fra en skyldner, jf. punkt 1.1.³⁰ Dette kreditorbegrepet er et snevrere kreditorbegrep enn det som brukes i for eksempel obligasjonsretten. Det obligasjonsrettslige kreditorbegrepet benyttes som en betegnelse på alle som har et krav på oppfylling som retter seg mot én eller flere.³¹ I denne avhandlingen sikter jeg til utleggstaker og konkursbo når jeg bruker begrepet «kreditor». Dersom jeg enkelte steder i avhandlingen sikter til det videre obligasjonsrettslig kreditorbegrepet, vil dette fremgå av sammenhengen.

Reglene om gjeldsforhandling/rekonstruksjon og offentlig skifte av insolvent dødsbo vil i liten grad kommenteres særskilt, selv om disse beslagsformene kan omfattes av begrepet «dekningsøkende kreditor». For rekonstruksjon sitt vedkommende skyldes dette at kreditorvernreglene som gjelder ved rekonstruksjon, er tilsvarende som ved et konkursbeslag. Suksessor som har en rettighet med kreditorvern, vil som utgangspunkt være vernet i et rekonstruksjonsbo, på lik linje som ved en konkursåpning. Dette kan imidlertid nyanseres litt. For det første beholder debitor rådigheten over egne midler ved åpningen av en rekonstruksjonsforhandling, i motsetning til situasjonen i konkurs, sammenlign rekonstruksjonsloven § 15 første ledd første punktum og konkursloven § 100 første ledd. Åpning av en rekonstruksjonsforhandling er følgelig ikke et kreditorbeslag.³² En rettighet med kreditorvern kan derfor potensielt bli gjenstand for godtroekstinksjon under rekonstruksjonsforhandlingen dersom debitor misbruker sin legitimasjon, jf. rekonstruksjonsloven § 16. For det andre *kan* et vedtak om frivillig rekonstruksjon medføre at en suksessor med en vernet rettighet, mister sin separatistrett, se nærmere om separatistrett i punkt 1.2.5. Et slikt resultat forutsetter imidlertid at suksessor godtar et forslag om frivillig rekonstruksjon som medfører at suksessor mister sin separatistrett. Samtykkekravet bidrar til å beskytte alle kreditorer som innehar en vernet rettighetsposisjon, jf. rekonstruksjonsloven § 29 første ledd.³³ Dersom det vedtas rekonstruksjon med tvangsakkord, kan ikke suksessor som

³⁰ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 34, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 582 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 87.

³¹ Kåre Lilleholt: *Kontraksrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017 s. 23, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 34, Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 87 og Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 26-27.

³² Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 4.7.

³³ Rekonstruksjonsloven § 29 er annerledes utformet enn den tilsvarende regelen om frivillig gjeldsnemnd i konkursloven § 23. Rekonstruksjonsloven § 29 krever ikke at alle fordringer som stammer fra tiden før

allerede har en vernet rettighet ved åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen, miste sin separatistrett, jf. rekonstruksjonsloven § 54 første ledd.³⁴ Det kan diskuteres om kreditorvern er et vilkår for at suksessor skal ha krav på separatistrett i en situasjon hvor tvangsakkord blir resultatet av en rekonstruksjonsforhandling. Trolig må svaret være ja, uten at jeg skal gå nærmere inn på dette spørsmålet her.³⁵

Gjeldsforhandling og rekonstruksjon er en adgang skyldneren har til å forhandle med sine kreditorer om en sanering av skyldnerens økonomi, jf. konkursloven § 1a og rekonstruksjonsloven § 1. Dette kan enten skje i form av frivillig gjeldsordning/rekonstruksjon eller tvangsakkord/rekonstruksjon med tvangsakkord. Tvangsakkord kan også bli resultatet av en konkurs, jf. konkursloven kapittel XIV. Gjeldsforhandling/rekonstruksjon har ikke det samme formålet som en konkurs. En konkurs skal medføre en realisering av skyldnerens verdier slik at det kan skje en rettferdig fordeling av midlene mellom kreditorene. Konkursinstituttet skal være en ordnet nedleggelse av konkursdebitors virksomhet, jf. Andenæs: *Konkurs* s. 11, Henriette Nazarian med bidrag fra Anna Nylund: *Konkursrett*, Oslo 2012 s. 55 og Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 57. Gjeldsforhandling/rekonstruksjon skal til motsetning legge til rette for at debitor skal kunne videreføre driften, jf. Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 23 og Prop.75 L (2019-2020) s. 5.

Bakgrunnen for at offentlig skifte av insolvent dødsbo i liten grad kommenteres i avhandlingen, er at kreditorvernreglene som gjelder ved et slikt skifte i stor grad er identiske med reglene som gjelder ved konkursbeslag, jf. skifteloven § 106 første ledd og arveloven som trer i kraft 1. januar 2021 § 177.³⁶ Dødsdagen skal regnes som beslagstidspunktet dersom dødsboet var insolvent på dødstidspunktet, jf. skifteloven § 106 første ledd og nye arveloven § 177 første ledd første punktum. Dersom dødsboet var solvent på dødstidspunktet, er det konkursåpningstidspunktet som skal regnes som beslagstidspunktet, jf. skifteloven § 106 annet ledd og nye arveloven § 177 første ledd annet punktum. En nærmere behandling av kreditorvernreglene ved rekonstruksjon og offentlig skifte av insolvent dødsbo fremstår på denne bakgrunn som uhensiktsmessig.

Begrepet «debitor» vil bli brukt som en betegnelse på den som blir utsatt for gjeldsfølgning av kreditorene. Begrepet «skyldneren» benyttes som et synonym til debitor. Også debitorbegrepet kan ha en videre betydning innenfor for eksempel obligasjonsretten. Debitor benyttes i obligasjonsretten som en betegnelse på enhver som er forpliktet i et skyldforhold,

rekonstruksjonen likestilles. Et slikt krav stilles ved frivillig gjeldsnemnd, se konkursloven § 23 annet ledd. Endringen er bevisst. Tanken er at den frivillige rekonstruksjonen skal kunne føre til mer fleksible løsninger enn ved frivillig gjeldsnemnd, se prop.75 L (2019-2020) s. 69.

³⁴ Lilleholt: *Allmenn formurett* s. 132.

³⁵ For en nærmere drøftelse av dette spørsmålet, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.4. Kreditorvern er utvilsomt et vilkår for separatistrett i tilfeller hvor tvangsakkord blir resultatet av en konkurs, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.4.

³⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 57 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.4.

uavhengig av om vedkommende utsettes for gjeldsforfølgning eller ikke.³⁷ Dersom jeg sikter til det obligasjonsrettslige debitorbegrepet, vil dette fremgå av sammenhengen.

Begrepet «suksessor» brukes i avhandlingen som en betegnelse på en rettsetterfølger som har fått overført en rettighet til seg fra en rettsforgjenger. Begrepet brukes mer spesifikt om et rettssubjekt som utleder en rettighet fra debitor i en suksesjonskonflikt, jf. punkt 2.2.

1.2.3 Kreditorvern, rettsvern, rettsvernsakt og sikringsakt

Ofte benyttes begrepet rettsvern som et synonym for kreditorvern. Når rettsvern etableres, kan etableringen potensielt ha virkning i to relasjoner. For det første kan en virkning av å etablere rettsvern være at rettigheter som allerede hefter på formuesgodet, men som mangler rettsvern, ekstingveres.³⁸ For det andre kan en virkning av å etablere rettsvern være at suksessor etablerer et vern mot fremtidig ekstinksjon.³⁹ Dette uttrykkes blant annet i forarbeidene til tinglysningsloven § 20:

«Rettsvirkningen av tinglysning er først og fremst at det er den som *skaper rettsvern*. Heri ligger to ting: For det første at det som er tinglyst, i kollisjonstilfelle går foran det som er utinglyst, og at det som først er tinglyst går foran det som senere blir tinglyst. For det annet at det som er utinglyst heller ikke står sig overfor hjemmelsmannens konkursbo.»⁴⁰

Begrepet rettsvern sonderer ikke mellom hvorvidt ekstinksjonsbeskyttelse er oppnådd overfor godtroende omsetningsserververe eller kreditorer.⁴¹ Begrepet rettsvern gir derfor inntrykk av at suksessor har beskyttet rettigheten sin mot en etterfølgende ekstinksjon, uavhengig av hvem som er ekstinksjonspretendent.⁴² Ofte er det også en realitet at en og samme handling sørger for

³⁷ Jo Hov og Alf Petter Høgberg: *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2017 s. 23, Erlend Haaskjold: *Obligasjonsrett. En innføring*, Oslo 2017 s. 5, Lilleholt: *Kontraksrett og obligasjonsrett* s. 22 og Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 26-27.

³⁸ Skoghøy: *Panterett* s. 182.

³⁹ Skoghøy: *Panterett* s. 182.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) s. 35.

⁴¹ Se NOU 2000:10 Lov om registrering av finansielle instrumenter s. 124: «Uttrykket 'rettsvern' brukes først og fremst om erververens beskyttelse mot avhenders kreditorer. [...] Uttrykket 'rettsvern' brukes til dels også om beskyttelse av en rettighet (fullt erverv eller begrenset rettighet) mot (andre) frivillig stiftede rettigheter i samme formuesgode.» Se imidlertid i litt motsatt retning Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.2: «Uttrykket *rettsvern* har eit anna innhald andre stader i jussen, men i beslagsrettsleg samanheng nyttar me uttrykket berre mot kreditorane – og berre i suksesjonskonflikten.»

⁴² Se også Marianne Mathilde Rødvei Aagaard: «Kommentar til advokatene Berge og Stensholdts artikkel i *Jussens Venner* 2/2018», *Jussens Venner* nr. 4/2018 (volum 53) s. 250-267 på s. 255 (petit): «Bruk av ordet 'rettsvern' som en ensartet størrelse blir derfor uheldig, selv om enkelte handlinger naturligvis gir vern både overfor kreditorer og senere omsetningsserververe, og dermed gir rettsvern i *enhver relasjon*.» Sammenlign også Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 28: «Dette er bakgrunnen for norsk retts tilnærming der spørsmålet stilles som et spørsmål om *rettsvern* mot henholdsvis godtroerverver og kreditorbeslag.» Se også Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 19.

at suksessor er vernet mot både en fremtidig kreditorekstinksjon og godtroekstinksjon, se for eksempel tinglysningsloven §§ 20 og 23. Dersom rettighetshaver har oppnådd vern mot både kreditorene og omsetningsserverver, er det presist å benytte begrepet rettsvern som en betegnelse på suksessors vern. Det er imidlertid ikke alltid slik at samme handling beskytter suksessor mot både en fremtidig godtroekstinksjon og kreditorekstinksjon.⁴³ Vilkårene og hensynene bak reglene om kreditorekstinksjon og godtroekstinksjon er forskjellige, jf. punkt 3.2. Begrepet «kreditorvern» er en mer presis betegnelse på situasjoner hvor suksessor har oppnådd beskyttelse mot en etterfølgende kreditorekstinksjon.⁴⁴ På bakgrunn av at begrepet rettsvern *kan* være tvetydig, samt at fokus for denne avhandlingen er suksessors vern mot kreditorekstinksjon, benytter jeg hovedsakelig begrepet kreditorvern når jeg drøfter hvorvidt en suksessor har oppnådd vern mot et etterfølgende kreditorbeslag. Dersom begrepet rettsvern benyttes, vil det vanligvis være på bakgrunn av at handlingen som etablerer kreditorvern («rettsvernsakten»), *også* sørger for å etablere vern mot en etterfølgende godtroekstinksjon.

Begrepene rettsvernsakt og sikringsakt brukes som betegnelser på en faktisk handling som må foretas for at henholdsvis rettsvern skal etableres eller ekstinksjon skal inntre.⁴⁵ Hvilke handlinger som fungerer som rettsvernsakter og sikringsakter er dels lovfestet, dels ulovfestet, og kan variere på bakgrunn av type formuesgode (fast eiendom, løsøre, fordringer m.m.), type rettighet (eiendomsrett, pant m.m.) og rettighetens stiftelsesgrunnlag (avtale, utlegg m.m.).⁴⁶ I lys av avhandlingens tema er det rettsvernsakten som vilkår for å etablere kreditorvern som vil være i fokus, og ikke sikringsakten som vilkår for kreditorekstinksjon. Likevel vil situasjoner hvor kreditor må gjennomføre en sikringsakt for å ekstingvere konkurrerende rettigheter, omtales. Det skyldes at dersom kreditor ikke har foretatt en påkrevet sikringsakt, vil suksessor *de facto* ha vern mot et kreditorbeslag frem til kreditor har gjennomført sikringsakten.

Avslutningsvis nevnes at et konkursbo vanligvis *ikke* trenger å gjennomføre en sikringsakt for at en kreditorekstinksjon skal inntre, jf. for eksempel formuleringen «[f]or at en rett [...] skal kunne stå seg overfor konkurs» i tinglysningsloven § 23.⁴⁷ I andre sammenhenger må imidlertid

⁴³ Jens Edvin Andreassen: *Factoringpant*, Oslo 1990 s. 268-269.

⁴⁴ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 20.

⁴⁵ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 95-96. I dansk rett brukes begrepet sikringsakt tilsynelatende som en samlebetegnelse for både det som omtales som rettsvernsakt og sikringsakt i norsk rett, se Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 138.

⁴⁶ Brækhus og Berg: «Introduksjon til reglene om omstøtelse» s. 75

⁴⁷ Se også Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 37. En annen sak er at et konkursbo kan risikere at debitor rår over beslaglagte formuesgoder før boet rekker å frata debitor legitimasjonen. I slike tilfeller kan det tenkes at debitor kan rå over enkelte typer formuesgoder på en måte som utslukker konkursboets rett til fordel for en godtroende tredjemann, se Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 90.

konkursboet foreta en sikringsakt for å ekstingvere konkurrerende rettigheter i et formuesgode, jf. punkt 7.5.3. Utleggstaker må alltid gjennomføre en sikringsakt for at kreditorekstinksjon skal inntre, se nærmere om dette i punkt 1.2.6.⁴⁸

1.2.4 Sondringen mellom rett og rettsvern

Det må sondres mellom rett og rettsvern.⁴⁹ En rettighetsoverføring kan være bindende *inter partes*, uten at rettigheten dermed også nyter rettsvern.⁵⁰ Ved salg av en fast eiendom kan kjøper for eksempel ha prestert alle sine ytelser overfor selger. Selger vil da være forpliktet til å oppfylle avtalen overfor kjøper. Kjøper etablerer imidlertid ikke rettsvern før grunnbokshjemmelen til eiendommen er overført til kjøper, jf. tinglysingsloven §§ 20 og 23. Det motsatte kan også tenkes: Selger av en fast eiendom kan for eksempel overføre grunnbokshjemmelen til kjøper, før kjøpesummen er gjort opp. Kjøper vil nyte rettsvern for eiendomsretten til eiendommen, men vil *inter partes* være forpliktet til å betale kjøpesummen for selger vil være forpliktet til å gi fra seg eiendommen.⁵¹ Poenget i denne sammenheng er at det ikke kan settes et likhetstegn mellom rett og rettsvern. En rettighet nyter ikke rettsvern *på grunn av* at rettigheten er stiftet. *Vice versa* har ikke suksessor nødvendigvis oppfylt alle sine forpliktelser *inter partes*, selv om suksessor har etablert rettsvern for rettigheten. Som jeg skal komme nærmere inn på i kapittel 4, var det tidligere en større sammenheng mellom rett og rettsvern enn det er i dag.

1.2.5 Separatistrett

En separatistrett kan sikte til to beslektede situasjoner. For det første kan det være tale om situasjoner hvor en rettighetshaver har krav på full dekning i en konkurs som følge av en panterett, tilbakeholdsrett eller motregningsrett.⁵² For det andre kan det være tale om situasjoner hvor suksessor har etablert kreditorvern for en eiendomsrett som utledes fra konkursdebitor, slik at suksessor kan kreve formuesgodet utlevert fra konkursboet.⁵³ Konsekvensen av å ha en separatistrett er at rettighetshaver kan søke dekning for sitt krav i selve formuesgodet ved debtors konkurs.⁵⁴ Dersom rettighetshaver ikke har en separatistrett,

⁴⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 37.

⁴⁹ Andreassen: *Factoringpant* s. 268.

⁵⁰ Skoghøy: *Panterett* s. 183.

⁵¹ En annen sak er at selgers konkursbo kan tre inn i avtalen for å kreve oppgjør fra kjøper, se nærmere om inntredelsesretten i punkt 3.1.4.

⁵² Vibeke Irene Løvold: *Konkursrett. Kort forklart*, Oslo 2019 s. 138.

⁵³ Andenæs: *Konkurs* s. 155-156 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 40. Se også Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik: *Dekningsloven med kommentarer*, 1. utgave, Oslo 2015 s. 56.

⁵⁴ Se til sammenligning Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.2: «[Separatistrett] er berre namnet på resultatet dersom dei usikra kreditorane tapar konflikten; då får altså H eller S separatistrett i buet til debitor A.»

må rettighetshaver søke å få sitt krav mot debitor gjort opp som et pengekrav, i konkurranse med andre kreditorer.⁵⁵ Et annet trekk ved en separatistrett er at kreditorvern er en forutsetning for å tilkjennes en separatistrett. Separatistrett brukes vanligvis bare overfor et konkursbeslag, og ikke overfor utleggstakere.⁵⁶ Uttrykket kan ikke gjenfinnes i loven, men er såpass etablert i teorien at jeg anser det uproblematisk å benytte begrepet i avhandlingen.

1.2.6 Konkursbeslag, utlegg og utleggspant

Utlegg og konkursbeslag er ulike former for kreditorbeslag. Med utlegg forstår jeg i denne avhandlingen namsutlegg.⁵⁷ Utlegg er en panterett som stiftes som ledd i enkeltsøkende kreditors gjeldsinndrivelse.⁵⁸ Utlegget er et spesialbeslag som er begrenset til så mye av debtors formuesmasse som er nødvendig for å gi enkeltsøkende kreditor full dekning for sitt krav.⁵⁹ Enkeltsøkende kreditor har derfor mulighet til å vurdere hvilke av debtors formuesgoder som kan være egnet til å sørge for en dekning av det utestående kravet i forkant av beslagsprosessen. Utleggspant stiftes ved utleggsforretning som avholdes av namsmyndighetene, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-18 første ledd, jf. §§ 7-1 annet ledd annet punktum og § 7-3 første ledd. Et vilkår for å begjære utlegg er at kreditor har et tvangskraftig tvangsgrunnlag mot debitor, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 første ledd, jf. §§ 7-2 og 4-1.

Et konkursbeslag er, i motsetning til utlegg, et generalbeslag som ikke begrenser seg til deler av debtors formuesmasse. Generalbeslaget er begrenset til alle formuesgoder som tilhører skyldneren, jf. dekningsloven § 2-2. Konkursbeslaget skal være en mer effektiv beslagsform enn utlegg og gir kreditorene dekning i hele debtors formuesmasse.⁶⁰ Debitor må være insolvent for at konkurs skal kunne åpnes på begjæring fra en kreditor, jf. konkursloven § 60.

Konkursloven § 61 oppstiller vilkårene som må være til stede for at debitor skal være insolvent. Det følger av denne bestemmelsen at debitor er insolvent når han eller hun «ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, medmindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående», jf. konkursloven § 61 første punktum. Videre er det et vilkår for insolvens at debtors samlede eiendeler og inntekter ikke «antas å kunne gi full deknings for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekningen må søkes

⁵⁵ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 40.

⁵⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 155-156 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.2. Se imidlertid i litt motsatt retning Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 11 (fotnote 2) hvor hun skriver at: «Termen 'separatistrett' brukes særlig om retten til å utskille formuesgoder fra konkursboet, men kan også brukes om utleggstilfellene.»

⁵⁷ Skifteutleggspant inngår derfor ikke i min definisjon av utlegg ettersom skifteutleggspant ikke stiftes som et ledd i kreditorfølgning, se panteloven § 5-1 bokstav b.

⁵⁸ Skoghøy: *Panterett* s. 28.

⁵⁹ Andenæs: *Konkurs* s. 9.

⁶⁰ Andenæs: *Konkurs* s. 10-11.

ved salg av eiendelene», jf. konkursloven § 61 annet punktum. Hvis begge disse vilkårene er oppfylt, vil debitor være insolvent.

Den praktiske gjennomføringen av gjeldsinndrivelse gjennom utlegg og konkurs er ulik. Ved utlegg blir utleggspant omgjort til penger, typisk gjennom et tvangssalg.⁶¹ Etter tvangssalget får utleggstaker dekning for sitt krav i salgssummen, jf. for eksempel tvangsfullbyrdsloven §§ 8-19 annet ledd (tvangsdekning i løsøre som ikke kan realregistreres), 10-6 første ledd (tvangsdekning i finansielle instrumenter) og 11-36 annet ledd (tvangsdekning i realregistrerte formuesgoder). Ved en konkurs rår ikke skyldneren lenger over egne eiendeler, jf. konkursloven § 100 første ledd. Formuesgodene som inngår i konkursbeslaget realiseres på den måten som etter forholdene antas å gi størst utbytte for kreditorene, jf. konkursloven § 117. Etter at skyldnerens eiendeler er realisert, fordeles pengene på kreditorene etter nærmere fastsatte prioritetsregler i dekningsloven kapittel 9. Reglene i dekningsloven kapittel 9 inneholder imidlertid ikke en uttømmende regulering av innbyrdes prioritet mellom kreditorene, og suppleres blant annet av regler som danner grunnlag for separatistrett, jf. punkt 1.2.5. Regler som danner grunnlag for separatistrett kan blant annet utledes av panteloven, konkursloven, dekningsloven, tinglysingsloven, ulovfestet rett m.m.⁶²

Et viktig prinsipp for konkursbehandling er at kreditorene skal likebehandles. Ingen kreditorer skal som utgangspunkt stilles bedre enn andre, og tapet som oppstår som følge av konkursen skal fordeles forholdsmessig.⁶³ Utlegg har derimot det motsatte utgangspunktet: Den som først skaffer sikkerhet for sitt krav, får prioritet på bekostning av de usikrede kreditorene.⁶⁴ Det kan imidlertid ikke godtas at utleggstaker gis en særrett til dekning på bekostning av de øvrige kreditorene, dersom utleggstakers rettighet retter seg mot debitors generelle formuesmasse, og ikke et konkretisert formuesgode.⁶⁵ Sikringsakten sørger for å konkretisere hvilket formuesgode som utlegget retter seg mot. Sikringsakten bidrar også til *publisitet* rundt utlegget: Ved gjennomføring av sikringsakten gis de øvrige kreditorene innsikt i at debitor utsettes for gjeldsforfølgning, slik at også de øvrige kreditorene gis anledning til å reagere. Øvrige kreditorer kan for eksempel ønske å iverksette enkeltforfølgning mot debitor selv, eller begjære debitor konkurs slik at allerede etablerte utlegg kan omstøtes, jf. punkt 2.3 og punkt 3.1.2.

⁶¹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 33.

⁶² Løvold: *Konkursrett. Kort forklart* s. 138.

⁶³ Andenæs: *Konkurs* s. 11.

⁶⁴ Andenæs: *Konkurs* s. 10.

⁶⁵ Panteloven § 5-4 åpner for at utleggstaker kan få utleggspant i en samling formuesgoder gjennom at det kan tas utlegg i debitors driftstilbehør eller varelager. Driftstilbehør og varelager kan imidlertid ses på som egne formuesgoder gjennom at de er gjort til tingsinnbegrep, se nærmere om dette i punkt 7.6.1.

Selv om det er forskjeller på utlegg og konkurs som beslagsformer, er den rettslige avgrensningen av hva det kan tas beslag i den samme for begge beslagsformer. Kreditorerne kan etter begge beslagsformene søke dekning i ethvert formuesgode som «tilhører» debitor på beslagstidspunktet, jf. dekningsloven § 2-2, jf. § 2-1, og tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 annet ledd første punktum med henvisning til dekningsloven kapittel 2. Etersom utleggstaker og konkursbos beslagsadgang er likt regulert, vil det oftest være liten grunn til å sondre mellom hvorvidt kreditorvern er etablert overfor henholdsvis utleggstaker eller et konkursbo. Er kreditorvern etablert, vil suksessor vanligvis være vernet mot både utleggstaker og konkursbo. Som utgangspunkt vil jeg derfor i avhandlingen ikke sondre mellom hvorvidt kreditorvern søkes etablert overfor en utleggstaker eller et konkursbo. På enkelte punkter kan det imidlertid problematiseres om kreditorvernreglene er ulike overfor utleggstakere og konkursbo. I disse tilfellene vil ulikhetene fremheves.

1.3 Metode

1.3.1 Rettsdogmatisk metode

Metoden som legges til grunn for avhandlingen er rettsdogmatisk metode. Med rettsdogmatisk metode forstår jeg en metode som har til formål å klargjøre gjeldende rett på en systematisk måte.⁶⁶ Tidvis brukes begrepet alminnelig juridisk metode eller lignende som betegnelse på den rettsdogmatiske metoden.⁶⁷ En grundig gjennomgang av innholdet i den alminnelige juridiske metode foretas ikke her. Leseren henvises på dette punkt til standardverk om norsk juridisk metode.⁶⁸ Jeg vil imidlertid fremsette noen betraktninger om mitt syn på rettsdogmatikk som rettsvitenskapelig disiplin.

Domstolenes – og især Høyesteretts – argumentasjonsmønster har dannet utgangspunktet for hvordan juridiske resonnementer bygges opp i norsk rett.⁶⁹ Det er likevel noen vesentlige

⁶⁶ Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998 s. 13 og Synne Sæther Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner* 05-06/2004 (volum 39) s. 329-342 på s. 329.

⁶⁷ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 17, Stig H. Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 1. utgave, Oslo 2010 s. 22 og Andreassen: *Factoringpant* s. 56. For et litt annet syn på innholdet i begrepet juridisk metode, se Jørn RT Jacobsen: «Om omgrepet 'juridisk metode'», *Jussens Venner* nr. 6/2003 (volum 38) s. 360-375.

⁶⁸ Se for eksempel Jens Edvin A. Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.): *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, Nils Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen 2004 og Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001.

⁶⁹ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 85, Eckhoff: *Rettskildelære* s. 20-21 og Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 19. Skoghøy fremhever at Høyesteretts metode ikke kan leses ut av en enkelt avgjørelse, men at metoden er et produkt av «det samlede avgjørelsesmaterialet», se *Rett og rettsanvendelse* s. 19.

forskjeller mellom funksjonen og rammene for en domstol og et rettsvitenskapelig arbeid. Disse forskjellene har noen metodiske implikasjoner.

Domstolene skal i første rekke avgjøre konkrete rettstvister.⁷⁰ Domstolene skal også, gjennom sine avgjørelser, bidra til en avklaring og utvikling av rettstilstanden.⁷¹ Høyesterett har hatt en særlig viktig funksjon som rettsutviklende instans. De siste tiårene har Høyesteretts funksjon som prejudikatdomstol blitt styrket.⁷² Det formelle grunnlaget for å tillegge Høyesteretts avgjørelser prejudikativ virkning finnes i Grunnloven § 88, straffeprosessloven § 323 og tvisteloven § 30-4.⁷³

Rammene for et rettsvitenskapelig arbeid er noe videre enn rammene for domstolenes arbeid. Formålet med et rettsvitenskapelig arbeid er ikke å løse en konkret tvist. Rettsvitenskapen skal søke å bidra med ny eller økt kunnskap på rettsområdet.⁷⁴ Ny kunnskap trenger ikke bety at arbeidet befatter seg med tematikk som ikke har vært behandlet tidligere. Ny kunnskap kan for eksempel bestå i at temaet systematiseres, struktureres, oppdateres og analyseres på en ny måte eller med en økt dybde, sammenlignet med tidligere arbeider på området. Ettersom et rettsvitenskapelig arbeid ikke har som oppgave å løse en konkret tvist, trenger ikke forskeren å begrunne et resultat i en konkret sak.

Forskeren bør også bidra til en økt forståelse av retten gjennom å analysere blant annet det teoretiske og begrepsmessige rammeverket for temaet. Rommet for kritiske undersøkelser, forslag til fornyelse og kreativitet kan derfor hevdes å være større innenfor rettsvitenskapen enn innenfor domstolens arbeid.⁷⁵ Kanskje kan det derfor hevdes å eksistere en sonndring mellom rettsdogmatikk i snever og vid forstand.⁷⁶

⁷⁰ Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» s. 329.

⁷¹ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 18, NOU 2001:32, Bind A s. 128-129 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 302-303.

⁷² For en historisk gjennomgang av Høyesteretts funksjon som prejudikatdomstol, se Toril Marie Øie og Magnus Matningsdal: «Norges Høyesterett som prejudikatdomstol» i Lars Edlund, Johnny Herre, Svante O. Johansson, Jan Kleineman og Gertrud Lennander (red.): *Festskrift til Stefan Lindskog*, Stockholm 2018 s. 863-880 på s. 864-866. Se også Jens Edvin A. Skoghøy: «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?» i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.): *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 254-290 på s. 255-258.

⁷³ Skoghøy: «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?» s. 257.

⁷⁴ Hans Petter Graver: «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2/2011 (volum 124), s. 230-249 på s. 245.

⁷⁵ Graver: «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi» s. 248-249.

⁷⁶ Løvteit sonndrer mellom rettsdogmatikk i snever og vid forstand, se Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 31. Slik jeg leser Løvteit, er rettsdogmatikk i snever forstand en betegnelse på metoden som anvendes av domstolen, mens rettsdogmatikk i vid forstand er en betegnelse på rettsdogmatikk som anvendes i et rettsvitenskapelig arbeid.

Det er også vesentlige forskjeller på dommerens og rettsforskerens virke. Forskeren har ofte mer tid og ressurser tilgjengelig enn dommeren. Forskeren har derfor mulighet til å sette seg inn i et bredere materiale enn dommeren. En rettsforsker vil, som en konsekvens, ofte ha større åpning for å foreta teoretiske «dypdykk» i utvalgte emner enn en domstol. En vitenskapelig avhandling trenger, i motsetning til en dom, ikke å ta utgangspunkt i en konkret sak når rettslige problemstillinger skal belyses. En mulig implikasjon av dette er at et rettsvitenskapelig arbeid ofte vil ha en mer dvelende, og mindre konstaterende, karakter enn en dom. Det er heller ikke nødvendigvis et gode at en domstol drøfter alle prinsipielle sider ved en sak. Rekkevidden av generelle uttalelser kan bli større enn dommeren forestiller seg, og kan derfor få utilsiktede rettslige implikasjoner langt utenfor det tilfellet som er gjenstand for behandling. Prejudikatverdien av en dom kan også svekkes dersom dommen løses på bakgrunn av flere alternative rettslige grunnlag.

Rt. 1995 s. 904 kan underbygge at prejudikatverdien av en dom kan svekkes dersom saken løses etter flere alternative rettsgrunnlag. Spørsmålet i saken var om et kontorbygg var reist i strid med negative servitutter som heftet på en eiendom. Høyesterett konkluderte med at (1) de negative servituttene hadde bortfalt som følge av nye reguleringsplaner i området, (2) at utbyggingen ikke var i strid med de negative servituttene og (3) at de negative servituttene hadde bortfalt som følge av utviklingen i strøket der bygget var oppført, se Rt. 1995 s. 904 på s. 907-909. Ettersom hvert av alternativene som inngikk i Høyesteretts begrunnelse kunne grunngi resultatet alene, kan de alternative konklusjonene svekke prejudikatverdien til hvert av standpunktene: Det er ikke mulig å utpeke et klart anført *ratio decidendi* i Rt. 1995 s. 904, se Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 78.

Selv om et vesentlig siktemål med et rettsdogmatisk arbeid er å undersøke og systematisere gjeldende rett, bør ikke denne avhandlingen leses som en prognose på hvordan Høyesterett kommer til å argumentere i fremtiden.⁷⁷ Det er flere grunner til at en slik prognoseøvelse vanskelig lar seg gjennomføre. For det første kan gjeldende rett romme flere mulige løsninger.⁷⁸ I et rettsdogmatisk arbeid kan det ofte ha en egenverdi å fremheve hvilket argumentasjonsrom som eksisterer *de lege lata*.⁷⁹ Det viktigste bidraget er ikke nødvendigvis hvordan forskeren selv velger å konkludere. Som eksempel kan det vises til *Sjur Brækhus* og *Axel Herrems* konklusjon om løsørekjøpers kreditorvern:

«For øvrig er gjeldende rett så pass usikker at man må regne med at domstolen vil stå temmelig fritt. Det gjelder intet ubetinget krav om overlevering, men det er heller ikke

⁷⁷ Det kan også reises innvendinger mot en slik tilnærming til rettsdogmatisk metode, se for eksempel Njål Høstmælingen: *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 107: «Det kan hevdes at juridisk metode i bunn og grunn avklares gjennom studiet av argumentasjonen ved domstolene. En slik metodetilnærming kan kritiseres for å være deskriptiv og passiv [...]»

⁷⁸ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 20.

⁷⁹ Sammenlign Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 23-24. Se særlig note 31 på s. 24.

alltid at avtalen vil være nok. De regler vi ovenfor er kommet frem til de lege ferenda, må muligens også kunne hevdes de lege lata.»⁸⁰

Sitatet fra *Brækhus* og *Hærem* viser at argumentasjonsrommet innenfor det som kan karakteriseres som gjeldende rett, potensielt kan være vidt. Skillet mellom *de lege lata* og *de lege ferenda* er ikke alltid tydelig. I slike situasjoner vil forskerens *resonnementer* og *analyser* kunne være like verdifull som forskerens *konklusjoner*.

For det andre kan det være enkelte faktorer som inngår i en rettsavgjørelse som det ikke er mulig å ta høyde for i et rettsvitenskapelig arbeid. *Skoghøy* har for eksempel fremhevet at domspremissene kan skjule den reelle begrunnelsen for resultatet:

«[...] [M]an [kan] aldri være sikker på at det er de argumenter som er trukket frem i dommen, som reelt har vært utslagsgivende. Begrunnelsen kan ha karakter av 'kamouflasje'.»⁸¹

Det kan være vanskelig for en rettsforsker å ta høyde for hvilke løsninger som Høyesterett vil komme til i fremtiden, dersom et resultat hviler på skjulte premisser. Det menneskelige aspektet ved domstolens virke er det heller ikke lett å ta høyde for i et rettsvitenskapelig arbeid. Dommere er mennesker med ulik livserfaring, yrkesbakgrunn, verdioppfatning m.m. Dommerens bakgrunn kan tenkes å influere hvordan rettskildene avveies. En mye brukt karikatur er at en rettsavgjørelse avhenger av hva dommeren spiste til frokost.⁸² *Alex Kozinski* omtaler denne karikaturen som «horse manure».⁸³ *Danziger* mfl. har på den annen side presentert en studie som empirisk underbygger at dommere er mer tilbøyelige til å akseptere søknader om prøveløslatelse når det er kort tid siden forrige matpause.⁸⁴ Uavhengig av hvordan man stiller seg til viktigheten av en god frokost, er det klart at det er en tilnærmet umulig oppgave å stille en sikker prognose på hva Høyesterett kommer til å dømme i fremtiden. Rettsforskerens oppgave må derfor være å tegne opp hvilke mulige løsninger som rettskildene utpeker, for deretter å presentere den løsningen som man selv mener er best fundert i rettskildene.

⁸⁰ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 514

⁸¹ Jens Edvin A. Skoghøy: «Dommeratferd og dommerbakgrunn – Særlig om yrkesbakgrunnens betydning for utfallet av tvister mellom private og det offentlige», *Festskrift til Torgny Håstad*, Uppsala 2010, s. 711-726 på s. 716.

⁸² Alex Kozinski: «What i ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making», *Loyola of Los Angeles Law Review* nr. 4/1993 (volum 26), s. 993-1000 på s. 993.

⁸³ Kozinski: «What i ate for breakfast» s. 993.

⁸⁴ Shai Danziger, Jonathan Levav og Liora Avnaim-Pesso: «Extraneous factors in judicial decisions», *PNAS* nr. 17/2011 (volum 108), s. 6889-6892.

For det tredje ligger det, etter mitt skjønn, innenfor en rettsdogmatisk avhandling å undersøke retten fra flere vinkler enn bare hva som er gjeldende rett i snever forstand. Rettsforskeren trenger ikke begrense sitt virke bare til å fastslå hvordan retten *er*, men bør også si noe om hvordan retten *kan* eller *bør* være.⁸⁵ Det bør også ligge innenfor rettsdogmatikkens grenser å analysere *hvorfor* retten er som den er, herunder fremsette analyser som søker å begrunne holdbarheten av rettslige resonnementer.⁸⁶ Inspirasjon for argumenter og løsninger kan trekkes fra et større kildetilfang enn bare de anerkjente rettskildene. Det eksisterer imidlertid en grense for hvor frikoblet et rettsdogmatisk arbeid kan være fra de anerkjente rettskildene: Et rettsdogmatisk arbeid bør alltid være i kontakt med rettskildene. Rettsforskeren bør derfor tydeliggjøre overfor leseren når resonnementene begynner å bevege seg utenfor rammene av det som kan anses som *de lege lata*, herunder når resonnementene bygger på andre kilder enn de anerkjente rettskildene.

1.3.2 Funksjonalismen – en kasuistisk tilnærming til retten

Rettsvernsregler har en nær sammenheng med diskusjonen som har vært ført i nordisk rett om eiendomsrettens rettslige betydning. Det er ikke mulig å oppnå en fullgod forståelse av dagens kreditorvernregler uten at sammenhengen mellom eiendomsrett og rettsvern utdypes. Sammenhengen mellom eiendomsrettens (manglende) rettslige betydning og rettsvernsreglene er gjenstand for nærmere gjennomgang i kapittel 4. I dette punktet vil jeg imidlertid fremheve noen metodiske implikasjoner av rettsvernsreglenes oppbygning.

Rettsvernsreglene i norsk rett hevdes å bygge på en funksjonell tilnærming til eiendomsretten. Etter den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten anses ikke eiendomsretten som en enhet som må opptre samlet. I stedet anses eiendomsretten som et koblingsord mellom stiftelsesgrunnlaget og de ulike rettsvirkningene som utløses gjennom ervervet (rett til å selge, leie bort, pantsette, bruke m.m.), se nærmere om dette i punkt 4.4.⁸⁷ Når en rettighetskollisjon skal løses, tar følgelig ikke rettsanvenderen utgangspunkt i overordnede begreper eller systemer, slik som for eksempel eiendomsretten, som det utledes rettslige løsninger fra.⁸⁸ Den

⁸⁵ Jens Edvin A. Skoghøy: «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn'), *Jussens Venner* nr. 6/2015 (volum 50) s. 287-309 på s. 289, Andreassen: *Factoringpant* s. 53-54 og Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 35.

⁸⁶ I samme retning, se Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 31-32.

⁸⁷ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 40, Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 18-19 og Eckhoff: *Rettskildelære* s. 49-51. Svensk rett har en lignende tilnærming til eiendomsbegrepet, se Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 24-25.

⁸⁸ Kåre Lilleholt: «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens Venner* nr. 2/1996 (volum 60) s. 69-97 på s. 69, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 283 og Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 21-24. Se også Joel Samuelsson: «Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet», *Europarättslig tidskrift* nr. 1/2009 (volum 12) s. 63-86 på s. 79 hvor han skriver at svensk rett «känntecknas ju av sporadisk lagstiftning,

funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten legger i stedet opp til at de hensyn som gjør seg gjeldende i konkrete typetilfeller, kan vurderes og avveies. Lovgiver søker dermed, gjerne i samspill med rettsanvender, å oppnå gode resultater i de typetilfellene som kan tenkes å oppstå.⁸⁹ Når det ikke kan tas utgangspunkt i overordnede begreper eller systemer ved fremstillingen av temaet kreditorvern, vil en fremstilling av enkelte *fragmenter* av problemkomplekset være et omdreiningspunkt for fremstillingen av retten. Utvalget av typetilfeller som behandles for å belyse kreditorvernreglene i denne avhandlingen, kan ikke anses uttømmende: En fullstendig behandling av alle typer formuesgoder og formuesrettigheter er ikke praktisk mulig, særlig i lys av at det stadig vokser frem nye typer formuesgoder og formuesrettigheter.

Den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten umuliggjør likevel ikke en systematisk behandling av regler om kreditorvern. Selv om det ikke tas utgangspunkt i overordnede begreper og systemer ved fremstillingen av reglene, eksisterer det rettskilder som det kan utledes normer og retningslinjer fra: Rettsområdet som behandles i denne avhandlingen er langt fra *normtomt*. Rettsanvenderen kan ikke treffe en avgjørelse som baserer seg på mer eller mindre frie avveininger av hva som er et «godt» resultat. Tvert imot: Det eksisterer en rekke lovfestede regler om kreditorvern. Selv utenfor de lovfestede tilfellene vil ikke rettsanvenderen finne seg på et normtomt område. Kreditorvernreglene er utviklet på bakgrunn av et forholdsvis fast vurderings- og argumentasjonsmønster.⁹⁰ Ulovfestet regeldannelse vil måtte skje blant annet på bakgrunn av dette mønsteret, jf. punkt 5.4. *Lilleholt* illustrerer dette ved å hevde at rettsanvenderen ikke står fritt til å vurdere «resultatets godhet» ved bruk av reelle hensyn i formueretten.⁹¹ Rettsanvenderen må «stille spørsmålet rett».⁹²

Gjennom å stille spørsmålene riktig, og ved å identifisere de relevante hensynene og hvordan disse kan avveies i de enkelte typetilfellene, kan det avdekkes at kreditorvernreglene inngår i et

fokuserad på uvalda, praktiskt betydelsefulla, frågor, och av att den skyr principiella ställningstaganden och definitioner».

⁸⁹ For en gjennomgang av eksempler på hvordan den funksjonelle tilnærmingen fungerer i praksis, se Claes Martinsson: «How Swedish Lawyers Think about ‘Ownership’ and ‘Transfer of Ownership’ – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?» i Wolfgang Faber og Birgitta Lurger (red.): *Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, München 2008 s. 69-95 på s. 72-92. Se også Wolfgang Faber: «Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective» i Wolfgang Faber og Birgitta Lurger (red.): *Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, München 2008 s. 97-122 på s. 97-99. Joel Samuelsson har problematisert om de «neutrala ‘bästa lösningar’» eksisterer som objektive fenomener, eller om ulike rettslige løsninger bare er et uttrykk for ulike rettskulturer, se Samuelsson: «Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet» s. 65 og s. 84.

⁹⁰ Martinson: «How Swedish Lawyers Think about ‘Ownership’» s. 74-75.

⁹¹ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 49-50.

⁹² Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 50.

system som følger en indre logikk.⁹³ Drøftelser som ved første øyekast kan fremstå kasuistiske, kan derfor potensielt ha en nytteverdi gjennom at de illustrerer vurderings- og argumentasjonsmønsteret som ligger til grunn for regler om kreditorvern. Det er ikke med det sagt at det ikke kan fremsettes innvendinger mot en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, se særlig punkt 4.3-4.8. Poenget jeg ønsker å fremheve i denne sammenheng, er at en viss grad av kasuistikk er nødvendig for å få frem den indre systematikken bak reglene om kreditorvern.⁹⁴

1.3.3 Utenlandske og internasjonale rettskilder

Norske domstoler er delegert myndighet til å fatte bindende rettslige avgjørelser gjennom Grunnloven og prosesslovgivningen.⁹⁵ Utenlandske og internasjonale rettsavgjørelser har ingen selvstendig rettskildemessig vekt i norsk rett.⁹⁶ Fra dette utgangspunktet kan det imidlertid gjøres unntak dersom det finnes hjemmel for å tillegge avgjørelser fra internasjonale domstoler virkning i norsk rett.⁹⁷

Gjennom menneskerettsloven er en rekke internasjonale konvensjoner gjort til norsk lov, med forrang foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK) tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 1 har vist seg å kunne få betydning for regler om kreditorvern. De norske kreditorvernreglene må være i samsvar med de forpliktelsene som følger av EMK. Av denne grunn er det av relevans å undersøke kreditorvernreglene i lys av EMK, se kapittel 6. Ved undersøkelse av EMK er det også relevant å se hen til praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD). Enhver «person, frivillig organisasjon eller gruppe av enkeltpersoner» som hevder seg utsatt for brudd på EMK, kan klage Norge inn for EMD når alle nasjonale rettsmidler er uttømt, jf. EMK artikkel 34 og 35 første ledd. Det er ikke tvilsomt at konvensjonspraksis fra EMD er en relevant rettskilde for Høyesterett ved tolkningen av innholdet i EMK.⁹⁸

⁹³ I samme retning, se Lilleholt: «Legitimasjon, publisitet og notoritet» s. 69-70.

⁹⁴ Martinson: «How Swedish Lawyers Think about 'Ownership'» s. 74-75 mener det ikke er heldig å karakterisere en funksjonell tilnærming som kasuistisk, ettersom «[t]he amount of normative arguments does create a system». Jeg er enig med Martinson at kasuistikk ikke må forveksles eller forstås som mangel på system. Jeg mener likevel at det er fullt ut forsvarlig å hevde at en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, i alle fall på et teoretisk plan, er en mer kasuistisk tilnærming enn en substansiell/unitær tilnærming til eiendomsretten, se nærmere om dette i kapittel 4.

⁹⁵ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 36.

⁹⁶ Jens Edvin A. Skoghøy: «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero-Moss (red.): *Retts og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 s. 564-574 på s. 567.

⁹⁷ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 36.

⁹⁸ Se Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen) på s. 1006-1008. For ordens skyld nevnes at det tidligere «klarhetskravet», som gikk ut på at norsk rett bare skulle tilsidesettes dersom den avvikende regelen fremstod «tilstrekkelig klar og entydig», nå er forlatt, se om klarhetskravet i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen) på s. 616-617.

De norske kreditorvernreglene er i stor grad basert på et felles skandinavisk tankegods.⁹⁹ Den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten, som ligger til grunn for kreditorvernreglene, er ikke like vanlig i øvrige deler av Europa. I rettskulturer utenfor Norden er ofte spørsmål om tredjemannsvern knyttet til et spørsmål om eiendomsrettens overgang, jf. punkt 4.6.¹⁰⁰ Ettersom kreditorvernreglene i Sverige og Danmark i stor grad er basert på den samme teoretiske tilnærmingen som norsk rett, er det nærliggende å se til disse landene for inspirasjon.¹⁰¹ Noen av lovene på formuerettens område er også blitt til gjennom nordisk lovsamarbeid. Dette kan bidra til å øke relevansen og vekten av rettskilder – og da fortrinnsvis praksis fra de øverste domstolene – tilknyttet svensk og dansk rett.¹⁰² Rettskilder fra svensk og dansk rett vil imidlertid uansett måtte tillegges en beskjeden vekt.¹⁰³ Det er imidlertid ingenting i veien for å søke inspirasjon hos våre naboland.¹⁰⁴ Når løsninger i andre lands rett brukes som inspirasjons- og argumentasjonskilde, må rettsanvenderen på selvstendig grunnlag vurdere om argumentasjonen kan ha overføringsverdi til norsk rett. Argumentet kan for eksempel tenkes å yte indirekte normative bidrag som et reelt hensyn.¹⁰⁵ Lilleholt uttrykker dette på følgende måte:

«Den gode forstand kjenner ingen nasjonalitet. Kanskje hamnar vi til sjuande og sist på ei anna løysning enn den vi finn i andre land, men vi kan vera nokså sikre på at vi har resonnert betre etter å ha gjort oss kjende med dei nyansane og omsyna andre har funne fram til.»¹⁰⁶

Avhandlingen vil på denne bakgrunn inneholde spredte henvisninger til svensk og dansk litteratur, hovedsakelig som en kilde for inspirasjon.

Draft Common Frame of Reference (heretter DCFR) innehar regler som har betydning for kreditorenes beslagsadgang. DCFR er ikke et juridisk bindende dokument, men er utviklet blant

⁹⁹ Claes Martinson: «The Scandinavian Approach to Property Law, Described through Six Common Legal Concepts», *Juridica International* volum 22/2014 s. 16-26 på s. 19-21 («the Scandinavian approach»). Se også Claes Martinson «Eiendomsrettens overgang – Norden kontra verden», Forhandlingene ved det 38. nordiske Juristmøde i København 2008, publisert i Kavita Bäck Mirchandani og Kristina Ståhl (red.): *Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18-19 augusti 2011. Del II*, Stockholm 2012 s. 823-843 på s. 824-826.

¹⁰⁰ Claes Martinson: «Något om behoven av att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen – Segelbåtfallet» i Lars Gorton m.fl. (red.): *Festskrift til Göran Millqvist* s. 461-480 på s. 462.

¹⁰¹ Skoghøy: «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» s. 571 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 23.

¹⁰² Se nærmere om svensk og dansk rettspraksis som rettskilde i Aage Thor Falkanger: *God tro – En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Oslo 1999 s. 97-100.

¹⁰³ I samme retning, se Falkanger: *God tro* s. 100.

¹⁰⁴ Kåre Lilleholt: «Grunnsetningar i formueretten» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.): *Juridisk metode og tenkemåte* s. 334-342 på s. 341.

¹⁰⁵ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 37 og Skoghøy: «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» s. 573.

¹⁰⁶ Lilleholt: «Grunnsetningar i formueretten» s. 341.

annet for å kunne fungere som en modell for en senere felleseuropeisk lovbok i privatrett.¹⁰⁷ DCFR er utviklet med bidrag fra akademiske miljøer i hele Europa.¹⁰⁸ DCFRs regler om tredjemannsvern er lite tilpasset norsk rett, jf. punkt 4.6. Likevel gir reglene uttrykk for alternative løsninger på mange av de samme problemkompleksene som norsk rett står overfor. I tillegg er reglene basert på et omfattende komparativt materiale. DCFR vil derfor trekkes inn enkelte plasser som illustrasjon på en alternativ løsning på de samme rettslige problemkompleksene som diskuteres i norsk rett. Dette gjøres ikke for at løsningene i DCFR nødvendigvis har overføringsverdi til norsk rett, men fordi løsningene i DCFR kan danne grunnlag for refleksjoner over den norske løsningsmodellen.

1.4 Aktualitet

Temaet kreditorvern er et sentralt og klassisk emne innenfor den dynamiske tingsretten. Flere sentrale verker innenfor fagområdet har behandlet hovedtrekkene ved norske kreditorvernregler¹⁰⁹ Likevel har hovedlinjene i fremstillingene vært forholdsvis stabile i tiden etter at *Brækhus* og *Hærem* skrev boken «Norsk tingsrett» i 1964. Analysene til *Brækhus* og *Hærem* har i liten grad blitt utfordret, selv om verken lovgiver eller Høyesterett har gitt sin tilslutning til alle aspekter ved den. Det er ikke tvil om at *Brækhus*' standpunkter nyter stor annerkjennelse.¹¹⁰

Det faktum at regler om kreditorvern har historiske røtter som strekker seg så langt tilbake som til romerretten, jf. blant annet punkt 8.2.4, understreker at avhandlingens tema har hatt – og trolig kommer til å ha – en langvarig aktualitet. Det betyr imidlertid ikke at kreditorvernreglene har vært – og fortsatt kommer til å være – statiske. Samfunnet er i kontinuerlig utvikling, og det samme er rettsvitenskapen. Sentrale rettslige emner som kreditorvern bør underkastes fornyede analyser fra tid til annen, om så bare for å bekrefte eller nyansere kursen for temaet.

¹⁰⁷ DCFR Introduction punkt 6, s. 7.

¹⁰⁸ DCFR Introduction punkt 4, s. 6.

¹⁰⁹ Se blant annet Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* kapittel XI, XII og XV, Lilleholt: *Allmenn formuerett* del I og del III, Andenæs: *Konkurs* kapittel 19-21, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern*, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* (se særlig kapittel 8-11), Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* kapittel 26 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* (se særlig del I. Innledning). I tillegg nevnes at Borgar Høgetveit Berg planlegger å publisere boken *Beslagsretten. Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann* primo 2021.

¹¹⁰ I denne retning, se Aage Thor Falkanger: «Sjur Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 Omsetningskollisjoner I og II» (bokanmeldelse), *Lov og Rett* nr. 1/2000 (Volum 59) s. 56-64 på s. 64 og Kåre Lilleholt: «Sjur Brækhus: Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet. 2. utgave» (bokanmeldelse), *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 4/1996 (volum 138) s. 719-721 på s. 720-721.

Videre har nye fremstillinger i teorien kommet til i senere tid. Enkelte av de nye fremstillingene utfordrer deler av fremstillingen til *Brækhus*.¹¹¹ Høyesterett har også avsagt dommer i senere tid som både har metodiske og materielle implikasjoner for regler om kreditorvern.¹¹² Utviklingen i rettskildebildet taler for at det er rom for en fornyet og samlet behandling av avhandlingens tema.

De fleste teoretiske fremstillinger behandler temaene kreditorvern og omsetningsekstinksjon samlet. Temaet kreditorvern underkastes sjelden en selvstendig analyse.¹¹³ Selv om det tematisk sett er en klar sammenheng mellom kreditorvern og omsetningsekstinksjon, er hensynene og vilkårene for ekstinksjon forskjellige, jf. punkt 3.2. En rekke problemstillinger kan rendyrkes mer når avhandlingens fokus rettes mot kreditorvernreglene. På bakgrunn av de nevnte forholdene er det, etter mitt skjønn, et klart forskningsmessig rom for å skrive om temaet kreditorvern.

1.5 Avgrensninger

Selv om den innledende beskrivelsen av avhandlingens tema utgjør en avgrensning i seg selv, er det enkelte avgrensninger som ikke nødvendigvis kan utledes av innledningen alene. Enkelte avgrensninger gjøres derfor eksplisitt i det følgende punkt.

Det er ikke bare kreditorene som potensielt kan være ekstingverende part i en rettighetskollisjon. Gjennom regler om godtroekstinksjon har også omsetningsserververe adgang til å ekstingvere allerede etablert rettigheter i et formuesgode. Godtroekstinksjon er basert på andre hensyn og vilkår enn kreditorekstinksjon. Av denne grunn vil ikke godtroekstinksjon behandles inngående i denne avhandlingen. I punkt 3.2 vil jeg imidlertid sammenholde hensyn og vilkår for godtroekstinksjon med hensyn og vilkår for kreditorekstinksjon.

Foruten kreditorekstinksjon eksisterer det også andre tilgrensende regler som kan være relevante for rettsforholdet mellom kreditor og suksessor. Her kan særlig nevnes regler om omstøtelse, ugyldighet, inntredelse, tilbakehold, stansing og heving. Ettersom temaet for avhandlingen er kreditorvern, vil ikke disse reglene gjennomgås i detalj. Likevel er det viktig å plassere reglene om kreditorvern i relasjon til øvrige regler som er av relevans for rettsforholdet

¹¹¹ Se for eksempel Baldersheim: *Til tingsrettens teori*, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern*, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* og Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter*.

¹¹² Se for eksempel HR-2017-33-A, HR-2018-1265-A og HR-2020-837-A.

¹¹³ Kåre Lilleholts kompendium *Kreditorvern* fremstår som et unntak, se Kåre Lilleholt: *Kreditorvern* i Det juridiske fakultets skriftserie nr. 14 – Universitetet i Bergen, Bergen 1988. Lilleholt har i ettertid valgt å samle fremstillingen av reglene om kreditorvern og godtroervert, først i Lilleholt: *Godtroervert og kreditorvern*, og deretter i Lilleholt: *Allmenn formuerett*. Også Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* behandler kreditorvern isolert, men boken tar kun for seg et avgrenset område av temaet.

mellom kreditor og suksessor. I kapittel 3 vil derfor øvrige regler som er relevante for rettsforholdet mellom kreditor og suksessor kort behandles. Sammenhenger og forskjeller mellom kreditorvernregler og tilgrensende tredjemannsregler vil i den sammenheng behandles. I tillegg drøftes *proforma* og ugyldighet som kreditorinnsigelser nærmere i punkt 5.3.3 og 5.3.4.

Avhandlingen er ikke avgrenset til å omhandle etablering av kreditorvern for noen spesifikke typer formuesgoder eller rettigheter. De rettsdogmatiske drøftelsene i kapittel 7-9 er strukturert etter de tre alminnelige rettsvernsaktene i norsk rett. De lovfestede kreditorvernreglene vil danne en ramme for hvilke formuesgoder som behandles. Enkelte ulovfestede kreditorvernregler vil likevel bli drøftet. Drøftelsene vil oftest ta utgangspunkt i at suksessor søker å etablere kreditorvern for eiendomsrett eller panterett.¹¹⁴ Det er disse to rettighetstypene som utvilsomt har vært mest diskutert i norsk rett. Andre rettigheter vil imidlertid også drøftes enkelte steder i avhandlingen.

En rettighetskollisjon kan reise problemstillinger som har berøringspunkter til en rekke fag innenfor formueretten. En rekke problemstillinger som ikke knytter seg til det som tradisjonelt har blitt behandlet innenfor den dynamiske tingsretten, vil kunne ha interesse for temaet kreditorvern. Avhandlingens rammer vil imidlertid stå i fare for å bli sprengt dersom perspektiver og nyanser fra hele formueretten skal inkorporeres. Enkelte avgrensninger må derfor foretas. I det følgende fremheves noen eksplisitte avgrensninger mot enkelte fagområder.

Immaterialrett er et fagområde som behandler formuesrettigheter som på mange punkter skiller seg vesentlig fra andre typer formuesrettigheter.¹¹⁵ Immaterielle rettigheter kan være gjenstand for kreditorbeslag, og det kan følgelig oppstå en rettighetskollisjon mellom suksessor og kreditor som retter seg mot en immateriell rettighet. Særtrekkene ved immaterielle rettigheter er såpass fremtredende at de bør tas hensyn til ved drøftelsen av om, når og hvordan kreditorvern etableres i immaterielle rettigheter.¹¹⁶ Kreditorvernregler bør ikke diskuteres som et isolert fenomen, helt adskilt fra formuesgodets karakter.

Enkelte av immaterialrettens særtrekk kan kort fremheves. I nordisk teori har det vært ført en diskusjon om immaterielle rettigheter skal betraktes som en eiendomsrett eller ikke, se Ole-Andreas Rognstad: «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterede rettigheter?», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 5/2016, s. 518-538 på s. 520-521 med videre henvisninger. Det synes i dag å være forholdsvis bred konsensus om at immaterialrettigheter ikke bør klassifiseres som en eiendomsrett, se Rognstad: «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterede rettigheter?» s. 521 og Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 49-50. Det skyldes flere forhold.

¹¹⁴ Se i tilsvarende retning Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1 og punkt 15.3.2.3.

¹¹⁵ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 43 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 31.

¹¹⁶ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 49. For en grundigere gjennomgang av enkelte særtrekk ved immaterielle rettigheter, se Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 49-61.

Immaterielle rettigheter er, i motsetning til eiendomsretten, positivt avgrenset. Med dette menes at en immateriell rettighet kun gir rettighetshaveren en positivt avgrenset rettighet, se for eksempel åndsverkloven § 3 første ledd bokstav a og b. Immaterielle rettigheter gir følgelig ikke rettighetshaver noen «restrett» utover det som følger av loven, se nærmere om restretten i punkt 4.2. Dette medfører at ulike typer immaterielle rettigheter kan ha ulike karakterer. Et patent gir for eksempel rettighetshaver en enerett til å utnytte en oppfinnelse i nærings- eller driftsøyemed, jf. patentloven § 1 første ledd, mens en designrett forhindrer andre enn rettighetshaver fra å kunne utnytte et design, jf. designloven § 9.

Eiendomsretten har vært sentral for utformingen av formueretten. Eiendomsretten trenger dermed ikke i særlig grad noe legislativt grunnlag for å kunne stiftes, og nye eierbeføyelser kan oppstå uten lovregulering. Det motsatte er i stor grad tilfelle for immaterielle rettigheter. Immaterielle rettigheter knyttes til goder som i utgangspunktet er åpne og tilgjengelige for alle, i motsetning til knapphetsgoder, som er eiendomsrettens gjenstand, se Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 53. Ettersom immaterielle rettigheter kan virke både konkurransevridende og i strid med allmenhetens interesser, «gælder der i immaterialretten et ganske hårdhændt hjemmelskrav», se Mads Bryde Andersen: «Immateriell rett og marked – et indlæg i diskussionen om opahvsrettens forhold til den almindelige konkurrenceret» i Marianne Levin (red): *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 s. 402-414 på s. 403.

Videre er immaterialrettigheter ofte tidsbegrensede. Opphavsrettigheter opphører for eksempel 70 år etter opphavsmannens dødsår, jf. åndsverkloven § 11 første ledd bokstav a, mens et patent som utgangspunkt varer i 20 år fra den dagen patentsøknaden ble inngitt, jf. patentloven § 40 første ledd. Eiendomsrettigheter faller til sammenligning ikke bort og er ikke gjenstand for foreldelse, se for eksempel Rt. 2012 s. 506, avsnitt 21.

Avhandlingens rammer står i fare for å bli for omfattende dersom de immaterielle rettighetene skal behandles med den intensjonsdybden som de fortjener. For ordens skyld nevnes også at det foreligger et ferdigstilt doktorgradsprosjekt, i tillegg til et planlagt doktorgradsprosjekt, som behandler tredjemannsspørsmål i relasjon til immaterielle rettigheter.¹¹⁷ På denne bakgrunn avgrensers jeg mot en dyptgående behandling av rettighetskollisjoner i immaterielle rettigheter. Flere av de lovfestede kreditorvernreglene for immaterielle rettigheter er imidlertid basert på regler om rettsregistrering. Disse reglene vil kort gjennomgå i punkt 7.7.

For panteretten sitt vedkommende behandles som utgangspunkt kun spørsmålet hvordan panthaver kan etablere kreditorvern for en panterrettighet som er stiftet til fordel for panthaver. Problemstillinger som knytter seg til gjenopplåning, frempantsettelse, overdragelse av panterrettigheter og opprykk, behandles ikke. Disse emnene er forholdsvis inngående behandlet andre steder i teorien.¹¹⁸ En bred analyse av panterrettslige emner vil, etter mitt skjønn, kunne stå i fare for å virke avsporende i konteksten av denne avhandlingen.¹¹⁹

Enkelte steder vil jeg berøre selskapsrettslige regler om fusjon og fisjon, jf. for eksempel punkt 7.8. Hensikten med å trekke veksler på selskapsrettslige regler om fisjon og fusjon er å

¹¹⁷ Se Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter*. Morten Smedal Nadheim forventes å levere en avhandling med arbeidstitelen «Dynamisk immaterialrett» i løpet av 2021, se <https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/phd/nadheim/index.html> (link sist sjekket 29. oktober 2020). Nadheim tar sikte på å undersøke blant annet hvordan rettighetskollisjoner i immaterielle rettigheter «bør analyseres og løses».

¹¹⁸ Se for eksempel Skoghøy: *Panterett*, Hans Fredrik Marthinussen: *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Oslo 2010, Hans Fredrik Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter», *Jussens Venner* nr. 2 2011, s. 87-130.

¹¹⁹ For en lignende avgrensning, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.4.2.

undersøke om en overdragelse av en fast eiendom gjennom selskapsrettslig fusjon og fisjon vil ha virkninger overfor kreditorene, og eventuelt hvilke virkninger en slik overdragelse vil ha for kreditorene. Det er derfor bare et lite element av selskapsretten som behandles. Øvrige deler av selskapsretten vil i liten grad berøres.

Arverettslige regler vil i liten grad drøftes i avhandlingen. Arvinger vil vanligvis ha en avklart stilling overfor kreditorene. Utgangspunktene kan kort stipuleres. Det kan sondres mellom forholdet mellom arvelaters kreditorer og arvingen på den ene siden, og forholdet mellom arvingen og arvingens kreditorer på den andre siden. Det oppstår vanligvis ingen interessemotsetninger mellom arvelaters kreditorer og arvingen.¹²⁰ Arvingen må overta arvelaters gjeld før det blir aktuelt å motta arven, jf. skifteloven §§ 78 og 99. I forholdet mellom arvingen og hans eller hennes konkursbo, er utgangspunktet at arv som faller under bobehandlingen av arvingens konkursbo, inngår i bomassen, jf. dekningsloven § 2-12 første ledd. Arvingen kan imidlertid avslå arv som har falt etter konkursåpningen, med den virkningen at konkursboet ikke kan beslaglegge arven, jf. dekningsloven § 2-12 annet ledd. Adgangen til å avslå falt arv faller bort dersom arvingen tiltrer arven.¹²¹ Selv om dekningsloven § 2-12 annet ledd ikke gjelder overfor utleggstakere, må trolig arvingen også ha adgang til å avslå forfalt arv som ennå ikke er tiltrådt overfor en utleggstaker.¹²² Utover dette vil arvingens stilling overfor kreditorene i liten grad behandles i avhandlingen.

¹²⁰ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 140.

¹²¹ NOU 1972:20 s. 263.

¹²² Andenæs: *Konkurs* s. 115 med videre henvisninger.

2 UTGANGSPUNKTER, PARTER OG KOLLISJONSMODELLER

2.1 Innledning

Det følger av dekningsloven § 2-2 at kreditorene kan ta beslag i ethvert formuesgode som «tilhører skyldneren på beslagstiden». Bestemmelsen gir uttrykk for et grunnleggende utgangspunkt for gjeldsforfølgning: Kreditorene får som utgangspunkt verken større eller mindre rett enn det skyldneren har.¹²³ Det avgjørende vurderingsmomentet etter bestemmelsen er derfor hvem som er reell eier av formuesgodet etter de underliggende rettsforhold.¹²⁴ Det medfører at formuesgoder som er i skyldnerens besittelse, men som egentlig tilhører noen andre, kan ikke beslaglegges av skyldnerens kreditorer.¹²⁵ Og *vice versa*: Formuesgoder som befinner seg hos en utenforstående tredjemann, men som egentlig tilhører skyldneren, kan beslaglegges av skyldnerens kreditorer.¹²⁶ Dersom et formuesgode besittes av en mellommann som ikke handler for egen regning, for eksempel en megler som skal bistå i et salg, kan ikke besittelsen alene danne grunnlag for beslag fra mellommannens kreditorer.¹²⁷

Dekningsloven § 2-2 regulerer ikke uttømmende forholdet mellom debtors kreditorer og øvrige tredjemenn. Det er derfor ikke alltid tilstrekkelig at suksessor har inngått en bindende, gyldig og reell avtale med skyldneren: Suksessor må også etablere kreditorvern for å unngå kreditorekstinksjon. Dette fremgår blant annet av forarbeidene til dekningsloven, jf. punkt 1.1.¹²⁸ Konsekvensen av at det ikke er etablert kreditorvern for en rettighet, er at kreditorene kan ekstingvere rettigheten. Kreditorekstinksjon inntreffer uten hensyn til kreditorenes gode eller onde tro, noe som er et av de grunnleggende skillene mellom omsetningsekstinksjon og kreditorekstinksjon.¹²⁹

¹²³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 34, Andenæs: *Konkurs* s. 157-158. Sammenlign med Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 30 og Rune Sæbø: «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs», *Lov og Rett* 1996 s. 123-141 på s. 126 som formulerer dette som henholdsvis at «boet blir satt i samme rettighetsposisjon som konkursdebitor» og at «kreditor i alle fall som utgangspunktet trer inn i debtors posisjoner».

¹²⁴ Aasebø m.fl.: *Dekningsloven med kommentarer* s. 56 og Andenæs: *Konkurs* s. 157.

¹²⁵ Tvangsfullbyrdsloven § 7-13 første ledd kan gi inntrykk av at utlegg kan tas på bakgrunn av legitimasjon. Det er imidlertid en feil forståelse av bestemmelsen. Bestemmelsen er av prosessuell karakter og er uten betydning når de reelle eierforhold er klarlagt. Bestemmelsen overstyrer følgelig ikke dekningsloven § 2-2, se Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 291 og Rt. 1999 s. 901 på s. 904 (bestemmelsen omtales som en «legalpresumsjon»).

¹²⁶ Se blant annet Rt. 1935 s. 981 og Brækhus og Høgetveit Berg: *Introduksjon til reglene om omstøtelse* s. 74-75. Tvangsfullbyrdsloven § 7-14 må, i likhet med § 7-13, forstås som en bestemmelse av prosessuell karakter, se fotnote 124 ovenfor.

¹²⁷ Se nærmere om kreditorenes beslagsrett i verdier som debitor innehar som mellommann i Høgetveit Berg: *Beslagsretten* kapittel 7.

¹²⁸ NOU 1972:20 s. 255.

¹²⁹ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 63 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 36. God tro er heller ikke noe vilkår for kreditorekstinksjon etter dansk rett, se Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 146.

Det er flere grunner til at kreditorstinksjon kan inntreffe uavhengig av kreditorenes mangel på god tro. For det første kan debtors legitimasjon endre seg mellom tidspunktet kreditt ytes og tidspunktet kreditorbeslag finner sted. Dette gjør det vanskelig å utforme regler som gir kreditorene rett til å ta beslag på bakgrunn av legitimasjon.¹³⁰ For det andre vil det være vanskelig å praktisere et vilkår om god tro overfor kreditorene.¹³¹ For det tredje kan det være legitime grunner til at debitor eller debtors suksessor er utstyrt med legitimasjon. Det vil derfor ikke nødvendigvis være heldig om kreditorene kan bygge en ekstinksjon på debtors legitimasjon.¹³² *De lege lata* er derfor debtors legitimasjon uten betydning for kreditorenes beslagsadgang.

2.2 Kollisjonsmodeller og partene

«Istedenfor å analysere lovteksten i f eks tgl §§ 20 eller 27, forsøker man å løse en konflikt ved simpelthen å henføre faktum under en av figurene. Figurene gis altså en slags rettslig egenverdi, som de ikke er ment å ha.»

Aage Thor Falkanger, «Sjur Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 Omsetningskollisjoner I og II» (bokanmeldelse), *Lov og Rett* nr. 1/2000 (Volum 59) s. 56-64

Når to ulike rettssubjekter har rettigheter i det samme formuesgodet, og rettighetene er uforenlige etter sine respektive stiftelsesgrunnlag, kalles rettighetskollisjonen for en dynamiske konflikt.¹³³ Dynamiske konflikter skiller seg fra såkalte statiske konflikter ved at partene ikke er uenige i innholdet i sine respektive rettigheter.¹³⁴ Rettighetshaverne kan ikke utøve sine rettigheter uten at dette kommer i konflikt med den annen parts rettighet. Hypotetisk sett kunne

¹³⁰ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 36-38.

¹³¹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 38-39 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 6.3.1.

¹³² Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 39-40.

¹³³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 25-26 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 27-28.

¹³⁴ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 25. Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 27-28 omtaler statiske konflikter, under henvisning til Alf Ross, som «adgangen til vindikation foruden straffe- og erstatningsrettlige sanktioner mv.». Se også Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 31-33 (petit) hvor statisk tingsrett blant annet omtales som «[r]eglerne om stationær beskyttelse [...] når formuesgodet er «i hvile» hos eieren og ikke omsættes.» For svensk rett, se Torgny Håstad: *Sakrätt, avseende lös egendom*, 6. utgave, Stockholm 1996 s. 17-18.

dynamiske konflikter vært løst gjennom å likestille de kolliderende rettighetene, og deretter la partene avgjøre hvordan de likestilte rettighetene skal praktiseres. En slik løsning kan oppnås gjennom en avtale partene imellom.¹³⁵ Den *rettslige* løsningen av de dynamiske konfliktene er imidlertid sjelden at de konkurrerende rettighetene likestilles.¹³⁶

De dynamiske konfliktene kan deles opp i to ulike konfliktsituasjoner: Hjemmelsmannskonflikter og dobbeltsuksjonskonflikter. Hjemmelsmannskonflikten har i teorien vært illustrert gjennom følgende modell¹³⁷:



Hjemmelsmannskonflikten kan illustrere to ulike konfliktsituasjoner. Den første konfliktsituasjonen, ofte omtalt som legitimasjonskonflikter, kjennetegnes av at en hjemmelsmann har utstyrt en tredjepart (legitimasjonshaveren) med et ytre skinn av rett som gjør at legitimasjonshaveren kan råde over et formuesgode som tilhører hjemmelsmannen. Legitimasjonshaveren disponerer deretter over formuesgodet på en måte som strider mot hjemmelshavers rett, til fordel for en godtroende erverver. Konflikten oppstår mellom den godtroende erververen og hjemmelsmannen. I denne konflikt representerer H i modellen ovenfor hjemmelsmann, A representerer legitimasjonshaveren og B representerer den godtroende erververen. Spørsmålet er om H, i kraft av sin stilling som opprinnelig hjemmelsmann, kan kreve formuesgodet tilbakeført fra B – ofte omtalt som *vinidikasjon* – eller om B, i kraft av å være godtroende erverver, kan *ekstingvere* hjemmelsmannens rett.¹³⁸

Kreditor kan ikke ekstingvere konkurrerende rettigheter på bakgrunn av legitimasjon.¹³⁹ Det er derfor ikke mulig for kreditorene å ta beslag i et formuesgode som tilsynelatende tilhører A, men som i realiteten tilhører H.¹⁴⁰ Dette gjelder selv om kreditor er i god tro. Legitimasjonskonflikter kan følgelig ikke føre til en kreditorekstinksjon.¹⁴¹

¹³⁵ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 123.

¹³⁶ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 127-128. Tinglysningsloven § 20 annet ledd er et eksempel på en bestemmelse som åpner for at konkurrerende rettigheter *kan* likestilles, selv om dette neppe er praktisk etter innføringen av elektronisk tinglysning med tidsprioritet, se nærmere om dette i punkt 7.3.2.

¹³⁷ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 375, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 29 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 581. Tilsvarende illustrasjon brukes også i dansk rett, se Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 19.

¹³⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 674-675

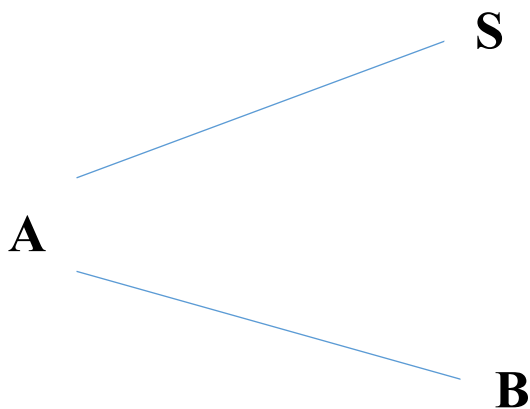
¹³⁹ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.3 og punkt 6.3.2.

¹⁴⁰ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 167, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 750 og s. 229, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 63 (fotnote 231).

¹⁴¹ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 168.

Den andre konfliktsituasjonen som H-A-B modellen kan illustrere, er den såkalte «inn i boet»-konfliktene.¹⁴² «Inn i boet»-konflikten kjennetegnes ved at et formuesgode er i ferd med å overføres fra en hjemmelsmann til en suksessor. Suksessors kreditorer ønsker å ta beslag i gjenstanden som er på vei inn i suksessors formuesmasse. I modellen ovenfor representerer H opprinnelig hjemmelsmann, A representerer suksessor og B representerer kreditor til suksessor.¹⁴³ Spørsmålet er om B kan ta beslag i det omtvistede formuesgodet, eller om H kan stanse overføringen av formuesgodet til A. Det rettslige spørsmålet som «inn i boet»-konflikten aktualiserer, er om H har sin stansings- og hevingsrett i behold, og ikke om A har etablert kreditorvern for sitt erverv. Hvorvidt suksessor har etablert kreditorvern for sitt erverv, er et spørsmål som ikke settes på spissen i «inn i boet»-konflikter. Fokus for denne avhandlingen vil derfor ikke være å behandle «inn i boet»-konflikter. Likevel vil «inn i boet»-konflikter berøres enkelte steder i avhandlingen, blant annet i punkt 3.1.3 og punkt 5.3.4.

Dobbeltsuksesjonskonflikter, som er den andre typen dynamiske konflikter, kjennetegnes av at to eller flere rettssubjekter hevder å ha rettigheter i det samme formuesgodet. De konkurrerende rettighetene utledes fra det samme rettssubjektet. Dersom det skal oppstå en dobbeltsuksesjonskonflikt, må de konkurrerende rettighetene være helt eller delvis uforenelig. Denne konflikten illustreres typisk slik¹⁴⁴:



¹⁴² Se for eksempel Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 29-30.

¹⁴³ Se til illustrasjon Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 229.

¹⁴⁴ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 375, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 34 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 581. Tilsvarende illustrasjon brukes også i dansk rett, se Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 19.

Det er først og fremst i dobbeltsuksesjonskonflikten at problemstillinger om kreditorvern aktualiseres.¹⁴⁵ I tilfeller hvor kreditor er ekstingverende part, representerer A debitor, S representerer suksessoren til A, og B representerer en kreditor som foretar et kreditorbeslag i etterkant av S' erverv.¹⁴⁶ S' rettighet kan være basert på ulike typer ervervsgrunnlag, som for eksempel avtale, gave og utlegg. Konflikten står mellom S og B. Det rettslige spørsmålet som aktualiseres kan stilles på to alternative måter: (1) Har S etablert kreditorvern overfor B forut for kreditorbeslaget, eller (2) kan B ekstingvere rettigheten til S? Hvordan det rettslige spørsmålet formuleres, vil være avhengig av hvilket perspektiv som inntas ved tolkningen av en kreditorvernregel, jf. punkt 2.5.

Dobbeltsuksesjonskonflikten kan også være aktuell i tilfeller hvor A har overdratt det samme formuesgodet til to eller flere omsetningsserververe. I modellen ovenfor vil A være opprinnelig hjemmelshaver, S første erverver og B andre erverver og ekstinksjonspretendent. Spørsmålet som aktualiseres er om det kan inntreffe en godtroekstinksjon til fordel for B. Ettersom godtroekstinksjon ikke er aktuelt for kreditorene, behandles ikke rettighetskollisjoner mellom to omsetningsserververe nærmere.

Begrepet dobbeltsuksesjonskonflikt, i kombinasjon med A-S-B modellen som er presentert ovenfor, kan i enkelte tilfeller være en forenkling. Det kan tenkes at modellen utvides slik at det er flere enn bare S og B som utleder en rettighet fra A. Det kan derfor være mer treffende å omtale konflikten som en suksesjonskonflikt i stedet for en dobbeltsuksesjonskonflikt. Begrepet dobbeltsuksesjonskonflikt gir inntrykk av at det bare er to rettigheter som kan kollidere. Av hensyn til språklig presisjon kommer jeg gjennomgående til å bruke begrepet «suksesjonskonflikt» i stedet for begrepet «dobbeltsuksesjonskonflikt» i avhandlingen.

Selv om figurene ovenfor benyttes for å beskrive de dynamiske konfliktene, er det viktig å presisere at modellene ikke er tillagt normativ kraft i loven eller andre rettskilder. Modellene har derfor *kun* funksjon som pedagogiske verktøy som skal forenkle beskrivelsen av partskonstellasjonene i en rettighetskollisjon.¹⁴⁷ Likevel kan modellene stå i fare for å øve en sterk makt over tanken og kan stå i fare for å virke forvirrende.¹⁴⁸ HR-2017-33-A illustrerer utfordringene som kan oppstå dersom kreditorenes ekstinksjonsadgang skal avklares på

¹⁴⁵ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 34 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.3.

¹⁴⁶ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 34.

¹⁴⁷ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 581: «Formålet med skjemaet er først og fremst at det skal være et hjelpemiddel i analysen av tredjepersonsproblemene.» Se også Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.2.

¹⁴⁸ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.2: «I nokre tilfelle vil den skisserte skjematiska framstillinga vera utilstrekkeleg og endåtil mindre tenleg.»

bakgrunn av om en rettighetskollisjon kan karakteriseres som en hjemmelsmann- eller suksesjonskonflikt. Deler av dommen gjennomgås i punkt 5.2.3, og øvrige deler av dommen gjennomgås i punkt 7.5.1 og 7.8. I dette punktet vil jeg fokusere på en av de subsidiære anførslene i saken. Den subsidiære anførselen omhandlet om ervervet av to næringseiendommer måtte tinglyses for at kreditorvern skulle etableres når ervervsgrunnlaget var en selskapsrettslig fusjon. Anførselen er mer utførlig gjengitt i lagmannsrettens dom enn i Høyesteretts dom. Av denne grunn gjengis anførselen fra lagmannsrettens dom.

I HR-2017-33-A hadde selskapet Sønnichsen AS overført to eiendommer til selskapet Sønfor AS i 1988 gjennom en selskapsrettslig fisjon. Overdragelsen til Sønfor ble ikke tinglyst. I 2003 fusjonerte deretter Sønnichsen, som på dette tidspunktet hadde byttet navn til Sønreal AS, med et nyopprettet selskap som hadde overtatt navnet Sønnichsen AS. Det nyopprettede Sønnichsen AS var overtakende selskap i fusjonen. De to eiendommene som hadde blitt overdratt til Sønfor gjennom fisjon i 1988, ble solgt i 2003 til Forusstranda Næringspark AS. Heller ikke dette ervervet ble tinglyst. Grunnbokshjemmelen lå følgelig fortsatt hos Sønnichsen etter salget i 2003. Sønnichsen gikk konkurs i 2012. Konkursboet ønsket blant annet å ta beslag i de to eiendommene som hadde blitt utfisjonert til Sønfor i 1988. Forusstranda Næringspark AS bestred at boet hadde rett til å ta beslag i eiendommene som hadde blitt utfisjonert til Sønfor.

Blant de anførslene som ble gjengitt i lagmannsrettens dom, var en subsidiær anførsel om hvorvidt rettighetskollisjonen skulle anses som en suksesjonskonflikt eller en hjemmelsmannskonflikt. Følgende ble anført fra Forusstranda Næringsparks side:

«For eiendommene gnr. 13, bnr. 93 og bnr. 467 gjøres det videre gjeldende at konkursdebitor aldri hadde vært eier av eiendommene og at ekstinksjon av den grunnen er utelukket, jf. tinglysingsloven § 23. Eiendommene var på et tidspunkt eiet av Sønreal, før de ble overført til Sønfor. Da Sønreal og Sønnichsen ble fusjonert i 2003 var Sønnichsen det overtagende selskapet. Sønreal ble slettet kort tid etter fusjonen. Sønreal overdro selskapets rettigheter og forpliktelser ved fusjonen. Grunnbokshjemmel til eiendommer som Sønreal ikke var eier av er ikke en rettighet eller en forpliktelse. Hjemmelen fulgte dermed ikke med inn i Sønnichsen ved fusjonen. I dette tilfellet dreier det seg reelt sett om en vanhjemmel. Grunnbokshjemmelen ble riktignok videreført i det fusjonerte selskapet, men det har ikke betydning for vurderingen av anvendelsen av tinglysingsloven § 23. Det som er situasjonen for disse eiendommene er dermed at *det er en hjemmelsmannskonflikt* og ikke en dobbeltsuksesjonskonflikt.

Hjemmelsmannskonflikter er ikke omfattet av ekstinksjonsregelen i tinglysingsloven § 23.» (min kursivering)¹⁴⁹

Sønnichsens konkursbo var ikke enig i at saken kunne defineres som en hjemmelsmannskonflikt, og mente det var mer naturlig å omtale saken som en dobbeltsuksjesjonskonflikt. Om dette anført Sønnichsen følgende:

«Når det gjelder ankemotpartens anførsel om at ekstinksjon er utelukket fordi Sønreal ikke har vært eier av bnr. 93 og bnr. 467, vises det til at hjemmelen sammen med ekstinksjonsposisjonen ble overført fra Sønreal til Sønnichsen ved fusjonen i 2003. Det har ikke betydning at Sønnichsen ikke har vært eier av de aktuelle eiendommene. Det avgjørende er at Sønreal på et tidligere tidspunkt var eier av eiendommene. Dersom Sønreal hadde gått konkurs ville Sønreals konkursbo kunne krevd ekstinksjon. Når Sønreal ble innfusjonert i Sønnichsen overtok Sønnichsen denne posisjonen. Ved fusjon skjer det en universalsuksesjon. Alle posisjonene Sønreal hadde tas med inn i Sønnichsen. Det ville bli tilfeldige løsninger dersom det skulle få betydning hvilket selskap som står som overtagende og overdragende i en fusjon. Det blir ikke treffende å omtale grunnbokshjemmelen til eiendommene som en vanhjemmel. Det var avtalt mellom partene at Sønreal skulle beholde grunnbokshjemmelen inntil Sønfor krevde hjemmelen overført. I og med at det skjer en universalsuksesjon ved fusjon er det heller ingen hjemmelsmannskonflikt. *Det er en dobbeltsuksjesjonskonflikt.*» (min kursivering)¹⁵⁰

De siterte anførselene viser at partene hadde ulike syn på hvorvidt rettighetskollisjonen kunne karakteriseres som en suksesjonskonflikt eller en hjemmelsmannskonflikt. Partene mente også at sontringen mellom suksesjonskonflikt og hjemmelsmannskonflikt hadde rettslig betydning. Best illustreres dette gjennom Forusstranda Næringsparks anførsel om at «[h]jemmelsmannskonflikter er ikke omfattet av ekstinksjonsregelen i tinglysingsloven § 23».

De nevnte anførselene ble opprettholdt for Høyesterett.¹⁵¹ Gjengivelsen av anførselene er imidlertid svært knapp i Høyesteretts dom. I gjengivelsen legges det mye vekt på uttrykket «tomme grunnbokshjemler», et uttrykk som verken er nevnt i loven eller som har et klart fastsatt innhold i teorien. Gjengivelse av anførselen i lagmannsrettens dom er derfor mer utfyllende enn gjengivelsen av anførselen i Høyesteretts dom.

¹⁴⁹ LG-2015-49401.

¹⁵⁰ LG-2015-49401.

¹⁵¹ HR-2017-33-A, avsnitt 19-20 og 26.

Det er derfor ikke mulig å knytte rettsvirkninger direkte til begrepene hjemmelsmannskonflikt eller suksesjonskonflikt. Slike begrepslutninger utgjør nettopp noe av kritikken mot det substansielle eiendomsbegrepet, jf. punkt 4.3. Høyesterett valgte heller ikke å definere hvilken type rettighetskollisjon det var tale om i HR-2017-33-A. Høyesterett drøftet og konkluderte på følgende måte:

«Det subsidiære påstandsgrunnlaget bygger på at Sønfor-eiendommene ble skilt ut fra det gamle selskapet Sønnichsen AS, senere Sønreal AS, mange år før fusjonen mellom Sønreal AS og det nye selskapet Sønnichsen AS. Det gjøres gjeldende at det fusjonerte selskapet aldri har vært eier av Sønfor-eiendommene og dermed ikke kan bygge rett på en tom grunnbokshjemmel.

Med den forståelsen av tinglysingsloven § 23 som jeg er kommet til, bestrider Forusstranda Næringspark AS ikke at ved en eventuell konkurs i Sønreal AS før fusjonen ville konkursbeslaget omfattet Sønfor-eiendommene, som følge av at ervervet ikke var tinglyst. Det erkjennes at dette også ville ha vært tilfellet dersom Sønreal AS hadde vært overtakende selskap ved fusjonen.

Jeg kan for min del ikke se at det i denne sammenheng kan ha betydning for det fusjonerte selskapets rettsstilling hvilket av de to selskapene som var overtakende selskap ved fusjonen. Ordlyden i tinglysingsloven § 23 dekker også dette tilfellet. Aksjelovens regler om fusjon tilsier heller ikke en annen løsning, snarere tvert om. Det følger av aksjeloven § 13-2 at det fusjonerte selskapet trer fullt ut inn i det overdragende selskapets rettsstilling.

Foranlediget av anførlene fra Forusstranda Næringspark AS bemerker jeg at jeg ikke kan se at min forståelse av anvendelsen av tinglysingsloven § 23 ved fusjon gir noen grunn til ikke å legge et kontinuitetsprinsipp til grunn ved det spørsmålet som her foreligger knyttet til fusjon.»¹⁵²

Høyesterett tiller ikke konfliktmodellene en normerende virkning. I stedet gikk Høyesterett til det påberopte grunnlaget for kreditorekstinksjon, tinglysingsloven § 23, og tolket bestemmelsen. Slik jeg ser det var det riktig av Høyesterett å unnlate å drøfte om rettighetskollisjonen i HR-2017-33-A var en hjemmelsmanns- eller suksesjonskonflikt. Konfliktmodellene passer ikke nødvendigvis i ethvert tilfelle, slik HR-2017-33-A illustrerer. I slike tilfeller kan konfliktmodellene føre til juridiske begrepslutninger av typen

¹⁵² HR-2017-33-A, avsnitt 45-48.

«kreditorekstinksjon kan ikke inntreffe ettersom rettighetskollisjonen må karakteriseres som en hjemmelsmannskonflikt». Tinglysingsloven § 23 gir ikke anvisning på et slikt vurderingstema, og det vil derfor, etter min mening, være direkte feil å tolke bestemmelsen i lys av om rettighetskollisjonen kan karakteriseres som en hjemmelsmanns- eller suksesjonskonflikt.

Rt. 1996 s. 918 kan kanskje også illustrere at konfliktmodellene kan stå i fare for å få en indirekte normerende virkning. I saken hadde ektefelle B pantsatt ekteparets felles bolig kort tid før skilsmissen med ektefelle A. B hadde grunnbokshjemmelen til eiendommen, selv om det var på det rene at A eide halvparten av boligen. A hadde ervervet medeiendomsretten gjennom arbeid i hjemmet, jf. Rt. 1975 s. 220. Fem år etter pantsettelsen ble boligen solgt på tvangsauksjon. Tvist oppstod mellom panthaver og A om hvem som hadde rett på deler av salgssummen. Panthaver mente de hadde ekstingvert A sin medeiendomsrett i boligen i henhold til tinglysingsloven § 20, jf. § 21 første ledd. A anførte blant annet at tinglysingsloven § 27 annet ledd kom til analogisk anvendelse, og at ekstinksjon derfor ikke kunne inntre.

Høyesterett konkluderte med at tinglysingsloven § 27 annet ledd ikke kom til analogisk anvendelse ettersom grunnbokshjemmelen til B ikke var heftet med feil. Førstvoterende mente at «[d]en rådighetsbegrensning som eventuelt måtte følge av at det skulle skiftes mellom de tidligere ektefeller [...] ligger i en helt annen gate enn det § 27 annet ledd omtaler – falsk, forfalskning, mindreårighet og grov tvang».¹⁵³ Høyesterett valgte i stedet å løse saken etter tinglysingsloven § 20, jf. § 21 første ledd. Ettersom panthaver hadde vært i aktsom god tro vedrørende B sin adgang til å pantsette boligen, ekstingverte panthaveren A sin medeiendomsrett i boligen.

Høyesteretts avgjørelse om å behandle Rt. 1996 s. 918 etter tinglysingsloven § 20, jf. § 21, og ikke tinglysingsloven § 27, kan tenkes å ha en indirekte betydning for utleggstakers adgang til å ekstingvere en medeiendomsrett som er etablert gjennom husmorsameie. *Hans Fredrik Marthinussen* har fremhevet at når Høyesterett valgte å avgjøre saken på bakgrunn av tinglysingsloven § 20, jf. § 21, innebærer det at husmorssameiers rett «må anses utledet fra den andre ektefellen».¹⁵⁴ Ettersom et kreditorbeslag også vil utlede rett fra den andre ektefellen, vil et eventuelt kreditorbeslag av ektefellenes felles bolig måtte anses som en suksesjonskonflikt. *Marthinussen* mener imidlertid at Høyesterett i Rt. 1996 s. 918 kunne lagt til grunn at «eiendommen ble ervervet av ektefellene i fellesskap», under henvisning til formuleringen «ved

¹⁵³ Rt. 1996 s. 918 på s. 922.

¹⁵⁴ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 182.

vurderingen av hvem som *har ervervet eiendeler*» i ekteskapsloven § 31 tredje ledd.¹⁵⁵ Dersom Høyesterett hadde lagt til grunn at eiendommen ble ervervet av partene i fellesskap, ville et eventuelt kreditorbeslag fremstått som en hjemmelsmannskonflikt. Kreditorerne kunne i så tilfelle ikke tatt beslag i eiendommen på bakgrunn av grunnbokslegitimasjonen til den ene ektefellen.¹⁵⁶ *Marthinussen* fremsetter en rekke argumenter som underbygger at kreditorerne ikke bør kunne ekstingvere husmorssameiers rett, blant annet at faren for kreditorsvik er lav.¹⁵⁷ Han fremhever også at et konkursbo ikke nødvendigvis kan ekstingvere en sameierett som er stiftet gjennom arbeid i hjemmet, ettersom rettigheten ikke nødvendigvis kan anses å være «stiftet ved avtale», jf. tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum.¹⁵⁸ Det vil være uheldig dersom utleggstaker kan ekstingvere sameieretten, mens et konkursbo ikke kan det.

Jeg er enig med *Marthinussen* i at det vil være vilkårlig å la kreditorernes ekstingsjonsadgang være avhengig av om rettighetskollisjonen mellom husmorssameier og kreditorerne omtales som en suksesjonskonflikt eller hjemmelsmannskonflikt.¹⁵⁹ En mer fruktbar vei er derfor, etter mitt skjønn, å analysere de regler og hensyn som gjør seg gjeldende, slik *Marthinussen* har gjort. Av denne grunn er jeg enig med *Marthinussen* i at en sameierrett som er etablert gjennom arbeid i hjemmet, ikke bør måtte tinglyses for å nyte kreditorvern *de lege ferenda*.¹⁶⁰ Et slikt synspunkt er imidlertid i strid med premissene i Rt. 1996 s. 918, og kan derfor neppe hevdes *de lege lata*. HR-2017-33-A og Rt. 1996 s. 918 illustrerer at det tidvis kan være vanskelig å kategorisere en rettighetskollisjon som en hjemmelsmanns- eller en suksesjonskonflikt. Ettersom loven ikke utpeker et vurderingstema som gjør det nødvendig å avgjøre om en rettighetskollisjon er en hjemmelsmanns- eller suksesjonskonflikt, bør ikke nødvendigvis kreditorvernregler tolkes i lys av konfliktmodellene. Det kan bli et ubevisst mål i seg selv å plassere partene i en rettighetskollisjon inn i modellene, for deretter å utlede rettslige løsninger fra modellene. I verste fall kan konfliktmodellene gis indirekte normativ virkning ved tolkningen av kreditorvernregler gjennom at lovtolkningen tilpasses konfliktmodellene. En slik tolkning kan føre til begrepslutninger som det ikke nødvendigvis er rettskildemessig dekning for. Tolkningen av kreditorvernregler bør i stedet skje på bakgrunn av ordlyd, hensyn og øvrige rettskildefaktorer som kan yte bidrag til forståelsen av regelen. I denne avhandlingen vil jeg

¹⁵⁵ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 182.

¹⁵⁶ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 182 og 186.

¹⁵⁷ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 183.

¹⁵⁸ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 184-185.

¹⁵⁹ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 184.

¹⁶⁰ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 186.

derfor avstå fra å benytte konfliktmodellene som utgangspunkt for rettslige drøftelser. I stedet vil jeg beskrive partskonstellasjonene når jeg analyserer konkrete rettighetskollisjoner.

2.3 Hensyn bak kreditorvernregler

«Vanskeligheten ligger i å gjennomføre notoritetskravet slik at man ikke hemmer den legale omsetning i større grad.»

Sjur Lindebrække, *Eiendomsrett og konkursbeslag*, Bergen 1946 s. 74

Siktemålet for kreditorvernregler er å motvirke kreditorsvik.¹⁶¹ Kreditorsvik kjennetegnes av at skyldneren på illojalt vis forsøker å unndra midler fra et kreditorbeslag, enten ved å forfordele enkelte av kreditorene på bekostning av de øvrige, eller gjennom å overføre aktiva til stråmenn slik at kreditorene ikke kan ta beslag i formuesgodet.¹⁶² Kreditorvernreglene skal også være rettsteknisk enkle regler. Reglene skal legge opp til enkle og lite skjønsmessige bevisetema. På denne måten skal kreditorvernreglene motvirke tvist og effektivisere beslagsprosessen.¹⁶³

Det er særlig to hensyn som har blitt trukket frem ved utviklingen av regler som skal motvirke kreditorsvik: notoritet og publisitet.¹⁶⁴ Argumentasjonsrekken som ligger bak disse hensynene kan være litt vanskelige å avdekke. *Lilleholt* mener at notoritet og publisitet er «resultatet av ei heil tankerekkje» og kan ses på som «ferdigbunta reelle omsyn». ¹⁶⁵ Rettsanvenderen kan velge å «opne bunten og stille seg kritisk til både måten å sikre notoriteten på og til effekten av å sikre notoritet». ¹⁶⁶

Argumentasjonsrekken som ligger til grunn for notoritet og publisitet, kan oppsummeres på følgende måte: Når debitor blir møtt med pågang fra kreditorene, er det nærliggende at debitor vil forsøke å unndra midler fra kreditorene gjennom illojale disposisjoner. For å motvirke slike

¹⁶¹ HR-2017-33-A, avsnitt 40, Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.2.1, Stig Berge og Hans Ingvald Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A (‘Forusstranda’) og hans metodespørsmål», *Jussens Venner* 02/2018 (volum 53) s. 137-164 på s. 140 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 35.

¹⁶² Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 477.

¹⁶³ I denne retning se Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054, Rt. 1998 s. 268 på s. 275, Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 44-46 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.3.

¹⁶⁴ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 595-597 og s. 749.

¹⁶⁵ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 53.

¹⁶⁶ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 53.

kreditorskadelige disposisjoner bør det stilles krav til at disposisjoner som debitor foretar, må kunne etterprøves gjennom en ytre markering. I tillegg bør markeringen som debitor foretar være synlig utad, slik at øvrige kreditorer gis anledning til å aksjonere dersom debitor begynner å tappe egen formuesmasse.¹⁶⁷

At en disposisjon er notorisk, betyr at disposisjonen skal være mulig å etterprøve.¹⁶⁸ Notoritet har av *Sjur Brækhus* og *Axel Hærem* blitt definert som «at der foreligger så gode bevis for [en disposisjon] at ingen kan være i tvil om at den har funnet sted».¹⁶⁹ Høyesterett har formulert kravet til notoritet på følgende måte:

«Det er [...] nødvendig å kreve sikker dokumentasjon for de disposisjonene som er foretatt, blant annet når det gjelder innhold og tidspunkt for disposisjonen. Dette betegnes som krav om notoritet.»¹⁷⁰

Høyesterett viser spesifikt til at det er innholdet og tidspunktet for disposisjonen som skal være mulig å etterprøve, men utelukker ikke at andre aspekter ved disposisjonen skal gjøres etterprøvbare, jf. formuleringen «blant annet».

For å oppnå notoritet rundt en disposisjon er det flere lovbestemmelser som pålegger suksessor å foreta en etterprøvbare handling som sier noe om innholdet og tidspunktet for disposisjonen, den såkalte rettsvernsakten, jf. punkt 1.2.3. Hvilke handlinger som fungerer som rettsvernsakt, varierer for ulike typer formuesgoder. Ettersom ulike rettsvernsakter kan bidra til større eller mindre grad av bevis for en disposisjons notoritet, kan man tale om *grader av notoritet*.¹⁷¹ Når lovgiver skal utarbeide en kreditorvernregel, må ønsket om størst mulig notoritet avveies mot hvilke praktiske utfordringer en eventuell rettsvernsakt vil ha for omsetningslivet.¹⁷²

Med publisitet forstås at en disposisjon gjøres tilgjengelig for allmenheten.¹⁷³ Publisitet henger tett sammen med notoritet, ettersom det er innholdet i den notoritetsskapende handlingen som skal gjøres tilgjengelig. Publisitet lar seg derfor ikke enkelt skille fra notoriteten. Overfor kreditorene hevdes det at publisitet spiller en mindre rolle enn notoritet, ettersom kreditorene

¹⁶⁷ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 53.

¹⁶⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 590.

¹⁶⁹ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 493.

¹⁷⁰ HR-2017-33-A, avsnitt 31.

¹⁷¹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 590, Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.2.1 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 168.

¹⁷² I samme retning, se Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 596

¹⁷³ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 590.

ikke kan beslaglegge et formuesgode på bakgrunn av legitimasjon, jf. punkt 2.1.¹⁷⁴ Publisitet kan likevel ikke avfeies som irrelevant for kreditorene. Kreditorene bør kunne holde et øye med debtors disposisjoner slik at de kan agere ved å ta utlegg eller begjære debitor konkurs. Dette kan eksempelvis være nødvendig dersom debitor begynner å tappe sin formuesmasse, behefter formuesgodene sine med pant eller blir utsatt for gjeldsforfølgning av en utleggstaker.¹⁷⁵ Det er blant annet på denne bakgrunn at det oppstilles krav til at utleggstaker må foreta en rettsvernsakt for at kreditorstinksjon skal inntre, jf. punkt 1.2.6.¹⁷⁶ I likhet med notoritet kan også ulike rettsvernsakter ha *større eller mindre grad* av publisitet.¹⁷⁷

Notoritet og publisitet kan tenkes å komme inn i minst tre relasjoner når regler om kreditorvern skal analyseres. For det første kan hensynene til notoritet og publisitet fungere som et legislativt hensyn ved utformingen av lovfestede kreditorvernregler. I dette tilfellet vil hensynene til notoritet og publisitet bli vektlagt av lovgiver ved vurderingen av hvilken handling som skal oppstilles som en lovfestet rettsvernsakt.

For det andre kan hensynene til notoritet og publisitet fungere som en tolkingsfaktor ved tolkningen av lovfestede kreditorvernregler. Rt. 1997 s. 1050 illustrerer hvordan Høyesterett eksplisitt fremhever hensynet til notoritet ved tolkningen av en lovfestet kreditorvernregel. Høyesteretts flertall uttalte blant annet at:

«Den ankende part synes å anføre at rettsvernsreglene i verdipapirsentralloven § 5-3 og tinglysingsloven § 23 generelt kan tolkes innskrenkende for tilfeller der hensynet til notoritet er varetatt, og det ikke foreligger noen kredittgivning. Som førstvoterende mener jeg at dette ikke kan føre frem. Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister.»¹⁷⁸

Slik Høyesterett anvendte hensynet til notoritet i Rt. 1997 s. 1050, synes hensynet til notoritet å tale for at lovfestede kreditorvernregler er *positivrettslige*, slik at det ikke er rom for å etablere ulovfestede unntak på siden av de lovfestede kreditorvernreglene, se nærmere om dette i punkt

¹⁷⁴ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 35-36 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 47. Erlend Baldersheim argumenterer for at reglene i tinglysingsloven først og fremst ivaretar hensynet til publisitet, og ikke notoritet, se Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 181-185.

¹⁷⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 597, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 36, Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.2.1 og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 44 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 48.

¹⁷⁶ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 597 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 36.

¹⁷⁷ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 590.

¹⁷⁸ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054.

5.2.2 og 5.2.3. Notoritet kan derfor som utgangspunkt bare fremskaffes gjennom den rettsvernsakten som foreskrives i loven.¹⁷⁹

Hensynene til notoritet og publisitet kan for det tredje vektlegges som et normativt bidrag ved etableringen av ulovfestede kreditorvernregler. Dersom det ikke eksisterer noen lovfestet kreditorvernregel, må det vurderes om en slik regel kan oppstilles på ulovfestet grunnlag. Hensynene til notoritet og publisitet har vært styrende for utformingen av de lovfestede kreditorvernreglene i norsk rett, og kan følgelig også være viktige ved utformingen av ulovfestede kreditorvernregler, se nærmere om dette i punkt 5.4.

Som nevnt i punkt 1.1 er det i all hovedsak tre rettsvernsakter som benyttes for å etablere kreditorvern: Registrering i et rettsregister, notifikasjon og overlevering.¹⁸⁰ Alle de nevnte rettsvernsaktene har til formål å sørge for at en disposisjon oppnår notoritet og publisitet. Det er varierende i hvor stor grad de ulike rettsvernsaktene bidrar til å fremme notoriteten og publisiteten, noe som utdypes nærmere i kapittel 7-9.

2.4 Stiftelsesgrunnlag

For at suksessor skal kunne etablere kreditorvern, må suksessor nødvendigvis ha stiftet en rettighet som suksessor søker å verne mot kreditorene. Kreditorene må også ha et rettsstiftende grunnlag for sitt beslag. Det finnes flere ulike grunnlag for å stifte formuesrettigheter i norsk rett. I de skandinaviske landene er det vanlig å sondre mellom tre stiftelsesgrunnlag: Originære, derivative og ekstinktive stiftelsesgrunnlag.¹⁸¹ De originære stiftelsesgrunnlagene kjennetegnes av at et formuesgode er skapt av rettighetshaveren, alternativt at et herreløst formuesgode får en ny eier. Det er følgelig tale om situasjoner hvor formuesgodet har kommet til ved hjelp av skapervirksomhet fra rettighetshaveren (frembringelse), hvor formuesgodet aldri har vært eid av noen tidligere (okkupasjon) eller situasjoner hvor den tidligere eieren har oppgitt sin rettighet i formuesgodet (dereliksjon).¹⁸² Formuesgodet som er gjenstand for et originært erverv, har følgelig ingen formuesrettigheter tilknyttet seg før det originære ervervet foretas.

Originære erverv er i dag først og fremst aktuell ved frembringelsen av nye formuesgoder, og da kanskje særlig immaterielle rettigheter, jf. punkt 7.7. Okkupasjon av fast eiendom er i dag lite praktisk. For løsøre gjenstander kan imidlertid okkupasjon fortsatt være aktuelt. Enkelte

¹⁷⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 44-48, Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 265-271 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.3.

¹⁸⁰ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 147 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 167.

¹⁸¹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 57, Thor Falkanger: *Fast eiendoms rettsforhold*, 5. utgave, Oslo 2016 s. 98, Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 82 og Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 27.

¹⁸² Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 82.

løsøregjenstander, som for eksempel fisk og villblomster, er eierløse og kan være gjenstand for okkupasjon.¹⁸³ Det er heller ikke uvanlig at enkelte løsøregjenstander derelinkveres, det vil si at eieren oppgir sin eiendomsrett i gjenstanden. Derelinkverte løsøregjenstander kan erverves på nytt.¹⁸⁴ Den nye eierens erverv skjer da gjennom okkupasjon.¹⁸⁵ Det er likevel ikke veldig praktisk at løsøregjenstander med en høy økonomisk verdi derelinkveres. Formuesgoder som er ervervet gjennom originære erverv utgjør derfor sjeldent verdifulle beslagsobjekter, foruten immaterielle rettigheter som er skapt av debitor.

De derivative stiftelsesgrunnlagene kjennetegnes av at ervervet avledes fra en som tidligere har hatt en formuesrettighet i det overdratte formuesgodet.¹⁸⁶ Derivative erverv er i dag det mest alminnelige stiftelsesgrunnlaget.¹⁸⁷ Som derivative stiftelsesgrunnlag regnes blant annet avtaleervert og arv. Et kreditorbeslag som skjer etter hovedregelen i dekningsloven § 2-2, kan omtales som et derivativt beslag. Kreditor utleder sitt beslag fra debtors rettsposisjon. Når et kreditorbeslag omtales som et derivativt beslag, sikter jeg til kreditorbeslag som ikke forutsetter en kreditorekstinksjon, jf. punkt 1.1.

Ekstinksjon som stiftelsesgrunnlag karakteriseres ved at en allerede etablert rettighet i et formuesgode må vike til fordel for et yngre rettighetserverv. Ekstinksjon kan medføre et totalt rettighetstap eller et prioritetsstap for rettighetshaveren med den eldste rettigheten. En kreditorekstinksjon skjer til fortrensel for suksessors rettighetserverv. En kreditorekstinksjon er følgelig et ekstinktivt erverv, og utgjør et unntak fra utgangspunktet om at ingen kan overføre større rett enn man selv har.¹⁸⁸

Reglene om hevd og alders tids bruk skiller seg litt fra de øvrige formene for ekstinksjon. Hevd og alders tids bruk kjennetegnes gjennom at hevdspretendenten har foretatt en uhjemlet bruk av et formuesgode i lang tid i den tro at bruken har vært rettmessig. For hevds del stiftes rettigheter i fast eiendom etter 20 års bruk i den tro at bruken har vært berettiget, jf. hevdslova §§ 2-6. Vilårene for å erverve en rettighet etter alders tids bruk er mer skjønsmessige enn hevdsreglene. Uansett vil erverv etter alders tids bruk først være aktuelt der bruken har skjedd over lengere tid enn 20 år, se for eksempel Falkanger og Falkanger: *Tingsrett* s. 388 som mener at den nedre grensen for tid som kan godtas er 50 år. Kreditorekstinksjon og omsetningsekstinksjon forutsetter i motsetning til hevd og alders tids bruk at ekstinksjonsvirkningen inntreffer umiddelbart ved gjennomføringen av en spesifikk handling (konkursåpningen eller ved gjennomføringen av sikringsakten), jf. Falkanger og Falkanger: *Tingsrett* s. 61 og Hans Fredrik Marthinussen: «Ulovfestet ekstinksjon», *Jussens Venner* nr. 1/2006 (volum 41), s. 1-29 på s. 8.

¹⁸³ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 58.

¹⁸⁴ Gunnar Eriksen: «Kastet, mistet, glemt eller bortkommet?», *Jussens Venner* nr. 2/2008 (volum 43) s. 136-154 på s. 136-137.

¹⁸⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 58.

¹⁸⁶ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 60 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 83.

¹⁸⁷ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 253 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 83.

¹⁸⁸ Hans Fredrik Marthinussen: «Ulovfestet ekstinksjon», *Jussens venner* 2006 s. 1-29 på s. 3 og Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 253.

2.5 Perspektivvalg

Spørsmålene *om*, *når* og *hvordan* kreditorvern kan etableres, er stilt fra perspektivet til suksessor. Suksessors perspektiv danner derfor utgangspunktet for drøftelsene i avhandlingen. Spørsmålene kunne imidlertid også vært utformet fra kreditorenes perspektiv: *Om*, *når* og *hvordan* kan kreditorene ekstingvere allerede etablerte rettigheter i et formuesgode?¹⁸⁹ *Kåre Lilleholt* omtaler for eksempel rettsregisterregler som «ekstinksjonsreglar».¹⁹⁰ Manglende rettsregistrering åpner for at kreditorene kan ekstingvere suksessors rettighet. Det er imidlertid også mulig å omtale rettsregistreringsregler som regler om vern mot ekstinktive erverv. Hvorvidt tinglysingslovens regler skal omtales som regler om ekstinksjon eller som rettsvernsregler, er derfor et spørsmål om hvilket perspektiv som inntas når reglene analyseres. *Lilleholt* har også fremhevet at regler om rettsregistrering kan betraktes fra begge perspektiver:

«Samtidig er systemet slik at rettsregistrering stort sett gjev vern mot ekstinksjon; [...] spørsmåla om ekstinksjon og om vern mot ekstinksjon er to sider av same sak – at dei speglar kvarandre.»¹⁹¹

I de tilfellene vilkårene for å etablere kreditorvern er lovfestet, vil valg av perspektiv vanligvis være uvesentlig. Som *Lilleholt* presiserer, er det en vekselvirkning mellom kreditorvern og kreditorrestinksjon. Vekselvirkningen mellom kreditorvern og kreditorrestinksjon følger direkte av lovteksten selv, se for eksempel tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum og sjøloven § 25 første ledd. Kreditorrestinksjon oppstilles i loven som en refleksvirkning av manglende gjennomføring av rettsvernsakten.

Dersom det ikke eksisterer en lovfestet kreditorvernregel som krever at suksessor foretar en rettsvernsakt for å verne seg mot et kreditorbeslag, kan det vurderes om det er grunnlag for å etablere en ulovfestet kreditorvernregel. Fra suksessors perspektiv vil spørsmålet være om det kan oppstilles en ulovfestet regel som forutsetter at suksessor foretar en rettsvernsakt for å verne seg mot kreditorene. Fra kreditorenes perspektiv kan det stilles spørsmål ved om det foreligger en ulovfestet ekstinksjonsregel som åpner for at kreditorene kan få bedre rett enn det debitor har. Perspektivvalg kan imidlertid ikke tillegges noen rettslig betydning ved en ulovfestet regeldannelse: En eventuell ulovfestet kreditorvernregel må kunne utledes av rettskildene, og rettskildene tillegges ikke perspektivvalget noen rettslig betydning. Det kan likevel tenkes noen

¹⁸⁹ I samme retning, se Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 101 (petit).

¹⁹⁰ *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 150.

¹⁹¹ *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 150.

få unntakstilfeller hvor lovfestede ekstinksjonsregler kan tolkes fra flere perspektiver, og hvor valg av perspektiv kan tenkes å åpne for ulike tolkningsresultat, jf. punkt 7.11.

3 TILGRESENDE TREDJEMANNSREGLER

3.1 Tredjemannsregler uten ekstinktive virkninger

3.1.1 Innledning

Kreditorvernregler opererer ikke i et rettslig vakuum. Reglene om kreditorvern må ses i sammenheng med andre regler som kan styrke kreditorenes dekningsutsikter. I forarbeidene til dekningsloven § 2-2 fremheves det at bestemmelsen må suppleres med regler om *legitimasjon, rettsvern og omstøtelse*.¹⁹² Uttalelsen i forarbeidene til dekningsloven viser at forholdet mellom kreditor og konkurrerende tredjemenn ikke reguleres uttømmende av regler om kreditorvern. Øvrige regler kan også komme kreditorene til unnsetning. I de følgende punktene skal jeg gjennomgå regler som kan ha betydning for forholdet mellom suksessor og kreditorene, men som ikke regnes som kreditorvernregler. Jeg vil forsøke å sammenholde disse reglene med regler om kreditorvern for å fremheve likheter og ulikheter.

Hva forarbeidene til dekningsloven § 2-2 sikter til når det vises til regler om legitimasjon, er litt uklart. Kreditorene kan som tidligere nevnt ikke beslaglegge formuesgoder på bakgrunn av legitimasjon, jf. punkt 2.1. Trolig er henvisningen til legitimasjon ment som en henvisning til den begrensede adgangen en godtroende erverver har til å ek스팅vere et formuesgode som kreditorene allerede har beslaglagt, alternativt at kreditorenes dekningsgrunnlag kan svekkes som følge av godtroerverv, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 30, fotnote 30 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 6.1.

Det kanskje viktigste supplementet til reglene om kreditorvern er reglene om omstøtelse. Omstøtelsesreglene følger av dekningsloven kapittel 5 og skal gjennomgås nærmere i punkt 3.1.2. I punkt 3.1.3 gjennomgås reglene om tilbakehold, stansing og heving overfor utleggstaker og konkursbo. Til slutt vil jeg i punkt 3.1.4 redegjøre kort for konkursboets inntredelsesrett etter dekningsloven kapittel 7. Kreditorenes adgang til å påberope at overdragelsen mellom debitor og suksessor er ugyldig eller proforma supplerer også reglene om kreditorekstinksjon. Gjennomgangen av disse reglene utskytes til punkt 5.3.3 og 5.3.4.

3.1.2 Omstøtelse

Dersom kreditorene ikke kan ta beslag i et formuesgode etter hovedregelen i dekningsloven § 2-2, og suksessor har etablert kreditorvern for sitt erverv, kan et konkursbo fortsatt påberope omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 overfor suksessor.¹⁹³ Omstøtelsesreglene gjør det mulig for et konkursbo å tilsidesette disposisjoner som har skjedd i en nærmere bestemt tidsperiode før konkursåpningen og som har forringet debitors formuesstilling.¹⁹⁴

¹⁹² NOU 1972:20 s. 255.

¹⁹³ Se Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 117 som omtaler omstøtelsesreglene som «subsidiære i forhold til ekstinktionsreglerne».

¹⁹⁴ Andenæs: *Konkurs* s. 285.

Omstøtelsesreglene kan bare komme til anvendelse ved forhandling om tvangsakkord, konkurs og offentlig skifte av insolvent dødsbo, jf. dekningsloven § 5-1. Utleggstaker kan følgelig ikke benytte seg av omstøtelsesreglene. Dersom en utleggstaker ønsker å omstøte en av debtors disposisjoner, må utleggstakeren begjære debitor konkurs.

Et av omstøtelsesreglenes hovedformål er å motvirke at skyldneren taper boet for aktiva i forkant av boåpningen.¹⁹⁵ Dette må ses i lys av et grunnleggende hensyn bak konkursinstituttet, nemlig å motvirke en urettmessig og ujevn fordeling av debtors aktiva.¹⁹⁶ Omstøtelsesreglene skal søke å ramme disposisjoner som er egnet til å begunstige enkelte av kreditorene på bekostning av de øvrige kreditorene. Omstøtelsesreglene er tidsmessig avgrenset: Det er disposisjoner som skjer i en nærmere bestemt tidsperiode i forkant av frisdagen som rammes av omstøtelsesreglene.¹⁹⁷ Lovgiver har vurdert at sannsynligheten for at enkelte kreditorer tilgodeses på bekostning av de øvrige, er størst når disposisjonene foretas i tidsperioden like før debitor går konkurs. Det eksisterer likevel omstøtelsesregler som har en forholdsvis lang omstøtelsesfrist. Omstøtelsesregler med lang omstøtelsesfrist fordrer imidlertid at det er tale om disposisjoner hvor faren for kreditorsvik er særlig høy, alternativt at disposisjonen er klanderverdig, se mer om dette nedenfor.

Videre sondres det mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler. De objektive omstøtelsesreglene forutsetter ingen klanderverdig opptreden fra debitor og hans eller hennes avtalepart for at omstøtelse skal kunne skje, se dekningsloven §§ 5-2 til 5-8. Dette i motsetning til den subjektive omstøtelsesregelen som forutsetter klanderverdig opptreden fra debtors suksessor, jf. dekningsloven § 5-9. I det følgende vil jeg først sammenligne de objektive omstøtelsesreglene med kreditorvernreglene, før jeg deretter sammenligner den subjektive omstøtelsesregelen med kreditorvernreglene.

Både kreditorvernreglene og de objektive omstøtelsesreglene søker å begrense disposisjoner som er illojale overfor kreditorfelleskapet gjennom å oppstille regler uten skjønsmessige vurderinger. Kreditorstinksjon inntreffer som en refleksvirkning av at suksessor ikke har etablert kreditorvern. Objektiv omstøtelse kan gjøres gjeldende så fremt en disposisjon faller innenfor beskrivelsen av en disposisjonstype nevnt i dekningsloven §§ 5-2 til 5-8. Ingen av

¹⁹⁵ Andenæs: *Konkurs* s. 286.

¹⁹⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 10.

¹⁹⁷ Fristdagen ved konkurs er som utgangspunkt «dagen da den begjæring om åpning av konkurs som ble tatt til følge, kom inn til tingretten», jf. dekningsloven § 1-2 første ledd. Enkelte særregler for fastsettelse av frisdagen gjelder imidlertid dersom konkurs åpnes etter en forutgående gjeldsforhandling eller begjæring om gjeldsforhandling, se dekningsloven § 1-2 annet ledd nr. 1-4.

regelsettene forutsetter at det kan påvises noen klanderverdighet eller kreditorskadelig motiv fra suksessors side, ei heller at den konkrete disposisjonen kan karakteriseres som utilbørlig.¹⁹⁸

En forskjell mellom kreditorvernreglene og de objektive omstøtelsesreglene er tidsaspektet. Adgangen til kreditorekstinksjon er til stede helt frem til suksessor etablerer kreditorvern, uavhengig av hvor lang tid som har gått siden suksessors erverv fant sted. Adgangen til å kreve omstøtelse er imidlertid tidsmessig avgrenset. Omstøtelsesfristens starttidspunktet og lengden av omstøtelsesfristen varierer. Likevel vil omstøtelsesreglene ofte medføre en utvidelse av kreditorenes adgang til å angripe en disposisjon som suksessor har etablert kreditorvern for. Etter dekningsloven § 5-10 er starttidspunktet for omstøtelse tidspunktet suksessor har foretatt «tinglysning eller annen sikringsakt». Det er det ikke tvilsomt at «sikringsakt» skal forstås som «rettsvernsakt».¹⁹⁹ Omstøtelsesfristen vil derfor vanligvis begynne å løpe fra det tidspunktet suksessor har etablert kreditorvern. Omstøtelsesreglene tar derfor oftest over som en aktuell kreditorinnsigelse *etter* at suksessor har etablert kreditorvern.

Virkeområdet til de objektive omstøtelsesreglene er knyttet til forholdsvis avgrensede disposisjoner.²⁰⁰ For å forenkle bevisemaene er de objektive omstøtelsesreglene utformet på bakgrunn av en presumsjon om at enkelte typer disposisjoner som skjer i forkant av en konkursåpning, er illojale.²⁰¹ Dekningsloven § 5-2 første ledd kan tjene som eksempel. Det følger av denne bestemmelsen at gaver som skyldneren har fullbyrdet «senere enn ett år før frisdagen, kan omstøtes». Bestemmelsen kan komme til anvendelse uavhengig av om gaven hadde et aktverdig formål eller ikke. Kreditorne trenger ikke påvise at gaven hadde et kreditorskadelig formål.

Virkeområdet til kreditorvernreglene er videre enn de objektive omstøtelsesreglene. Adgangen til å påberope kreditorekstinksjon som følge av manglende kreditorvern er til stede uavhengig av hvordan formuesgodet er overdratt til suksessor. Hensynene til notoritet og publisitet ivaretas ikke uten at kreditorvern etableres. Kreditorenes ekstinksjonsadgang er følgelig ikke avgrenset til noen bestemte typer disposisjoner.

Virkningen av at en omstøtelse foretas etter de objektive omstøtelsesreglene, er at mottakeren av den omstøtelige disposisjonen må fralegge seg berikelsen han eller hun har oppnådd ved disposisjonen, jf. dekningsloven § 5-11 første ledd første punktum. Avgrensingen «berikelse»

¹⁹⁸ Andenæs: *Konkurs* s. 288 og Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331. For ordens skyld nevnes at dekningsloven § 5-6 første ledd annet punktum inneholder et subjektivt element.

¹⁹⁹ Andenæs: *Konkurs* s. 290-291.

²⁰⁰ Andenæs: *Konkurs* s. 289.

²⁰¹ Andenæs: *Konkurs* s. 288-289.

medfører at mottakeren ikke skal ha noen økonomiske fordeler av den omstøtelige disposisjonen. Det er den faktisk oppnådde berikelsen som er gjenstand for omstøtelse.²⁰² Mottakeren trenger imidlertid ikke å gi fra seg noe *mer* enn selve berikelsen.²⁰³ Samtlige utgifter knyttet til disposisjon skal derfor gå til fradrag ved omstøtelsen.²⁰⁴ Eventuell verdiøkning eller verdireduksjon av det mottatte formuesgodet kommer boet henholdsvis til gode eller skade.²⁰⁵ Det objektive omstøtelseskravet er dermed ikke utformet som et erstatningskrav. Oppgjøret av det objektive omstøtelseskravet kan foretas ved at boet eller mottaker av det omstøtelige formuesgodet krever at partene tilbakefører ytelsene som er mottatt gjennom den omstøtelige disposisjonen, jf. dekningsloven § 5-11 annet ledd. Mottaker av det omstøtelige formuesgodet får et massekrav i konkursboet for eventuelt vederlag som boet må tilbakeføre.²⁰⁶

Den subjektive omstøtelsesregelen forutsetter, i motsetning til de objektive omstøtelsesreglene, at det foreligger subjektiv klander hos mottakeren av den omstøtelige disposisjonen. Dekningsloven § 5-9 har følgende ordlyd:

«Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjon, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjon utilbørlig

Disposisjoner som er fullbyrdet tidligere enn ti år før frisdagen, kan ikke omstøtes.»

Slik dekningsloven § 5-9 er formulert, kan det synes som om det stilles krav til at debitor har opptrådt klanderverdig: Det er disposisjoner som er «utilbørlig» som rammes av den subjektive omstøtelsesregelen. Dette er imidlertid ikke en riktig forståelse av dekningsloven § 5-9. Dekningsloven § 5-9 stiller kun krav om at disposisjonen må ha ført til at én av fordringshaverne «på en utilbørlig måte» har blitt begunstiget på de øvrige kreditorenes bekostning. Ordlyden «utilbørlig» gir anvisning på en helhetsvurdering, og rammer som utgangspunkt bare

²⁰² Andenæs: *Konkurs* s. 376.

²⁰³ Rt. 1996 s. 1647 på s. 1653: «Ved beregningen av berikelsen etter [dekningsloven] § 5-11 må det i utgangspunktet være riktig å se på hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt – mottakeren skal fralegge seg den nettogevinst som disposisjonen har gitt.»

²⁰⁴ Andenæs: *Konkurs* s. 376.

²⁰⁵ Andenæs: *Konkurs* s. 377.

²⁰⁶ NOU 1972:20 s. 300: «For så vidt medkontrahenten har betalt (delvis) vederlag for den ytelse som han må gi fra seg, skal vederlaget tilbakebetales som massekrav.»

disposisjoner som er «klart kritikkverdige».²⁰⁷ I forarbeidene til bestemmelsen omtales vilkåret «utilbørlig» som «en rettslig standard» som gjør det nødvendig «for domstolen å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold, alt ettersom forretningsmetodene og synet på forretningsmoral utvikler seg».²⁰⁸ Det er følgelig tale om en rettslig standard med et dynamisk innhold, i motsetning til de objektive omstøtelsesreglene som har en klart definert ramme.

Kreditorvernregler inneholder intet vilkår om at disposisjonen må være utilbørlig for at kreditorekstinksjon skal kunne inntre. Kreditorvernreglene skal tvert om være regler som ikke legger opp til skjønnsmessige vurderinger av den enkelte disposisjonen. Høyesterett har fremhevet at kreditorekstinksjon kan inntre selv om den konkrete disposisjonen *ikke* var utilbørlig.²⁰⁹ På dette punkt skiller derfor den subjektive omstøtelsesregelen seg fra kreditorvernreglene.

Dekningsloven § 5-9 stiller som vilkår at debtors økonomiske stilling var «svak eller ble alvorlig svekket» av den utilbørlige disposisjonen. Dekningsloven § 5-9 er dermed avgrenset til å gjelde situasjoner hvor debitor var insolvent, ble insolvent eller ble satt i en insolvenslignende stilling ved å foreta den utilbørlige disposisjonen.²¹⁰ Faren for illojale disposisjoner er presumtvt størst dersom disposisjonen utføres på et tidspunkt hvor debitor har en svak økonomi.

Insolvens er en forutsetning for at konkurs skal åpnes når det begjæres av debitor eller en fordringshaver, jf. konkursloven §§ 60 og 61. Et konkursbo kan følgelig ikke foreta en kreditorekstinksjon uten at debitor er insolvent. Utleggstaker kan imidlertid ta utleggspant uten at debitor er insolvent: Manglende betalingsvilje kan danne grunnlag for et utlegg. Utleggstakers adgang til å foreta en kreditorekstinksjon er følgelig ikke avhengig av at debitor har en svak økonomisk stilling. Utleggstakers ekstinksjonsadgang skiller seg derfor på dette punkt fra den subjektive omstøtelsesregelen.

Dekningsloven § 5-9 krever videre at mottakeren av disposisjonen «kjente eller burde kjent til at skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjon utilbørlig». Dette vilkåret omtales som det subjektive vilkåret i dekningsloven § 5-9. Det subjektive elementet i dekningsloven § 5-9 må ses i sammenheng med bestemmelsens vide

²⁰⁷ Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 170-171.

²⁰⁸ Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 170-171. Se også Rt. 2001 s 1136 på s. 1145.

²⁰⁹ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054-1055 og Rt. 1998 s. 268 på s. 274-275.

²¹⁰ Andenæs: *Konkurs* s. 354-355.

anvendelsesområde.²¹¹ Det er først når mottakeren er klar over eller burde vært klar over at disposisjonen er utilbørlig, at det er grunn til å gi de øvrige kreditorer et sikkerhetsnett som strekker seg lenger enn de objektive omstøtelsesreglene. Det subjektive vilkåret i dekningsloven § 5-9 skiller seg vesentlig fra kreditorvernreglene. God tro spiller ingen rolle for suksessors adgang til å etablere kreditorvern. Kreditorenes gode eller onde tro er heller ikke av betydning for kreditorenes ekstinksjonsadgang, jf. punkt 2.1.

Rettsvirkningen av at den subjektive omstøtelsesregelen kommer til anvendelse, følger av dekningsloven § 5-12. Det subjektive omstøtelseskravet er, i motsetning til det objektive omstøtelseskravet i dekningsloven § 5-11, bygget opp som et rent erstatningskrav. Dette innebærer at konkursboet til debitor som utgangspunkt skal få sitt fulle tap som følge av den omstøtelige disposisjonen dekket. Mottakeren har imidlertid krav på en reduksjon av sitt økonomiske ansvar dersom delvis oppgjør er foretatt, eller dersom det mottatte formuesgodet har fått en redusert verdi på omstøtelsestidspunktet.²¹² Etersom mottaker av det omstøtelige formuesgodet har utvist klanderverdig adferd når den subjektive omstøtelsesregelen kommer til anvendelse, er det liten grunn til å oppstille noen ansvarsreduksjon overfor mottakeren.²¹³

Kreditorvernregler gir aldri grunnlag for erstatning: Dersom suksessor har etablert kreditorvern for sitt erverv, kan ikke boet fremme et erstatningskrav mot suksessor for å få dekket de tapene som boet har blitt påført som følge av at boet ikke kan beslaglegge formuesgodet. Rettsvirkningene av subjektiv omstøtelse er derfor forholdsvis forskjellig fra rettsvirkningene av kreditorvernreglene.

Selv om gjennomgangen i dette punktet viser at det er klare skiller mellom rettsvernsreglene og omstøtelsesreglene, utgjør dekningsloven § 5-8 (omstøtelse av utleggspant) et eksempel på at det kan være et overlappende rettslig virkeområde mellom rettsvernsreglene og omstøtelsesreglene, se nærmere om denne bestemmelsen i punkt 7.4.5.

3.1.3 Tilbakeholds-, stansings- og hevingsrett

Dersom et formuesgode overføres fra en selger til en kjøper, og kjøpers kreditorer beslaglegger formuesgodet under overføringen, kan det oppstå en såkalt «inn i boet»-konflikt.²¹⁴ Det rettslige spørsmålet i «inn i boet»-konflikten er om kjøpers kreditorer kan beslaglegge formuesgodet, eller om selger kan holde tilbake ytelsen. Konflikten oppstår først og fremst i de situasjonene

²¹¹ Andenæs: *Konkurs* s. 367.

²¹² Andenæs: *Konkurs* s. 380.

²¹³ Andenæs: *Konkurs* s. 380.

²¹⁴ Se for eksempel Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 29-30.

hvor kjøper ikke har betalt for formuesgodet. Dersom betaling mangler risikerer selger et økonomisk tap som følge av kreditorbeslaget, se nærmere om dette nedenfor. I konflikten mellom kjøpers kreditorer og selger, vil selger ha rollen som hjemmelsmann i hjemmelsmannskonflikten, jf. punkt 2.2.²¹⁵

De lege ferenda kunne man tenkt seg at «inn i boet»-konfliktene løses av kreditorvernregler: Har kjøper etablert kreditorvern overfor selger? Det er imidlertid på det rene at konflikten mellom selger og kjøpers kreditorer ikke løses gjennom kreditorvernregler.²¹⁶ Det stilles ikke krav til at kjøper har etablert kreditorvern for at kreditorene skal kunne ta beslag overfor selger.²¹⁷ Konfliktsituasjonen mellom selger og kjøpers kreditorer reguleres i stedet gjennom regler om tilbakehold-, stansing- og hevingsrett.²¹⁸

Sondringen mellom tilbakeholdsrett og stansingsrett relaterer seg til hvor langt selger har kommet i å prestere sin ytelse.²¹⁹ Spørsmålet som tilbakeholdsretten aktualiserer er om selger kan holde tilbake sin egen ytelse før kjøper presterer sin ytelse, jf. for eksempel avhendingsloven § 5-5. Spørsmålet som stansingsretten aktualiserer er om selger har rett til å forhindre at salgsgjenstanden overgis til kjøper etter at salgsgjenstanden er på vei til kjøper.²²⁰ Selgers adgang til å holde tilbake egen ytelse omtales som selgers detensjonsrett.²²¹ Selgers adgang til å holde tilbake kontraktsmotpartens gjenstand for å legge betalingspress på kontraktsmotparten, omtales som selgers retensjonsrett.²²²

Det rettslige grunnlaget for selgers tilbakeholds- og stansingsrett overfor suksessors konkursbo finnes i dekningsloven kapittel 7. Dekningsloven § 7-2 lyder som følger:

«Viser det seg at skyldneren mangler midler til å oppfylle sin del av en gjensidig tyngende avtale i rett tid, kan den annen part holde sin ytelse tilbake, eller når ytelsen er avsendt fra leveringsstedet, hindre at den blir overgitt til skyldneren eller dennes bo

²¹⁵ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 8.1.

²¹⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 193.

²¹⁷ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 30 og Rt. 1986 s. 301.

²¹⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 751-752, Andenæs: *Konkurs* s. 187 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 29-31. For en mer detaljert gjennomgang av reglene om tilbakehold, stansing og heving overfor suksessors kreditorer, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* kapittel 8-10.

²¹⁹ For ordens skyld nevnes at det kan sondres mellom detensjonsrett og retensjonsrett ved omtale av tilbakeholdsretten. Detensjonsrett er selgers adgang til å holde tilbake sin egen ytelse, se Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 367. Retensjonsrett er selgers adgang til å holde tilbake kontraktsmotpartens gjenstand for å legge betalingspress på kontraktsmotparten, se Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 367. Det er selgers detensjonsrett som jeg sikter til når jeg omtaler tilbakeholdsretten i dette punkt.

²²⁰ For en nærmere gjennomgang av sondringen mellom tilbakeholds- og stansingsrett, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 8.2.

²²¹ Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 367.

²²² Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 367.

inntil sikkerhet blir stilt for motytelsen. Dette gjelder selv om tidspunktet for skyldnerens ytelse ikke er kommet.»

Bestemmelsen gir selger en rett til å hindre at ytelsen «blir overgitt» til suksessor eller suksessors konkursbo.²²³ Fra bestemmelsen kan det sluttet antitetisk at dersom ytelsen har blitt overgitt til suksessor eller suksessors konkursbo, har stansingsretten bortfalt.²²⁴ Det er derfor skjæringstidspunktet for når et formuesgode er «overgitt» til suksessor som må drøftes etter dekningsloven § 7-2.²²⁵ Hvordan vilkåret «overgitt» skal tolkes, varierer på bakgrunn av *hvilket* formuesgode som skal overgis, og *hvordan* formuesgodet skal overgis.²²⁶ Dersom formuesgodet er overgitt til konkursboet *etter* at konkursen er åpnet, skal formuesgodet tilbakeleveres til selger, med mindre boet velger å tre inn i avtalen, jf. dekningsloven § 7-9 første ledd.

HR-2019-231-A, som omhandlet stansing av to partier sko som skulle leveres i henhold til en fraktavtale, er et ferskt eksempel på hvilke rettslige vurderinger som en stansing kan utløse. Selgers stansingsadgang ble vurdert etter CISG artikkel 71. Denne bestemmelsen i CISG svarer som utgangspunkt til kjøpsloven § 61, se HR-2019-231-A, avsnitt 57 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 111. Dommen har derfor klar prejudikatverdi for tolkningen av kjøpsloven § 61. Høyesterett fastslo i dommen at en selvstendig fraktfører *kan* måtte etterkomme en stansingsinstruks fra selger, selv om selger ikke var part i fraktavtalen, se avsnitt 73-96 i HR-2019-231-A. I den konkrete saken konkluderte Høyesterett med at det var uaktsomt av fraktfører å utlevere skoene til kjøper, i strid med selgers stansingsinstruks, se avsnitt 96 i HR-2019-231-A. Resultatet kan kanskje ses på som et utslag av selvstendig fraktførers lojalitetsplikt overfor selger, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 8.3.4.

Det følger av dekningsloven § 1-6 annet ledd at dekningsloven kapittel 7 bare gjelder ved gjeldsforhandling, konkurs og offentlig skifte av dødsbo. Selv om bestemmelsen som utgangspunkt ikke gjelder overfor enkeltsøkende kreditorer, er det grunnlag for å anta at bestemmelsen gir uttrykk for en alminnelig obligasjonsrettslig regel.²²⁷ Lovfestede regler om selgers stansingsrett finnes for eksempel i kjøpsloven § 61, forbrukerkjøpsloven § 55 og avhendingsloven § 6-1. Dersom en utleggstaker har klart å ta utleggs pant i formuesgodet som er på vei inn til utleggsdebitor, kan derfor hjemmelsmannen til utleggsdebitor ha en stansingsrett i henhold til de lovfestede obligasjonsrettslige stansingsreglene, alternativt de alminnelige obligasjonsrettslige stansingsreglene.²²⁸

Dersom tilbakeholds- eller stansingsretten til selger er i behold, må boet tre inn i avtalen for å kreve oppfyllelse, jf. dekningsloven § 7-3 første ledd første punktum. Selger kan «holde sin

²²³ For en grundigere gjennomgang av overgivelseskriteriet, se Filip Truyen: «Overgivelseskriteriet ved selgerens stansingsrett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1990 s. 342-389.

²²⁴ Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 181.

²²⁵ Andenæs: *Konkurs* s. 189.

²²⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 189-199 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 294 flg.

²²⁷ Andenæs: *Konkurs* s. 187, Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 612, Brækhus: *Omsetning og kreditt 2* s. 568 og ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 180-181.

²²⁸ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 8.3.1.

ytelse tilbake» eller «hindre at [ytelsen] blir overgitt til skyldneren eller dennes bo inntil sikkerhet blir stilt for motytelsen», jf. dekningsloven § 7-2 første ledd. Dersom boet ikke stiller sikkerhet, kan selger heve avtalen, jf. dekningsloven § 7-7 første ledd første punktum. Dersom selger har levert sin ytelse, vil selger som utgangspunkt ikke kunne heve overfor suksessors kreditorer, jf. dekningsloven § 7-7 annet ledd første punktum. Dersom selger ikke kan heve, vil selgers krav på motytelsen dekkes som et uprioritert dividendekrav.²²⁹ Selger som har stanset ytelsen sin som følge av at det er tatt utlegg hos suksessor, vil ikke automatisk ha noen hevingsadgang. Hevingsspørsmålet vil da måtte vurderes etter reglene som regulerer selgers adgang til å heve når kjøper ikke betaler, jf. blant annet kjøpsloven § 54 og forbrukerkjøpsloven § 45.

Den økonomiske oppsiden som selger kan oppnå ved å heve overfor suksessor eller suksessors konkursbo, kan være betydelig. Riktig nok vil selger potensielt gå glipp av avansen som inngikk i den avtalte kjøpesummen, men retten til å få formuesgodet tilbakelevert vil vanligvis ha en større økonomisk verdi enn et usikret dividendekrav på kjøpesummen.²³⁰ Selgers adgang til å heve overfor suksessors kreditorer kan derfor ha en stor økonomisk verdi dersom selger ikke har sikret sitt krav mot suksessor gjennom pant.

Det kan tenkes at selger søker å ta et hevingsforbehold overfor kjøper gjennom at det avtales at selger skal kunne heve ved betalingsmislighold selv etter at stansingsretten har bortfalt. Dekningsloven § 7-7 annet ledd første punktum åpner for at selger kan forbeholde seg en rett til å kreve «tilbakeføring av ytelsen». Slike forbehold kan tas ved salg av løsøre. Avtalen skal da regnes som en avtale om salg med salgspant, jf. panteloven § 3-22 første ledd. Hjemmelsmannen må derfor oppfylle vilkårene for å etablere kreditorvern for et salgspant for å være beskyttet mot suksessors kreditorer, se nærmere om disse vilkårene i punkt 8.3.1. Ved salg av fast eiendom og andre realregistrerbare formuesgoder må et slikt forbehold tinglyses som en heftelse på senest samme dag som registerhjemmelen overdras til den nye eieren for å stå seg overfor kreditorene, jf. tinglysningsloven § 21 tredje ledd første punktum.²³¹ Det er likevel verdt å bemerke at selger *ikke* har adgang til å forbeholde seg en utvidet hevingsrett som følge av at kjøper er insolvent, jf. tvangsfullbyrdsloven § 7-3 annet ledd annet punktum. En insolvens hos kjøper kan riktignok føre til betalingsmislighold. I denne sammenhengen er det likevel viktig å fremheve at partene ikke har adgang til å begrense kreditorenes dekningsutsikter

²²⁹ Nazarian med bidrag fra Nylund: *Konkursrett* s. 94-95.

²³⁰ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 8.4.2.

²³¹ Om dette, se Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 282-286.

gjennom å avtale at selger skal ha en automatisk hevingsrett dersom kjøper blir utsatt for kreditorforfølgning. Suksessor kan som det klare utgangspunkt bare etablere kreditorvern gjennom å foreta rettsvernsakten som oppstilles i loven: Kreditorvernreglene er preseptoriske, jf. punkt 5.2.4.

3.1.4 Inntredelse

Dekningsloven § 7-3 første ledd gir et konkursbo adgang til å tre inn i konkursdebitors gjensidig bebyrdende avtaler. Utleggstaker har ikke noen inntredelsesrett, jf. dekningsloven § 1-6 annet ledd. Inntredelsesretten er en valgfri rett for boet til å tre inn i konkursdebitors avtaleforhold, jf. formuleringen «rett til å tre inn» i dekningsloven § 7-3 første ledd første punktum. Det er imidlertid verdt å bemerke at insolvens *kan* være en hevingsgrunn for konkursdebitors medkontrahent dersom insolvens er en «opphørsgrunn etter avtalens art», jf. dekningsloven § 7-3 annet ledd første punktum.²³²

Virkingen av inntreden etter dekningsloven § 7-3 er at boet blir «berettiget og forpliktet på avtalens vilkår», jf. dekningsloven § 7-4 første ledd første punktum. Konkursdebitors medkontrahent har til gjengjeld krav på å få dekket sin fordring som en massefordring, jf. dekningsloven § 7-4 første ledd annet punktum. Dersom konkursdebitors avtalepart har oppfylt sin kontraktsforpliktelse før konkursåpningen, vil imidlertid boet neppe tre inn i kontrakten. Konkursdebitors avtalepart vil i dette tilfelle ha et dividendekrav i boet, jf. dekningsloven § 6-4, jf. § 6-1.²³³ Dersom konkursdebitor har oppfylt overfor sin avtalepart uten å motta gjenytelsen, vil boet kunne tre inn i kontrakten for å oppnå en fordring mot konkursdebitors medkontrahent som kan drives inn.

Konkursboet får ikke en bedre stilling enn det debitor hadde gjennom å tre inn i avtaleforholdet etter dekningsloven § 7-3. Dersom konkursdebitors medkontrahent har etablert kreditorvern i forkant av kreditorbeslaget, kan ikke boet oppnå en utvidet beslagsadgang gjennom inntredelse i kontraktsforholdet. Gode avtaler som debitor inngikk i forkant av konkursen kan likevel representere en stor økonomisk verdi for konkursboet, enten ved at konkursboet krever oppfyllelse, eller gjennom at konkursboet selger sin kontraktsposisjon til noen andre. Inntredelsesretten er dermed, i tillegg til kreditorvern og omstøtelse, et alternativ som står til konkursboets disposisjon i søken etter å maksimere de midlene som skal fordeles på kreditorene.

²³² I forarbeidene nevnes låne- og garantiavtaler som eksempler på avtaler hvor insolvens kan være en opphørsgrunn, jf. NOU 1972:20 s. 313.

²³³ Nazarian med bidrag fra Nylund: *Konkurrett* s. 94-95.

3.2 Kreditorkestinksjon og omsetningsekstinksjon

Det er ikke bare kreditorene som kan ekstingvere rettigheter etter norsk rett. Gjennom regler om godtroekstinksjon kan også omsetningsserververe ekstingvere allerede etablerte rettigheter i et formuesgode. Ettersom omsetningsserververs ekstinksjonsadgang er betinget av god tro og vanligvis er avtalebasert, omtales denne ekstinksjonsformen ofte for avtaleekstinksjon eller godtroekstinksjon.²³⁴ Jeg bruker tidvis begrepet «omsetningsekstinksjon» som en beskrivelse på omsetningsserververs ekstinksjonsadgang, i den hensikt å fremheve at ekstinksjonspretendentens rettighet ofte er basert på en frivillig omsetning. Kreditorenes beslag er – i motsetning til omsetningsserverv – ikke basert på en rettighetsstiftelse som er frivillig for begge parter.

Etter norsk rett er det ikke noen nødvendig sammenheng mellom reglene som regulerer suksessors vern overfor henholdsvis debtors kreditorer på den ene siden, og regler som regulerer suksessors vern overfor konkurrerende omsetningsserververe på den andre siden. Det er derfor ikke nødvendigvis slik at samme faktiske handling gir vern mot både godtroekstinksjon og kreditorkestinksjon, jf. punkt 1.2.3.²³⁵ Jeg vil i det følgende sammenholde hensynene og vilkårene for omsetningsekstinksjon og kreditorkestinksjon. Hensikten er å fremheve likheter og forskjeller mellom de to ekstinksjonstypene.

Sondringen mellom rett og legitimasjon er sentral for regler om omsetningsekstinksjon.²³⁶ Retten utgjør de «riktige» rettighetsforholdene til et formuesgode, når alle de underliggende forholdene er kjent.²³⁷ Med legitimasjon forstås «det ytre skinn av rett, saken slik den tar seg ut for en utenforstående tredjemann».²³⁸ Legitimasjonshaver er den person som utad synes å ha rett til å disponere over et formuesgode, men som etter de underliggende forholdene ikke har rett til å disponere over formuesgodet.²³⁹ For at reglene om omsetningsekstinksjon skal aktualiseres, må en legitimasjonshaver disponere over et formuesgode i strid med den retten legitimasjonshaver har etter de underliggende forholdene.²⁴⁰ Spørsmålet er om ekstinksjonspretendenten kan ekstingvere hjemmelsmannen eller den første suksessors rett.

²³⁴ Se for eksempel Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 15 og s. 97 («ekstinktive godtroerverv» og «avtaleekstinksjonsregler»), Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 30 («godtroerverv»), Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 53-55 («godtroerverv»), Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 27 («avtaleekstinksjon») og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 673 (omsetningsserverver som ekstingverende part).

²³⁵ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 32, Lilleholt: *Godtroerverv og kreditorvern* s. 19 og Aagaard: «Kommentar til advokatene Berge og Stensholdt» s. 255 (petit).

²³⁶ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 28.

²³⁷ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 28.

²³⁸ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 28.

²³⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 28-29.

²⁴⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 590.

Reglene om omsetningsekstinksjon oppstiller fire positive vilkår for at ekstinksjon skal inntreffe i favør ekstinksjonspretendenten: (1) Overdrager må være legitimert, (2) overdragelsen må være basert på et frivillig og gyldig erverv, (3) mottaker må være i aktsom god tro og (4) mottakeren må ha gjennomført en sikringsakt.²⁴¹ Regler om kreditorekstinksjon er til motsetning negativt utformet: Kreditorekstinksjon er en refleksvirkning av at suksessor ikke har gjennomført den fastsatte rettsvernsakten. De positive vilkårene som oppstilles for godtroekstinksjon *kan* føre til mer nyanserte løsninger enn de løsningene som tilbys av reglene om kreditorvern. Dette poenget utdypes i det følgende.

Diskusjonene rundt reglene om omsetningsekstinksjon har vært styrt av et ønske om å treffe en balanse mellom interessene til henholdsvis den berettigede etter de underliggende rettsforhold og den aktsomt godtroende omsetningsserververen.²⁴² Regler om omsetningsekstinksjon åpner derfor for vilkår som er mer fleksible enn vilkårene for å etablere kreditorvern. Vilåret til aktsom god tro kan fungere som eksempel. Når aktsom god tro gjøres til et vilkår for ekstinksjon, vil rettsanvenderen kunne vurderes om suksessor fremstår som verneverdig i den konkrete saken. Dess sterkere legitimasjonen til legitimasjonshaveren er, dess mindre grunn vil erverver ha til å foreta undersøkelser omkring legitimasjonshavers rett etter de underliggende rettsforhold, og *vice versa*. Spørsmålet om erverver er i aktsom god tro er følgelig ikke et enten/eller-spørsmål. Dette kan føre til at reglene om godtroekstinksjon produserer resultater som – i større grad enn kreditorvernregler – styres av hva som vil være et rimelig resultat i den konkrete saken.²⁴³ Kreditorvernreglene har til sammenligning blitt omtalt som «regler uten skjønn».²⁴⁴ Suksessor kan ikke føre bevis for at en rettighetsstiftelse er reell og gyldig: Gjennomføring av rettsvernsakten er et absolutt vilkår for å unngå kreditorekstinksjon.²⁴⁵ Kreditorvernreglene åpner ikke for en vurdering av suksessor eller kreditorenes gode tro.

Også legitimasjonsvilkåret ved godtroekstinksjon kan åpne for en konkret interesseavveining mellom hjemmelshaver og ekstinksjonspretendenten. Som eksempel kan det vises til godtroervervloven § 2 første ledd. Det følger av denne bestemmelsen at aktsomt godtroende erverver ikke kan ekstingvere hjemmelsmannens rett dersom «tingen er eller må antas å være

²⁴¹ Disse vilkårene kan gjenfinnes i for eksempel godtroervervloven § 1 første ledd første punktum og tinglysingsloven §§ 20 første ledd, 21 første ledd og 27 første ledd.

²⁴² Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 594 viser til at hvorvidt omsetningsekstinksjon skal kunne inntreffe *de lege ferenda* må bero på «en interesseavveining».

²⁴³ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 33.

²⁴⁴ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 35-36.

²⁴⁵ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 166 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 36.

fravendt eieren eller noen som sitter med tingen på hans vegne, ved tyveri, brukstyveri, ran eller annen vold eller trusel om vold». Bakgrunnen for bestemmelsen er at hjemmelsmannen ikke bør risikere en ekstinksjon dersom han eller hun ikke har hatt mulighet til å føre en kontroll over hvem som er legitimert. En tilsvarende begrunnelse ligger til grunn for tinglysingsloven § 27 annet ledd. Hjemmelsmannen vil være mer verneverdig i møte med en aktsomt godtroende erverver dersom hjemmelsmannen ikke hadde noen mulighet til å kontrollere hvem som fremstod som legitimert. Interesseavveiningen mellom kreditorene og suksessor foretas til sammenligning av lovgiver ved utformingen av regler som åpner for kreditorresteksjon, med få muligheter til å tilpasse løsningen som kreditorvernreglene tilbyr til den konkrete saken. Regler om kreditorvern åpner derfor ikke for en vurdering av hva som var bakgrunnen for at kreditorvern er, eller ikke er, etablert i den konkrete saken. Legitimasjon er som tidligere nevnt ikke et relevant hensyn eller vilkår etter reglene om kreditorvern, jf. punkt 2.1.

Høyesterett har heller ikke utelukket at hensynet til en rimelig løsning i den konkrete saken kan vektlegges ved vurderingen av om det skal åpnes for ulovfestede ekstinktive godtroerverv.²⁴⁶ Høyesterett har for eksempel åpnet for ekstinktive godtroerverv på ulovfestet grunnlag, selv i tilfeller hvor saksforholdet synes å falle innenfor virkeområdet til en lovfestet ekstinksjonsregel.²⁴⁷ Som eksempler kan det vises til Rt. 1986 s. 1210 på s. 1217 og Rt. 1992 s. 352 på s. 356-357. Høyesterett har ikke hatt en like åpen holdning til å supplere lovfestede kreditorvernregler med ulovfestede unntak i tilfeller hvor saksforholdet faller innenfor virkeområdet til en lovfestet kreditorvernregel, jf. punkt 5.2.2.²⁴⁸ Selv om Høyesterett har uttalt at det er en høy terskel for å godta ekstinktive godtroerverv på ulovfestet grunnlag, er det klart at adgangen for å oppstille ulovfestede ekstinktive godtroervervsregler er større enn adgangen til å oppstille ulovfestede kreditorvernregler.²⁴⁹

På denne bakgrunn kan det kanskje hevdes at ønsket om nyanserte og tilpassede løsninger står sterkere ved utformingen av regler om omsetningsekstinksjon enn ved utformingen av

²⁴⁶ Se for eksempel Rt. 2015 s. 1157, avsnitt 33: «Det ser for meg ut til å være et gjennomgående trekk ved høyesterettspraksis om bortfall av eiendomsrett på ulovfestet grunnlag, at det hele gripes konkret an. [...] Høyesteretts avgjørelser viser at en rekke forhold etter omstendighetene da får betydning, spesielt partenes adferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape, god tro, de respektives oppfordring til å handle, tiden som har gått, preget av festnet tilstand og foretatte investeringer. Også hensynet til en rimelig løsning i situasjoner der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn det de rettslige utgangspunktene skulle tilsi, synes å ha en viss betydning.»

²⁴⁷ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 265.

²⁴⁸ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054: «Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat.» Se også Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 265.

²⁴⁹ Høyesterett har formulert terskelen for å oppstille ekstinktive godtroerverv på ulovfestet grunnlag som «sterke grunner», se Rt. 1986 s. 1210 på s. 1217, Rt. 1992 s. 352 på s. 356 og Rt. 2015 s. 1157, avsnitt 33.

kreditorvernregler. Ved utformingen av kreditorvernregler har det vært viktigere å utforme ekstinksjonsreglene på en måte som gjør at rettsanvenderen slipper å foreta vanskelige rettslige og bevismessige vurderinger for å avgjøre om ekstinksjonsvilkårene er oppfylt i den konkrete saken.

Dersom reglene om henholdsvis omsetningsekstinksjon og kreditorvern hypotetisk sett hadde sammenfalt, ville regelverket blitt vesentlig forenklet sammenlignet med dagens utforming. *De lege ferenda* ville det da ikke vært nødvendig å sondre mellom hvem som var ekstingverende part i en rettighetskollisjon. Likevel vil det trolig være lite hensiktsmessig å ha et fullstendig sammenfall i regelsettene. De ulike hensynene bak reglene om henholdsvis omsetningsekstinksjon og kreditorekstinksjon kan neppe ivaretas gjennom et felles regelsett.

3.3 Kort om preskriptive godtroerverv

Norsk rett har regler som gir grunnlag for at rettighetserverv med ekstinktive virkninger kan skje over tid, under forutsetning av aktsom god tro hos ekstinksjonspretendenten. Slike regler kan omtales som «preskriptive godtroerverv». ²⁵⁰ Hevdsloven er et lovfestet eksempel på et preskriptivt godtroerverv. ²⁵¹ I tillegg eksisterer det ulovfestede regler om preskriptive godtroerverv. Av ulovfestede regler kan blant annet reglene om alders tids bruk nevnes. ²⁵² Rettighetstap kan også skje som følge av langvarig passivitet. ²⁵³ Virkningen av rettighetstap ved passivitet omtales ikke som ekstinktive erverv, ettersom rettighetstapet ikke medfører noen automatisk ekstinksjon. Rettighetstap på den berettigedes hånd, til fordel for en annen part, kan imidlertid skje som følge av at rette eier unnlater å gripe inn overfor en rettighetskontrær rådighetsutøvelse. ²⁵⁴ Rettsvirkningen av passivitet kan da minne om ekstinksjon ettersom den som har utøvd den rettighetskontrære rådigheten ofte tilkjennes retten som den passive parten taper. Det er derfor ikke alltid like klart om et eventuelt rettighetstap skyldes at den opprinnelige eieren har tapt sin vindikasjonsrett gjennom passivitet, eller om det har skjedd et ulovfestet ekstinktivt godtroerverv, se for eksempel Rt. 1992 s. 352 og Rt. 2015 s. 1157. ²⁵⁵

²⁵⁰ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 496.

²⁵¹ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 97.

²⁵² Se for eksempel Rt. 2001 s. 769 på s. 788-789.

²⁵³ I Rt. 2015 s. 1157 drøfter mindretallet rettighetstapet eksplisitt som et spørsmål om tap av sameierett på grunnlag av passivitet, se avsnitt 46 og 55. Selv om passivitet ikke nevnes av flertallet, synes ikke flertallet og mindretallet å være uenige om at passivitet inngikk som en del av grunnlaget for å vurdere om et rettighetstap, med et tilhørende rettighetserverv, hadde funnet sted.

²⁵⁴ Rt. 1992 s. 352 på s. 356, Rt. 2015 s. 1157, avsnitt 33 og Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 496.

²⁵⁵ Se Einar Mo: «Kritisk blick på Fårøya-dommen», *Tidsskrift for eiendomsrett* nr. 1/2017 (volum 13) s. 59-70 på s. 60 (se særlig fotnote 2).

Selv om de preskriptive erverv kan regnes som ekstinktive erverv, er det forholdsvis store forskjeller mellom preskriptive erverv og kreditorekstinksjon. De preskriptive godtroervervene er ikke er tredjemannsregler. Disse reglene skal utfylle en manglende hjemmel for bruk. De eneste berørte partene er opprinnelige eier og ekstinksjonspretendenten. Tidsaspektet er også vesensforskjellig. Det er den langvarige og faste bruken som danner grunnlag for preskriptive godtroerverv. Reglene om kreditorekstinksjon innehar ikke det samme tidsvilkåret. Kreditorvernreglene skal først og fremst motvirke kreditorsvik. Kreditorsvik vil vanligvis være mest aktuelt å gjennomføre når debitor utsettes for gjeldsforfølgning. Kreditorene er derfor avhengig av å kunne ekstingvere rettigheter som er overdratt kort tid i forkant av kreditorbeslaget, og suksessor er avhengig av å kunne verne seg mot kreditorene samtidig eller kort tid etter at overdragelsen har skjedd.

Det eksisterer likevel regler som sørger for at det kan være en forholdsvis nær sammenheng mellom hevdsreglene og kreditorvernreglene, jf. tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum. I tillegg *kan* det tenkes at kreditorvern kan etableres på ulovfestet grunnlag gjennom selvstendig rettsvernshevd. Den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd har vært bygget på blant annet hensynene som ligger til grunn for tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum og hevdsreglene. Tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum og regelen om selvstendig rettsvernshevd skal gjennomgås nærmere i punkt 7.4.3 og 7.12.

4 FRA VERNET EIENDOMSRETT TIL FORMUESRETTIGHETER MED RETTSVERN

«Ämnesföreträdarna står i en ring – en slutet krets – alla med ryggen åt det som var äganderättsbegreppet.»

Joel Samuelsson, «Om harmonisering av den europeiske privaträtten och funktionalismens funktionalitet», *Europeisk tidskrift* nr. 1/2009 (volum 12) s. 63-86 på s. 66

4.1 Innledning

Vern av rettigheter overfor tredjemenn var tidligere en refleksvirkning av rettighetsovergangen *inter partes*.²⁵⁶ Suksessors kreditorvern inngikk derfor tidligere som en del av spørsmålet om eiendomsrettens overgang. Det var følgelig intet skille mellom rett og rettsvern.²⁵⁷ Fra slutten av 1800-tallet og frem til i dag har det skjedd en endring. Rett og rettsvern har blitt adskilt som to separate rettslige fenomener. Dagens lovgivning har i stor grad gjort kreditorvern til et selvstendig tema for regulering. Det relevante rettslige spørsmålet er om suksessor har etablert rettsvern for sin rettighet.²⁵⁸ Regler om rettsvern har ikke oppstått i et rettslig vakuum. Dagens rettsvernsregler må ses i lys av diskusjonene om eiendomsrettens rettslige karakter i nordisk rett. Gjennom en gradvis utvikling – fra en substansiell til en funksjonell tilnærming til eiendomsretten – ble kreditorvern frikoblet fra spørsmålet om eiendomsrettens overgang, og omgjort til et eget rettsspørsmål.

I dette kapitlet vil jeg drøfte om den substansielle og funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten har noen metodiske og/eller materielle implikasjoner for temaet kreditorvern, se nærmere om substansiell og funksjonell tilnærming til eiendomsretten i punkt 4.2. Jeg vil forsøke å vise hvordan ulike teorier om eiendomsrettens overgang har fått betydning for

²⁵⁶ Alf Ross: *Ejendomsret og ejendomsovergang*, København 1935 s. 18-19, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 252 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1.

²⁵⁷ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.1, Einar Bergsholm: *Rettigheter i fast eiendom – en innføring i tingsrett*, 2. utgave, Bergen 2019 s. 69 og NUT 1961:1 s. 6.

²⁵⁸ Lignende utviklingstrekk kan spores i svensk rett, se Ulf Göranson: *Traditionsprincippet*, Uppsala 1985 s. 21-22.

hvordan rettslige problemstillinger om kreditorenes beslagsadgang utformes, hvordan lovfestede rettsvernsregler tolkes og hvilke rettslige hensyn som vektlegges ved drøftelse av rettighetskollisjoner mellom kreditor og suksessor. Som et nytt supplement til diskusjonen om eiendomsrettens betydning i norsk rett vil jeg drøfte hvorvidt teoriene om en substansiell og en funksjonell tilnærming til eiendomsretten er gjensidig utelukkende, eller om teoriene kan tenkes å supplere hverandre, jf. punkt 4.8.

I punkt 4.2 vil jeg redegjøre for hvilken rettslig betydning eiendomsretten *kan* ha. Formålet med dette punktet er ikke å foreta en dyptgående rettsvitenskapelig analyse av eiendomsbegrepet. Et slikt arbeid er stort nok til å utgjøre en doktorgrad i seg selv, og *Erlend Baldersheim* har nylig foretatt en grundig analyse av eiendomsbegrepet i norsk rett i boken «Til tingsrettens teori».²⁵⁹ Formålet med punktet er i stedet å vurdere om rettslige teorier om eiendomsretten kan ha betydning for temaet kreditorvern, og eventuelt hvilken betydning eiendomsretten kan ha. I punkt 4.2 vil jeg redegjøre for at eiendomsretten ikke bare kan være et *begrep*, men at det også kan fungere som en *tilnærming* når en rettighetskollisjon skal løses.

I punkt 4.3 og 4.4 gjennomgås teoriene om henholdsvis en funksjonell og substansiell tilnærming til eiendomsretten. I punkt 4.5 gjennomgås og vurderes kritikken av den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten som har vært fremsatt i nordisk rettsteori. I punkt 4.6 vurderes om en substansiell tilnærming til eiendomsretten kan yte bidrag til forståelsen av norske kreditorvernregler, og eventuelt hvilke bidrag en substansiell tilnærming kan yte. I punkt 4.7 vurderes det om ulike tilnærminger til eiendomsretten kan ha rettslig betydning for tolkningen av bestemmelser som er av relevans for kreditorenes beslagsadgang. Til slutt fremsettes en oppsummering og noen avsluttende merknader i punkt 4.8.

4.2 Hvilken betydning kan eiendomsretten ha?

Eiendomsretten spilte trolig ikke noen stor rolle i de førstatlige samfunnene.²⁶⁰ Ved overgangen fra de relativt egalitære jeger- og sankersamfunnene til de mer hierarkiske protostatene fikk privat eiendomsrett en økt betydning.²⁶¹ *Hammurabis* lover fra ca. år 1750 før Kristus inneholder til illustrasjon et begrep om privat eiendomsrett.²⁶² Fra dette punkt og fremover til i dag har den private eiendomsrettens betydning for samfunnsutviklingen i den vestlige delen av

²⁵⁹ Boken til Baldersheim er basert på avhandlingen hans med tittelen *Til tingsrettens ontologi*.

²⁶⁰ Dag Michalsen: *Retten. En internasjonal historie*, Oslo 2011 s. 63.

²⁶¹ Michalsen: *Retten. En internasjonal historie* s. 65.

²⁶² Michalsen: *Retten. En internasjonal historie* s. 67.

verden vært betydelig. I samfunn med et markedsøkonomisk system har den private eiendomsretten vært en grunnleggende forutsetning.²⁶³

I et formuerettslig perspektiv har adgangen til å eie fast eiendom, løsøre m.m. hatt en grunnleggende betydning for utformingen av regelverket.²⁶⁴ Når eiendomsrettens betydning vurderes i et overordnet samfunnsmessig og juridisk perspektiv, er det kanskje mest nærliggende å omtale eiendomsretten som et *konsept*. Med konseptet eiendomsrett sikter jeg til en grunnleggende idé om at private rettssubjekter kan ha en eksklusiv adgang til å utnytte et formuesgode uforstyrret. Konseptet eiendomsrett er et komplisert emne som kan analyseres fra flere ulike innfallsvinkler. I dette kapittelet vil konseptet eiendomsrett i liten grad være gjenstand for analyse. Konseptet eiendomsrett kan vanskelig analyseres fullgodt innenfor denne avhandlingens rammer.

Eiendomsretten kan konseptualiseres fra ulike metodiske innfallsvinkler. Konseptet eiendomsrett kan analyseres blant annet fra et filosofisk, økonomisk, historisk og sosiologisk perspektiv. Når ulike faglige metoder anvendes for å konseptualisere eiendomsretten, kan metodene som benyttes kanskje omtales som *analyseverktøy*. Ulike analyseverktøy kan tenkes å være nyttige i en rettsteoretisk diskusjon om eiendomsretten. Jeg vil ikke gå nærmere inn på de ulike analyseverktøyene som kan anvendes ved konseptualiseringen av eiendomsretten. Det kan fort virke avsporende å gjøre forsøk på å utvikle slike analyseverktøy innenfor konteksten av denne avhandlingen.

For ordens skyld nevnes at Amund Bjøranger Tørum benytter begrepet «analyseverktøy» i en rettsdogmatisk sammenheng, se Amund Bjøranger Tørum: *Direktekrav. Særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entreprise. Formuerettslige analyser i komparativ belysning*, Oslo 2007 s. 315-321 og Amund Bjøranger Tørum: «Tolking av kommersielle kontrakter – et analyseverktøy», *Jussens Venner* nr. 1/2019 (volum 54), s. 1-38, s. 8-15. Tørums analyseverktøy skal sammenfatte «de sentrale trinnene i tolkningsprosessen og presisere de sentrale vurderingstemaene» ved tolkningen av kommersielle kontrakter, se Tørum: «Tolkning av kommersielle kontrakter – et analyseverktøy» s. 8. Tørums analyseverktøy har en snevrere rekkevidde enn den forståelsen av analyseverktøy som jeg har presentert i det foregående petitavsnittet.

I tillegg til å være et konsept, kan eiendomsretten opptre som et *begrep*. Når eiendomsretten opptrer som et begrep i en rettslig sammenheng, er rekkevidden av eiendomsretten snevrere enn når eiendomsretten opptrer som et konsept. Rettslig relevante argumenter kan ikke utledes av begreper alene, ei heller begrepet eiendomsrett. Deler av kritikken mot det substansielle eiendomsbegrepet omhandler nettopp at det hevdes at rettslige argumenter utledes fra eierbegrepet, jf. punkt 4.4. nedenfor.

Begrepene eier eller eiendomsrett kan imidlertid tillegges rettslig relevans gjennom at de oppstilles som et vilkår for at nærmere bestemte rettsvirkninger skal utløses, alternativt at virkeområdet til en lovbestemmelse forutsetter at det er mulig å utpeke noen som eiere av et

²⁶³ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen* s. 19 og Fredrik Stang: *Historisk innledning til formueretten*, 2. opplag, Oslo 1974 s. 1.

²⁶⁴ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen* s. 19 og Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 52.

formuesgode. Som eksempel kan sameieloven § 1 nevnes. Virkeområdet til sameieloven defineres i § 1 på følgende måte:

«Lova her gjeld der to eller fleire *eig* noko saman på ein slik måte at retten deira er rekna i partar etter delings- eller høvetal.» (min kursivering).

Sameieloven regulerer forhold når to eller flere eier noe sammen. En forutsetning for at sameieloven skal komme til anvendelse er følgelig at det er mulig å eie formuesgoder, og at sameierne av formuesgodet kan utpekes.²⁶⁵

Begrepet eier kan også få en indirekte betydning ved tolkningen av rettslige vilkår. Som eksempel kan Høyesteretts tolkning av begrepet «fordring» i foreldelsesloven § 1 i Rt. 2012 s. 506 nevnes. I Rt. 2012 s. 506 måtte Høyesterett vurdere om et vindikasjonskrav kunne regnes som en fordring. Vindikasjonskravet var basert på at en eiendomsoverdragelse var ugyldig som følge av at overdrager var aldersdement. Førstvoterende fastslo innledningsvis i sin drøftelse følgende:

«Spørsmålet er hva som i denne sammenheng omfattes av begrepet fordring. At en *eiers* vindikasjonskrav som utgangspunkt ikke foreldes, er utvilsomt.» (min utheving).²⁶⁶

Konsekvensen av dette var at dersom vindikasjonskravet ikke skulle regnes som en fordring, ville ikke kravet være gjenstand for foreldelse. I sin oppsummering av teoriens oppfatninger om foreldelsesloven § 1 uttalte videre førstvoterende følgende:

«Det er, på bakgrunn av det som synes å ha vært den alminnelige oppfatning av gjeldende rett, nærliggende å forstå det jeg har gjengitt fra forarbeidene slik at *eiers* vindikasjonsrett etter å gjennomført [sic] en overdragelse av eiendom basert på en ugyldig avtale, ikke foreldes.» (min utheving).²⁶⁷

På denne bakgrunn fastslo Høyesterett at vindikasjonskravet ikke var gjenstand for foreldelse, jf. foreldelsesloven § 1 første ledd.

Selv om gjenstanden for tolkning i Rt. 2012 s. 506 var begrepet «fordring» i foreldelsesloven § 1 første ledd, ble eierbegrepet tillagt indirekte rettslig betydning. Et vindikasjonskrav kan bare

²⁶⁵ Det nevnes for ordens skyld at forarbeidene legger opp til at eiendomsbegrepet skal tolkes vidt, slik at loven også kan gjelde «tilsvarende i ymse sambrukshøve, når fleire har sams bruksrett i fast eignedom eller ein ting på liknande måte som sameigarar», se Ot.prp.nr. 13 (1964-1965) s. 30. Se også NUT 1959:4 s. 15-16.

²⁶⁶ Rt. 2012 s. 506, avsnitt 21.

²⁶⁷ Rt. 2012 s. 506, avsnitt 29.

fremsettes av formuesgodets eier, og kan anses som en konsekvens av å ha eiendomsretten.²⁶⁸ Ettersom Høyesterett stadfestet at et vindikasjonskrav ikke skulle regnes som en fordring, var en underliggende forutsetning for drøftelsen til Høyesterett at vindikasjonspretendenten var eier av formuesgodet.²⁶⁹

Ettersom vindikasjon kan anses som en avledet rettsvirkning av det å være eier av et formuesgode, kan det diskuteres om begrepet vindikasjonskrav er treffende. Begrepet krav kan gi uttrykk for at vindikasjon er en virkning av et mislighold *inter partes*. Det er imidlertid ikke tilfellet. Det kan derfor være mer treffende å bruke begrepet vindikasjonsrett, se Ørjasæter: «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon» s. 128. Når jeg likevel benytter terminologien vindikasjonskrav, er det på grunn av at Høyesterett selv bruker denne terminologien, jf. Rt. 2012 s. 506, avsnitt 21.

Norsk rett opererer også med en rekke rettsvirkninger som tillegges eieren av et formuesgode. Som eksempel kan den såkalte «restretten» nevnes.²⁷⁰ Restretten er en betegnelse på eierens rett til å utnytte en fast eiendom på alle måter som ikke er i strid med påheftede rettigheter og lover. Eieren vil også ha krav på å benytte eiendommen til nye utnyttelsesmuligheter dersom de dukker opp.²⁷¹ *Falkanger og Falkanger* mener det er mulig å utpeke hvem som har «restretten» blant annet på bakgrunn av «foreliggende kontrakter, utskiftningsforretninger og dommer, etablerte rettsoppfatninger mv.»²⁷² Hvem som har eiendomsretten til en fast eiendom, vil dermed ha direkte betydning for hvem som skal tilkjennes «restretten».

Diskusjonene om eiendomsrettens rettslige betydning i norsk rett har tidligere vært kategorisert som en diskusjon om *begrepet* eiendomsrett, jf. punkt 4.3 og 4.4. Diskusjonene om eiendomsretten har imidlertid ikke vært begrenset til å omhandle rene språkanalyser av begrepene «eier» og «eiendomsrett».²⁷³ Teoriene om det substansielle og det funksjonelle eiendomsbegrepet har en langt større rekkevidde enn det som kan tillegges en ren språkanalyse. Eiendomsretten har spilt en sentral rolle i diskusjoner om hvordan rettsanvenderen skal gå frem for å løse rettslige problemstillinger som oppstår i forbindelse med rettighetskollisjoner. Blant spørsmålene som har vært stilt, er hvordan eiendomsretten etableres, overdras og opphører.²⁷⁴ I diskusjoner om tredjemannsvern har spørsmålene vært spisset enda mer: Hvilken virkning har etablering, overdragelse eller opphør av eiendomsretten for forholdet mellom ulike tredjemenn?

²⁶⁸ Jo Ørjasæter: «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon», *Jussens Venner* nr. 3/2015 (volum 50) s. 119-149 på s. 128, Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 13.1, Anne Cathrine Rød: *Foreldelse av fordringer. Kommentarer til foreldelsesloven og foreldelsesbestemmelser i spesiallovgevingen. Bind I*, 4. utgave, Oslo 2019 s. 126 og Marianne Mathilde Rødvei Aagaard: *Restitusjon. Om virkninger av formuerettslig ugyldighet*, Oslo 2019 s. 52.

²⁶⁹ Jo Ørjasæter problematiserer i artikkelen «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon» på s. 126-127 hvordan den tidvis polariserende rettsteoretiske debatten om sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter har hatt uheldige virkninger for den rettsdogmatiske fremstillingen av foreldelsesloven § 1.

²⁷⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 45-46.

²⁷¹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 45.

²⁷² Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 46.

²⁷³ Se for eksempel Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 5-11.

²⁷⁴ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 35.

Dette kan omtales som eiendomsrettens betydning i den dynamiske overføringsfasen.²⁷⁵ Eiendomsretten kan i disse diskusjonene tidvis opptre som en *tilnærming*.²⁷⁶

Med tilnærming forstår jeg en – ofte implisitt – forforståelse av eiendomsrettens rettslige karakter som legges til grunn for hvordan rettsanvenderen metodisk skal gå frem for å løse en rettighetskollisjon.²⁷⁷ Tilnærmingen kan bidra til å forklare hvorfor enkelte fremgangsmåter for å løse rettighetskollisjoner er «korrekte» eller «ukorrekte».

Det finnes flere ulike måter å tilnærme seg eiendomsretten på: Substansielt, funksjonelt og kanskje en tilnærming som kan omtales som hybridmodellen. Innholdet i de ulike tilnærmingene skal utpenses nærmere i punktene 4.3, 4.4 og 4.7. Et hovedskille mellom den substansielle og funksjonelle tilnærmingen i overføringsfasen kan likevel fremheves allerede nå: Den substansielle tilnærming behandler eiendomsretten som én rettighet som kan overføres *en bloc* mellom avhender og suksessor, mens den funksjonelle tilnærmingen bryter eiendomsretten opp i en rekke enkeltfunksjoner som kan overføres fra avhender til suksessor på ulike tidspunkter. De ulike tilnærmingene kan ha betydning for hvordan kreditorenes beslagsadgang avgrenses: Etter en substansiell tilnærming til eiendomsretten kan kreditorvern være en aksessorisk følge av rettighetsoverføringen, mens kreditorvern er utskilt som et eget rettslig spørsmål etter en funksjonell tilnærming til eiendomsretten.

En funksjonell og substansiell tilnærming kan kanskje også anlegges som en mer generell metodisk innfallsvinkel til retten, frikoblet fra diskusjonen om eiendomsrettens rettslige betydning. Begrepet «funksjonell tilnærming» kan for eksempel brukes som en generell betegnelse på at omdreiningpunktet for rettslige analyser er «problemstillinger og ikke regler», se Ivar Alvik og Henrik Bjørnebye: «Om konsesjoner og konsesjonsrett», *Jussens Venner* nr. 2/2020 (volum 55) s. 85-104 på s. 86. Som en generell metodisk innfallsvinkel kan en funksjonell og substansiell tilnærming omtales som henholdsvis «funksjonalismen» og «substansialismen».

På tross av at eiendomsretten kan tilnærmes på ulike måter, står ikke rettsanvender i enhver sammenheng fri til å velge hvilken tilnærming som legges til grunn. De lovfestede rettsvernsreglene kan for eksempel ikke velges bort til fordel for en regel som lar kreditorvern være en aksessorisk følge av eiendomsrettens overgang. På den annen side er det heller ikke ønskelig, og kanskje heller ikke mulig, å «låse» eiendomsrettens rettslige betydning i enhver

²⁷⁵ Om terminologien den «dynamiske» overføringsfasen, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1.

²⁷⁶ Se for eksempel Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 143 («relasjonelle og funksjonelle tilnærmingen til spørsmålet om eiendomsrettens overgang»), Erlend Baldersheim: «Til spørsmålet om egedomsrettens overgang», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 125 s. 137-167 på s. 139 og s. 162 («den funksjonelle tilnærminga» og «kampen mellom ei 'funksjonell' og 'substansiell' tilnærming») og Martinson «Ejendomsrettens overgang – Norden kontra verden» s. 825 («[d]en nordiska approachen»).

²⁷⁷ Baldersheim: «Til spørsmålet om egedomsrettens overgang» s. 162-163: «[K]ampen mellom ei 'funksjonell' og 'substansiell' tilnærming i læra om egedomsrettens overgang synest å koka ned til eit sterkt avgrensa territorium, nemleg spørsmålet om korleis ein *metodisk* skal tilnærma seg tvistetypar som lov eller praksis så langt ikkje har uttala seg om» (min kursivering).

sammenheng. Eiendomsretten må forstås og tolkes i lys av den sammenhengen det opptrer i.²⁷⁸ *Stig Solheim* formulerer dette på følgende måte:

«Generelt mener jeg at det kan stilles spørsmålstegn ved hensiktsmessigheten av å operere med [...] absolutte definisjonsmodeller. Dette har sammenheng med at eiendomsbegrepet alltid må forstås i den sammenheng det brukes, og at det er svært vanskelig, kanskje til og med umulig å definere eiendomsbegrepet allmenngyldig og tidsuavhengig.»²⁷⁹

Selv om det ikke alltid er entydig hvordan eiendomsretten skal tilnærmes i norsk rett, synes den rådende oppfatning i teorien å være at den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten gir den mest dekkende beskrivelsen av eiendomsrettens rettslige betydning, jf. punkt 4.4. Regelverket som regulerer kreditorenes beslagsadgang, synes langt på vei å være utformet etter en funksjonell tilnærming. Det finnes likevel enkelte lovbestemmelser som synes å utpeke et substansielt vurderingstema, jf. punkt 4.7.

Gjennomgangen i dette punktet viser at eiendomsretten kan ha ulike funksjoner i ulike sammenhenger. I relasjon til spørsmål om tredjemannsvern fungerer eiendomsretten oftest som en *tilnærming*. Når eiendomsretten fungerer som en tilnærming, trekkes det ikke rettslige slutninger direkte fra begrepet eiendomsrett. Den substansielle og funksjonelle tilnærmingen fungerer i stedet som *metodiske innfallsvinkler til løsningen av rettighetskollisjoner*. Ettersom diskusjonene om eiendomsretten strekker seg lenger enn til bare å omhandle semantikk, er det, etter mitt skjønn, villedende å snakke om et substansielt og et funksjonelt eiendomsbegrep.²⁸⁰ Det er konsensus om at rettslige slutninger ikke kan trekkes direkte fra begreper som ikke er tillagt normativ kraft i loven. Av denne grunn viser jeg konsekvent til den substansielle og funksjonelle *tilnærmingen* til eiendomsretten i de følgende punktene, og ikke det substansielle og funksjonelle eiendomsbegrepet. I de to kommende punktene skal innholdet i den substansielle og funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten utpensles nærmere.

²⁷⁸ Ole-Andreas Rognstad: *Property aspects of intellectual property*, Cambridge 2018, s. 1

²⁷⁹ Stig H. Solheim: «Eiendomsrettsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø», *Tidsskrift for eiendomsrett* nr. 2/2006 (årgang 2) s. 105-108 på s. 107.

²⁸⁰ Se til illustrasjon Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1 («*funksjonelt (eigedom)srettsomgrep*») og «eit meir substansielt eigedomsrettsomgrep»), Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 25 («det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet») og «det substansielle eiendomsrettsbegrepet»), Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 74 («Det substansielle og det funksjonelle eiendomsrettsbegrep») og Brækhus: *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 3 («det funksjonelle eiendomsrettsbegrep») og s. 6 («substansielle rettighetsbegrep»).

4.3 Den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten

Eiendomsrettens rettslige betydning har vært hyppig diskutert i norsk rettsvitenskap siden 1800-tallet.²⁸¹ Historisk sett har det i all hovedsak vært to tilnærminger til eiendomsretten som har vært dominerende i de teoretiske diskusjonene omkring tredjemannsvern: Den substansielle og den funksjonelle tilnærmingen.²⁸² I dette punktet gjennomgås den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten. Hensikten med gjennomgangen er å fremheve hvilke metodiske implikasjoner den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten har for spørsmålet om tredjemannsvern.

Eiendomsretten er den mest omfattende og historisk sett den viktigste av alle formuesrettigheter. Dette kan være noe av begrunnelsen for at teorien taler om det substansielle eiendomsbegrepet, og ikke det substansielle rettighetsbegrepet. Andre formuesrettigheter har imidlertid det siste århundre fått en fremtredende posisjon: Pant spiller en stadig større rolle i samfunnet etter at kredittgivingen har blitt mer profesjonalisert. Fremveksten av nye formuesgoder åpner dessuten for nye typer formuesrettigheter, som for eksempel immaterialrettigheter. Tankegodset som ligger til grunn for en substansiell tilnærming til eiendomsretten kan imidlertid overføres til andre formuesrettigheter, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 3*. Som jeg skal komme nærmere tilbake til nedenfor, har også overføring av andre formuesrettigheter enn eiendomsretten blitt diskutert som en del av problemkomplekset eiendomsrettens overgang.

Etter den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten blir eiendomsretten definert som et eget objekt (*Ding an sich*).²⁸³ Eiendomsretten anses som en rettighet som er gjenstand for overføring fra subjekt A til subjekt B, og det er mulig å fikse et skjæringstidspunkt for når eiendomsretten overføres fra A til B.²⁸⁴ I det ene øyeblikket har suksessor ingen eiendomsrett til et formuesgode, mens i det neste øyeblikket er suksessor å regne som eier av formuesgodet, med alle de rettigheter og forpliktelser som eierposisjonen fører med seg.²⁸⁵ Hvorvidt suksessor er vernet overfor kreditorene, kan følgelig formuleres som et spørsmål om eiendomsretten har gått over til suksessor eller ikke.²⁸⁶ Skjæringstidspunktet for eiendomsrettens overgang har aldri vært lovfestet i norsk rett.²⁸⁷ Selv om eiendomsrettens overgang står sentralt ved drøftelse av tredjemannsvern etter en substansiell tilnærming, kan det også etter en substansiell tilnærming til eiendomsretten stilles øvrige vilkår for at tredjemannsvern skal inntre ved overføring av eiendomsrett, se nærmere om dette nedenfor.

²⁸¹ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 500-503.

²⁸² Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 21, Baldersheim: «Til spørsmålet om eigeidomsrettens overgang» s. 137-138 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 6-10*.

²⁸³ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 377.

²⁸⁴ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 376-377, Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 21 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 80.

²⁸⁵ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 51, Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett* s. 376, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 58 (Hauge omtaler den substansielle eiendomsretten som «en enhetlig tilnærming») til spørsmålet om eiendomsrettens overgang) og Mortensen: *Indledning til tingsrett* s. 80.

²⁸⁶ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 376 og s. 386 og Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 21.

²⁸⁷ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 251 og s. 264-265.

Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter spilte tidligere en viktig rolle for å avgjøre om suksessor var vernet mot tredjemenn etter den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten.²⁸⁸ Tinglige rettigheter var rettigheter som kunne gjøres gjeldende overfor alle, mens obligatoriske rettigheter var rettigheter som bare kunne gjøres gjeldende mot bestemte personer.²⁸⁹ Den obligatoriske rettigheten ble etablert gjennom en kausalrettshandel hvor overdrager forpliktet seg til å overføre rettigheten til erververen på et senere tidspunkt.²⁹⁰ Den tinglige rettigheten ble deretter overført gjennom en egen overføringsrettshandel.²⁹¹ Sondringen mellom obligatoriske og tinglige rettigheter innebar at dersom overføringsrettshandelen var gjennomført, og den tinglige rettigheten var overført til suksessor, var suksessor også vern mot tredjemenn. Den obligatoriske rettigheten, som lå på suksessors hånd i tidsperioden mellom inngåelsen av kausalrettshandelen og gjennomføringen av overføringsrettshandelen, nøy i utgangspunktet ikke vern mot tredjemenn.²⁹²

Det var kun et begrenset og klart definert antall rettigheter som ble regnet som tinglige, jf. den såkalte *numerus clausus*-regelen.²⁹³ Herman Scheel mente for eksempel at det kunne oppstilles fire klasser med tinglige rettigheter, foruten eiendomsretten: Positive fysiske råderetter (bruksrettigheter, positive servitutter), negative fysiske råderetter (negative servitutter, tilbakeholdsrett), sikkerhetsrettigheter (panterrettigheter, tilbakefallsrettigheter, løsningsrettigheter) og rettigheter som begrenset adgangen til å disponere juridisk over ting (pantsettelsesforbud, forkjøpsrettigheter, grunnbyrder).²⁹⁴ Nikolaus Gjelsvik mente på sin side at de tinglige rettighetene var eiendomsretten, tinglige bruksrettigheter (leierettigheter, servitutter i fast eiendom m.m.) og tinglige sikkerhetsrettigheter (panterrettigheter, retensjonsrettigheter, arrestrettigheter, tinglige gjenkjøpsrettigheter, tinglige tilbakefallsrettigheter, tinglige forkjøpsrettigheter og grunnbyrder).²⁹⁵ Felles for begge disse

²⁸⁸ Enkelte har i nyere tid tatt til orde for at sondringen mellom obligatoriske og tinglige rettigheter ikke nødvendigvis bør forkastes, se for eksempel Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 59 og Bergsholm: *Rettigheter i fast eiendom – en innføring i tingsrett* (forord).

²⁸⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 5, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 49-50, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 39-40, Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 81 (petit) og Herman Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret*, Oslo 1912, s. 275-276.

²⁹⁰ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 7, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 251 og Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 198-199.

²⁹¹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 7 og Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 251.

²⁹² Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 280. Det ble diskutert om enkelte obligatoriske krav nøy beskyttelse mot inngrep fra tredjemann, jf. Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 306-307.

²⁹³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 51 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 39.

²⁹⁴ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 23-24.

²⁹⁵ Gjelsvik: *Norsk tingsrett* s. 8-9.

avgrensningene av de tinglige rettighetene var at rettighetene hadde en mer utstrakt beskyttelse mot inngrep fra tredjemenn enn obligatoriske rettigheter.²⁹⁶ Verken *Scheel* eller *Gjelsvik* mente det var mulig eller formålstjenlig å oppstille en presis avgrensning mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Begge mente at sontringen bare hadde terminologisk eller systematisk betydning.²⁹⁷

I og med at spørsmålet om vern overfor tredjemann tidligere ble stilt som et spørsmål om eiendomsrettens overgang, herunder om erverver hadde fått overført en tinglig rett, ble ikke kreditorvern tidligere diskutert som en egen rettslig konstruksjon. Forskjellen mellom rettsvernsakten og overføringsrettshandelen bør imidlertid ikke overdrives. *Gjelsvik* diskuterte for eksempel om det, i tillegg til en overføringsrettshandel, krevdes en overlevering av løsøre gjenstander for å «skape rettsvern mot tredjemann».²⁹⁸ Selv om *Gjelsvik* konkluderte med at «eiendomsretten blir overført ved den tinglige rettshandel», viste drøftelsen til *Gjelsvik* at vern overfor tredjemenn ikke nødvendigvis alltid skulle regnes som en refleksvirkning av at en tinglig rett hadde blitt overført.²⁹⁹

Enkelte teoretikere har fremhevet at det substansielle eiendomsbegrepet innbyr til rene begrepslutninger, hvor juridiske argumenter utledes direkte fra eiendomsbegrepet, se punkt 4.4 nedenfor. En slik fremstilling av det substansielle eiendomsbegrepet er unyansert. Selv om eiendomsretten og overføring av denne tidligere var det overordnede temaet for diskusjon, ble det ofte knyttet nærmere vilkår til overføringen av eiendomsretten, herunder vilkår for hvordan eiendomsretten kunne vernes overfor tredjemenn. En substansiell tilnærming til eiendomsretten trenger derfor ikke føre til resultater eller argumentasjonsmønster som er vesensforskjellig fra en funksjonell tilnærming til eiendomsretten. *Herman Scheel* brukte for eksempel begreper som «Betingelse for Eiendomsrettens Anerkjendelse» og «Stiftelse af Eiendomsret til Løsøre» når han drøfter hva som skulle til for å etablere vern mot kreditorene til avhender.³⁰⁰ Begrepsbruken til *Scheel* ga et inntrykk av at vern mot kreditorene kom som en følge av å ha eiendomsrett til gjenstanden. *Scheel* syntes dermed å ha en substansiell tilnærming til eiendomsretten. *Scheel* mente imidlertid *ikke* at suksessors vern overfor tredjemenn kunne utledes direkte fra begrepet eiendomsrett. I det følgende gjennomgås et utsnitt av *Scheels* teori om eiendomsrettens

²⁹⁶ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsret* s. 14-16 og *Gjelsvik: Norsk tingsrett* s. 8-9 (vil ikke tillegge vernet mot tredjemenn avgjørende vekt for sontringen tinglig vs. obligatorisk, men mener at tinglige rettigheter vanligvis vil ha større «rettsbeskyttelse» enn obligatoriske).

²⁹⁷ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsret* s. 15-16 og *Gjelsvik: Norsk tingsrett* s. 8.

²⁹⁸ *Gjelsvik: Norsk tingsrett* s. 283.

²⁹⁹ *Gjelsvik: Norsk tingsrett* s. 286-288 (sitatet er hentet fra s. 287-288).

³⁰⁰ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsret* s. 337-338

overgang. Siktemålet med gjennomgangen er å vise at en substansiell tilnærming til eiendomsretten ikke forutsetter at vern overfor tredjemann utledes fra en ren begrepslutning, samt at deler av en substansiell tilnærming til eiendomsretten kan gjenfinnes i en funksjonell tilnærming til eiendomsretten.

Scheel mente det måtte stilles «almindelige Regler angaaende Overdragelsesretshandler».³⁰¹ Han oppstilte derfor seks momenter som måtte være oppfylt for at en gyldig eiendomsoverdragelse skulle skje.³⁰² Selv om disse momentene ble oppstilt av *Scheel* som momenter tilknyttet overdragelse av eiendomsrett, kan flere av momentene gjenfinnes som vilkår for å etablere kreditorvern. De seks momentene som *Scheel* oppstilte, var som følger:

1. Overdrageren måtte ha den nødvendige rettslige handleevnen til å overdra eiendomsretten.³⁰³
2. Overdragelsen måtte gjelde en ting som kunne være gjenstand for eiendomsrett.³⁰⁴
3. Rettshandelen måtte medføre en umiddelbar overføring av eiendomsretten.³⁰⁵
4. Overdrageren måtte være kompetent til å overdra tingen. I utgangspunktet medførte dette at overdrageren måtte være eier av tingen. Tingen kunne heller ikke som utgangspunkt være beheftet med en rettighet som tilhørte en tredjemann som var til hinder for eiendomsoverdragelsen.³⁰⁶
5. Overdrageren måtte ha avgitt en bindende viljeserklæring om å overdra eiendomsretten til tingen.³⁰⁷
6. Det måtte ikke foreligge noen lovhjemler som medførte at overdragelsen var ugyldig.³⁰⁸

Det er ikke tvilsomt at dersom suksessor skal etablere kreditorvern, må ervervet være reelt, endelig og gyldig, jf. punkt 5.3.³⁰⁹ Dette innebærer blant annet at overdrager må ha bundet seg til å overdra formuesgodet.³¹⁰ Vilkåret om endelig overdragelse kan derfor gjenfinnes i *Scheels* moment om at overdrageren må ha avgitt en bindende viljeserklæring for å overdra

³⁰¹ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 274.

³⁰² Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 274-275.

³⁰³ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 275.

³⁰⁴ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 275.

³⁰⁵ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 275-276.

³⁰⁶ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 276-285.

³⁰⁷ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 285-302.

³⁰⁸ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 302-303.

³⁰⁹ Andenæs: *Konkurs* s. 242-243.

³¹⁰ Andenæs: *Konkurs* s. 242.

eiendomsretten. Det er heller ikke tvilsomt at kreditorene kan påberope enkelte ugyldighetsinnsigelser overfor suksessor, jf. punkt 5.3.3.³¹¹ Manglende rettslig handleevne er en ugyldighetsinnsigelse som kreditorene trolig kan påberope overfor suksessor, jf. vergemålsloven §§ 9 og 22. Også manglende rettslig handleevne kan gjenfinnes som et av *Scheels* momenter for å overføre eiendomsrett.

I tillegg mente *Scheel* at ytterligere momenter måtte oppfylles for å overføre eiendomsretten til fast eiendom og løsøre.³¹² Ved løsørekjøp var sondringen mellom eventuell og aktuell eiendomsrett avgjørende for suksessors vern mot avhenders kreditorer ved løsørekjøp. At en eiendomsrett var eventuell, medførte at eiendomservervet til kjøper var betinget. Overdrageren ville fremdeles ha rett til å utøve eiendomsrådigheter over salgsgjenstanden mens kjøperens eiendomsrett var eventuell.³¹³ Kjøper ville ikke ha mulighet til å utøve rådighet over gjenstanden før betingelsen var innfridd. Ervervet ville ikke være endelig før betingelsene for ervervet var innfridd.³¹⁴ Kjøper ville heller ikke være beskyttet mot overdragets kreditorer før betingelsene for eiendomsovergangen var innfridd.³¹⁵ Hvilke betingelser som måtte være oppfylt for at eiendomsoverdragelsen skulle være beskyttet mot selgers kreditorer, måtte bero på en tolkning av avtalen mellom selger og kjøper.³¹⁶

En aktuell eiendomsoverdragelse forelå i de tilfeller kjøper når som helst hadde rett til å komme i besittelse av løsøregjenstanden.³¹⁷ Dersom kjøperen etter avtale med selger kunne komme i besittelse av løsøregjenstanden, var det ikke nødvendig med fysisk overlevering for å oppnå vern mot selgerens kreditorer.³¹⁸ Oftest ville en kjøpsavtale måtte tolkes som at kjøperen ikke kunne komme i besittelse av løsøregjenstanden uten at kjøpesummen var betalt.³¹⁹ Dermed var ofte betaling av kjøpesummen avgjørende for kjøpers beskyttelse mot selgers kreditorer.³²⁰ Det var imidlertid ikke noen nødvendig sammenheng mellom betaling av kjøpesummen og beskyttelse mot selgers kreditorer. Dersom selger hadde mottatt kjøpesummen, men forbeholdt

³¹¹ Andenæs: *Konkurs* s. 243.

³¹² Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 274. Se nærmere om overdragelse av fast eiendom på s. 303-335 og overdragelse av løsøre på s. 336-359.

³¹³ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 341.

³¹⁴ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 346-347.

³¹⁵ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 347.

³¹⁶ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 347-348.

³¹⁷ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 348.

³¹⁸ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 348.

³¹⁹ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 348.

³²⁰ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 350.

seg retten til å bruke salgsgjenstanden i en periode etter kjøpesummens betaling, ville ikke kjøper være beskyttet før selger ikke lenger hadde rett til å bruke tingen.³²¹

Høyesterett synes tidligere å ha bygget sine resonnementer rundt løsørekjøpers kreditorvern på *Scheels* lære om aktuell og eventuell eiendomsrett. I Rt. 1910 s. 231 drøftet Høyesterett om selgers kreditorer kunne beslaglegge 10 kyr som kjøper hadde betalt, men ikke hentet i forkant av selgers konkurs. Høyesteretts flertall (fire av sju dommere) tok utgangspunkt i at «[d]en foreliggende transaksjon mangler karakteren af en virkelig eiendomsoverdragelse».³²² Flertallet mente videre at selgeren hadde betinget seg rådigheten over kyrne i flere måneder etter at kjøpesummen ble gjort opp. I forlengelsen av at selger hadde forbeholdt seg rådigheten over kyrne mente flertallet følgende:

«Naar saaledes ikke eiendomsraadigheten gik over paa kjøberen paa den tid, aftalen sluttedes, - maatte der til at effektuere en virkelig eiendomsoverdragelse senere finde en udlevering sted.»³²³

Fokus for argumentasjonen til flertallet og mindretallet i Rt. 1912 s. 231 var om eiendomsretten til kyrne var overført fra selger til kjøper. Dersom Høyesterett hadde blitt stilt overfor den samme tvisten i dag, ville sannsynligvis problemstillingen vært om kjøper hadde etablert kreditorvern for sitt erverv av kyrne, jf. punkt 4.4. Likevel viser *Sjur Brækhus*' bruk av Rt. 1910 s. 231 at en substansiell tilnærming til eiendomsretten ikke nødvendigvis trenger å føre til andre resultater enn etter en funksjonell tilnærming. *Brækhus* fremhevet Rt. 1910 s. 231 som et støtteargument i en drøftelse av hvorvidt overlevering var nødvendig for å etablere rettsvern for eiendomsrett i løsøre.³²⁴ I sin konklusjon *de lege lata* skrev *Brækhus* følgende:

«De regler vi ovenfor er kommet frem til de lege ferenda, må muligens også kunne hevdes de lege lata. I hvert fall stemmer dommene i Rt. 1910 s. 231 [...] overens med vårt 'interessesynspunkt'».³²⁵

Ettersom eiendomsrettens overgang ikke anses som et relevant spørsmål ved en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 4.4, tolket *Brækhus* Rt. 1910 s. 231 i lys av hvilken funksjon eiendomsretten ble tillagt i saken, se nærmere om dette i punkt 8.2.7. *Brækhus*' tolkning av Rt. 1910 s. 231 illustrerer at resultatet i dommen ikke nødvendigvis hadde blitt

³²¹ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 350.

³²² Rt. 1910 s. 231 på s. 232.

³²³ Rt. 1910 s. 231 på s. 232-233.

³²⁴ *Brækhus* og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 506. Se også s. 493 hvor det klarlegges at de etterfølgende drøftelsene omhandler rettsvern.

³²⁵ *Brækhus* og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 514.

annerledes dersom Høyesterett hadde tatt utgangspunkt i en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 4.2. Ulike tilnærminger til eiendomsretten trenger derfor ikke av nødvendighet å føre til ulike resultater, men fordrer ulike vurderingsmønster.³²⁶

Scheels lære om overdragelse av eiendomsrett til fast eiendom kan også illustrere at det ikke nødvendigvis trenger å være en vesensforskjell mellom en substansiell og en funksjonell tilnærming til eiendomsretten. Ved overdragelse av fast eiendom fremhevet *Scheel* at tinglysing av skjøtet som hovedregel var et vilkår for å få en fullt ut beskyttet eiendomsrett til fast eiendom, herunder beskyttelse overfor kreditorene.³²⁷ Selv de skjøtene som inneholdt betingede eiendomsoverdragelser måtte kunne tinglyses, med den virkning at en beskyttet eiendomsrett gikk over på kjøper når betingelsen var oppfylt.³²⁸ Frem til betingelsen var oppfylt, ville kjøper ha en «særlig tinglig ret, der gaar ud paa umiddelbar Erhvervelse af eiendomsret ved Fristens Udløb eller ved en vis Betingelses Indtræden».³²⁹ Selv om *Scheel* knyttet disse betraktningene til temaet «eiendomsrettens overgang», viser betraktningene til *Scheel* at en viktig konsekvens av tinglysing var å etablere vern overfor tredjemenn.

Den rettslige konsekvensen av å tinglyse et skjøte etter en funksjonell tilnærming til eiendomsretten er blant annet å etablere kreditorvern for ervervet. Tinglysning tillegges derfor ikke nødvendigvis vesensforskjellige rettsvirkninger etter en substansiell og funksjonell tilnærming til eiendomsretten. Tinglysingsloven kan også kanskje tolkes i lys av en substansiell tilnærming til eiendomsretten. Det følger for eksempel av tinglysingsloven § 14 annet ledd at:

«For at et dokument skal gi grunnbokshjemmelen med hensyn til eiendomsretten, må det enten gi uttrykk for *et ubetinget eiendomserhverv* [...]» (min kursivering).

Formuleringen *ubetinget eiendomserhverv* synes å ha språklige likhetstrekk med det *Scheel* omtaler som en *aktuell eiendomsrett*. Dersom tinglysingsloven forstås i lys av en substansiell tilnærming til eiendomsrett, kan det hevdes at tinglysingens funksjon er å verne et «ubetinget eiendomserhverv» overfor tredjemenn.³³⁰ Det er likevel ikke tvilsomt at et dokument som gir uttrykk for en obligatorisk rettighet kan tinglyses, jf. punkt 7.3.1. Sondringen mellom tinglige

³²⁶ I samme retning, se Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 55-56.

³²⁷ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsret* s. 307 og s. 322. Også Aubert syntes å mene at tinglysing var nødvendig for at tinglige rettigheter skulle ha vern mot tredjemenn, herunder kreditorene, se L. M. B. Aubert: *Den norske obligationsrets spesielle del. Tredje bind. Det norske thinglysnings- og registreringsvæsen*, Christiania 1894 s. 122-125. Aubert mente blant annet tinglysing var nødvendig for å oppnå «den tinglige Rets Beskyttelse ligeoverfor tredjemand», se Aubert: *Det norske thinglysnings- og registreringsvæsen* s. 125.

³²⁸ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsret* s. 310-311.

³²⁹ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsret* s. 311.

³³⁰ I denne retning se Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 163-164 og s. 177-179.

og obligatoriske rettigheter er uten betydning for adgangen til å tinglyse, noe som passer bedre med en funksjonell tilnærming til eiendomsretten enn en substansiell tilnærming.³³¹ Likevel viser *Scheels* drøftelse av tinglysingens betydning at både en substansiell og funksjonell tilnærming til eiendomsretten kan oppstille tinglysing som et vilkår for å etablere kreditorvern. Det er derfor misvisende å hevde at kreditorenes beslagsadgang avgrenses gjennom rene begrepslutninger etter en substansiell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 4.4.

4.4 Den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten

I nyere skandinavisk rettsteori har det vært hevdet at de skandinaviske landene opererer med en funksjonell tilnærming til eiendomsretten.³³² Den funksjonelle tilnærmingen innebærer at eiendomsbegrepet blir sett på som et koblingsord mellom stiftelsesgrunnlaget og de ulike rettsvirkningene som utløses gjennom ervervet (rett til å selge, leie bort, pantsette, bruke m.m.).³³³ Når eiendomsbegrepet fungerer som et koblingsord, vil begrepet eiendomsrett først og fremst ha et pedagogisk siktemål, og ikke fungere som et rettslig vilkår for beskyttelse mot tredjemenn.

Begrepet *beføyelser* spiller en viktig rolle for forståelsen av den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten. *Sjur Brækhus* beskriver beføyelser på følgende måte:

«At A eier en eiendom (eller gjenstand), innebærer på den ene side at han har rett til å utøve en viss faktisk rådighet over eiendommen, og på den annen side at han er pålagt visse plikter vedrørende eiendommen [...] Vi taler om positive og negative eierbeføyelser (eller -funksjoner), og oppfatter eiendomsretten som summen av disse beføyelser.»³³⁴

Et synonym for beføyelser er *funksjoner*, slik fremhevet av *Brækhus* i sitatet ovenfor. Beføyelser kan oppdeles i faktisk og rettslig rådighet.³³⁵ Det kan videre sondres mellom positiv og negativ faktisk og rettslig rådighet.³³⁶ Med positive eierbeføyelser menes at eieren har rett

³³¹ Se Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 30 hvor sondringen mellom obligatoriske og tinglige rettigheter problematiseres på bakgrunn av reglene om tinglysing.

³³² Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 3, Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 26 og Martinson: «Eiendomsrettens overgang – Norden kontra verden» s. 824. Peter Mortensen bruker termen «relationsteorien» istedenfor teorien om den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten, se *Indledning til tingsretten* s. 81. Det synes likevel ikke å være noen innholdsmessig forskjell på relationsteorien og teorien om den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten.

³³³ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 40, Falkanger: *Fast eiendoms rettsforhold* s. 16 (fotnote 16), Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 18-19 og Eckhoff: *Rettskildelære* s. 49-51. Svensk rett har en lignende tilnærming til eiendomsbegrepet, se Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 24-25.

³³⁴ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 3.

³³⁵ Brækhus: *Innledning til omsetning og kreditt* s. 11, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 40 og Falkanger: *Fast eiendoms rettsforhold* s. 33.

³³⁶ Falkanger: *Fast eiendoms rettsforhold* s. 33.

til å utøve faktisk og juridisk rådighet over formuesgodet (eier kan bruke, ødelegge, selge og pantsette tingen m.m.). Ulike teoretikere benytter litt ulik terminologi for å beskrive de negative eierbeføyelser. *Sjur Brækhus* mener eierens rådighet er negativt bestemt, og mener med dette at eieren «kan bruke tingen og disponere over den på alle måter som rettsordenen ikke har forbudt».³³⁷ *Falkanger* og *Falkanger* sondrer mellom faktisk og rettslig rådighet i negativt henseende. Med faktisk negativ rådighet mener de at «eieren [...] kan hindre andres fysiske rådighet [av gjenstanden]».³³⁸ Med negativ juridisk rådighet forstår *Falkanger* og *Falkanger* at «[e]ieren kan hindre andre i å disponere rettslig over eiendommen».³³⁹ Eieren kan for eksempel nekte andre å oppholde seg på eiendommen, samt nekte andre å pantsette eiendommen. Selv om *Brækhus* ikke omtaler de faktiske negative eierbeføyelsene spesifikt, er det ingen tvil om at slike beføyelser også inngår som en del av eiendomsretten etter *Brækhus*' syn.³⁴⁰ Den totale summen av de negative og positive beføyelsene som tillegges eieren, utgjør samlet eiendomsretten etter det funksjonelle eiendomsbegrepet.³⁴¹

Begrepet «beføyelser» har et litt uklart innhold. Språklig sett har jeg vanskelig for å se at begrepet «beføyelse» har noe klart definert innhold i det norske språk.³⁴² I en rettslig kontekst byr også begrepet «beføyelse» på noen utfordringer: Ingen har forsøkt å gi en uttømmende beskrivelse av hvilke beføyelser som samlet utgjør eiendomsretten, jf. punkt 4.5. En forklaring på hvorfor det ikke gis en uttømmende definisjon av beføyelser kan være at en slik øvelse forutsetter en substansiell tilnærming til eiendomsretten: Hvorfor skal beføyelsenes omfang – som samlet utgjør eiendomsretten – identifiseres, når en funksjonell tilnærming forutsetter at eiendomsretten ikke har noen egenverdi? Like fullt er begrepet beføyelse opphav til enkelte logiske utfordringer som ikke lar seg besvare med en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 4.5.

Beføyelsene får også betydning for hvordan formuesrettigheter overføres mellom rettssubjekter. De ulike beføyelsene kan overføres på ulike tidspunkter fra overdrager til

³³⁷ *Brækhus: Innledning til omsetning og kreditt* s. 11

³³⁸ *Falkanger/Falkanger: Tingsrett* s. 41.

³³⁹ *Falkanger/Falkanger: Tingsrett* s. 41.

³⁴⁰ Se *Brækhus: Innledning til omsetning og kreditt* s. 11: «Vi har først den faktiske rådigheten: Retten til å [...] forhindre andre fra å bruke [tingen]».

³⁴¹ *Brækhus: Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 3.

³⁴² I samme retning, se Erlend Baldersheim: «-Lægreid tek feil om nynorsk i jussen», artikkel publisert på www.advokatbladet.no (link, sist sjekket 2. juni 2020: <https://www.advokatbladet.no/laegreid-tek-feil-om-nynorsk-i-jussen/151554>). Artikkelen er et svar til Olav Lægroids artikkel «Trenger vi motkultur i jusen?», artikkel publisert på www.advokatbladet.no (link, sist sjekket 2. juni 2020: <https://www.advokatbladet.no/sprakdebatt/trenger-vi-motkultur-i-jusen/151446>).

erhverver.³⁴³ Ofte vil det ikke være noen realitet i at de ulike beføyelsene kan overføres på forskjellige tidspunkter. Ved alminnelig salg av løsøre over disk går for eksempel alle beføyelsene over på ett og samme tidspunkt. Det må imidlertid vurderes konkret om den enkelte beføyelsen kan utøves av avhender eller suksessor.³⁴⁴ Risikoen for skade på en fast eiendom går for eksempel over på kjøper av en bruktbolig «når kjøperen har overteke bruken av eiedomen», jf. avhendingsloven § 2-4 annet ledd første punktum. Kreditorvern for eiendomsretten til bruktboligen oppnås imidlertid ikke før kjøperen har fått overført grunnbokshjemmelen til seg, jf. tinglysningsloven §§ 20 og 23. Tidspunktet for risikoens overgang er følgelig forskjellig fra tidspunktet for etablering av kreditorvern ved kjøp av fast eiendom.

For å forstå bakgrunnen for fremveksten av den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten, kan det tas utgangspunkt i deler av forfatterskapet til *Alf Ross*. I nordisk rettsvitenskap har *Alf Ross* vært den kanskje viktigste innflytelsen for fremveksten av den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten.³⁴⁵ *Ross*' forfatterskap var preget av et ønske om å bryte ned det han oppfattet som metafysiske elementer i rettsvitenskapen.³⁴⁶ *Ross* ville fjerne «falske forestillinger» fra jusen og i stedet fokusere på «reale rettsforhold mennesker og mennesker imellem».³⁴⁷ Diskusjonene om eiendomsrettens overgang var, etter *Ross*' syn, preget av «et substantielt-metafysisk Rettighedsbregrep».³⁴⁸

Det kanskje mest kjente angrepet *Ross* hadde på det «metafysiske» eiendomsbegrepet, var artikkelen «Tû-Tû». Artikkelen ble først publisert i *Festskrift til professor, Dr. juris Henry Ussing 5. maj 1951*, O. A. Borum og Knud Illum (red.), København 1951 s. 468-484, for senere å bli publisert i *Harvard Law Review* nr. 5 (volum 70) 1957, s. 812-825. I denne artikkelen sammenligner *Ross* begrepet «eiendomsrett» med begrepet «Tû-Tû». Begrepet «Tû-Tû» benyttes av et stammefolk i Stillehavet for å beskrive en person som bringer uhell over seg selv og stammen som følge av et brudd på noe som er tabu. Sammenligningen skulle illustrere at begrepet eiendomsrett var like meningsløst i en rettslig sammenheng som begrepet Tû-Tû, se «Tû-Tû» i *Harvard Law Review* s. 821-822.

Ross sitt utgangspunkt var at diskusjonen om eiendomsrettens overgang måtte frikobles fra partenes kontraktsforpliktelser *inter partes*, og rendyrkes som et tingsrettslig spørsmål: Under hvilke betingelser kan retten til en ting overføres?³⁴⁹ Det måtte deretter foretas «[e]n korrekt og

³⁴³ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 74-75, Carl August Fleischer: «Eiendomsretten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot 'det substansielle eiedomsomgrepet'» i *Jus og jord. Heidersskrift til professor Olav Lid på 70-årsdagen*, Oslo 1978 s. 81-94 på s. 81-82 og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 59.

³⁴⁴ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 10 og Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 253.

³⁴⁵ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 250. Magnussen omtaler *Ross*' avhandling *Ejendomsret og ejendomsovergang* som «det nye regimets forfatningsdokument».

³⁴⁶ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 318.

³⁴⁷ *Ross*: *Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 28 og Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 318.

³⁴⁸ *Ross*: *Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 360.

³⁴⁹ *Ross*: *Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 12.

systematisk utvikling af en sammenhengende Problemgruppe» som hørte til spørsmålet om når en ting kan overføres.³⁵⁰ Disse ulike «problemgruppene» betegnet *Ross* som «retsfunktioner».³⁵¹ Etter *Ross*' syn var det rettsfunksjonene som var av betydning for rettslivet, og ikke noe annet.³⁵² Rettighetene var ikke en rettsvirkning av eiendomsretten, men et:

«Udtryk for en Flerhed af Funktioner, der ganske vist normalt er forenede i et og samme Subjekt.»³⁵³

Ross gjorde seg på denne bakgrunn til talsmann for at rettslige slutninger ikke lenger måtte foretas fra begrepet eier, men fra ulike rettighetsfunksjoner.³⁵⁴ *Ross* mente at tanken om å kunne eie ting var følelser som oppstod i en «Barnehjerne», mens den reflekterte tanke måtte komme til den logiske konklusjon at det var «de reale Raadighedsfunktioner» som skulle være gjenstand for undersøkelser og diskusjon.³⁵⁵ Fokus måtte derfor være «reale retsforhold Mennesker og Mennesker imellem», og ikke falske forestillinger om de metafysiske konstruksjonene «eiendomsrett» og «eiendomsrettens overgang».³⁵⁶

Ved å omgjøre eiendomsbegrepet til mer etterprøvbare enkeltfunksjoner, ble jusen ført inn i et mer vitenskapelig spor etter *Ross*' syn. Slik oppsummerte han sine synspunkter:

«'Ejendomsrettens Overgang' kan alene tages som Fællesbetegnelse for Indbegrebet af en Række retsfunktionelle Problemer. Det er disse og alene disse Funktioner, der utgør Genstand for en real Undersøgelse. Udover disse er Ejendomsretten selv intet, hverken noget, der begrunder disse Funktioner, eller som 'afgøres' gennem dem.»³⁵⁷

Ross satte med dette ord på det som skulle medføre en kopernikansk vending innenfor nordisk formuerett: Omdreiningspunktet for rettslige diskusjoner skulle ikke være «metafysiske» begreper/prinsipper, som for eksempel eiendomsretten, men de reelle tvistene som kunne oppstå i det praktiske liv.³⁵⁸

Et av de reelle problemene som *Ross* mente hadde vært en – feilaktig – del av problemkomplekset «eiendomsrettens overgang», var problemer tilknyttet

³⁵⁰ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 11

³⁵¹ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 13.

³⁵² *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 13.

³⁵³ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 13.

³⁵⁴ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 18 og s. 26. *Ross* omtaler seg selv som en «Talsmand» for funksjonalismen på s. 18.

³⁵⁵ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 14-15 og s. 26.

³⁵⁶ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 27-28.

³⁵⁷ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 26.

³⁵⁸ Amund Bjøranger Tørum: «Konsekvens i formueretten», *Jussens Venner* nr. 4-5/2002 (volum 37) s. 314-339 på s. 318-320 og Göranson: *Traditionsprincippet* s. 21.

rettighetskollisjoner.³⁵⁹ Reglene som skulle løse rettighetskollisjonene, omtalte *Ross* som «Reglerne om Rettighedernes dynamiske Beskyttelse».³⁶⁰ *Ross* identifiserte at det kunne oppstå ulike rettighetskollisjoner som måtte vurderes på bakgrunn av hvem som var parter i rettighetskollisjonen.³⁶¹ Et typetilfelle av rettighetskollisjoner som *Ross* drøftet særskilt, var tilfeller hvor den ekstingverende part var en kreditor.³⁶²

Ross' arbeid ble til i en tidsperiode hvor et nytt vitenskapsideal var på fremmarsj innenfor rettsvitenskapen, nemlig rettsrealismen. *Ross* var selv en markant forkjemper for det rettsrealistiske vitenskapsidealet.³⁶³ Etter dette vitenskapsideal skulle ikke gjeldende rett utlegges på bakgrunn av normer som på forhånd var tillagt autoritativ vekt.³⁶⁴ Gjeldende rett måtte utlegges på bakgrunn av hvordan normene faktisk ble anvendt i praksis, fortrinnsvis av domstolene.³⁶⁵ Et slikt rettskildesyn kan gi gode vekstvilkår for en funksjonell tilnærming til eiendomsretten. Eiendomsretten trenger ikke anvendes som et enhetlig konsept med på forhånd definerte rettslige egenskaper, men kan opptre som et relasjonelt begrep som kan ha ulike rettslige karakteristikk i ulike kontekster.

Sjur Brækhus er kanskje den som i norsk rett har hatt størst betydning for fremveksten av den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten gjennom standardverket «Norsk Tingsrett» fra 1964.³⁶⁶ Argumentasjonslinjen i «Norsk tingsrett» har senere blitt videreført av *Brækhus* i boken «Omsetning og kreditt 3 og 4 – Omsetningskollisjoner I og II».³⁶⁷ *Brækhus* var sterkt kritiske til det substansielle eiendomsbegrepet, og fastslo innledningsvis følgende:

«At dette substansielle rettighetsbegrepet er irrasjonelt, må være klart. Hvis eiendomsrettens innhold, de enkelte eierbeføyelser, tas vekk, blir det ikke noe tilbake. Beføyelsene går ikke over til den nye eier fordi eiendomsretten går over. Overgangen

³⁵⁹ *Ross*: *Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 31-32.

³⁶⁰ *Ross*: *Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 32.

³⁶¹ *Ross*: *Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 138-139. Her påpeker *Ross* at de hensyn og interesser som gjelder dersom ekstinksjonsparten er omsetningsserverver eller kreditor er vidt forskjellige.

³⁶² Se *Ross*: *Ejendomsret og ejendomsovergang* kapittel VI, s. 138-173.

³⁶³ Jan Fridthjof Bernt: «Hva skjedde med rettsrealismen?», *Jussens Venner* nr. 3/2014 (volum 49) s. 139-161 på s. 147-151.

³⁶⁴ Tørum: «Konsekvens i formueretten» s. 319.

³⁶⁵ Bernt: «Hva skjedde med rettsrealismen?» s. 147.

³⁶⁶ Ivar Alvik og Henrik Bjørnebye skriver at den funksjonelle tilnærmingen «har lenge vært en del av den spesielle forskningstradisjonen ved Nordisk institutt for sjørett», se Alvik og Bjørnebye: «Om konsesjoner og konsesjonsrett» s. 86 (note 2). *Sjur Brækhus* var en sentral skikkelighet ved etableringen av Nordisk institutt for sjørett, og var blant annet den første bestyrelsesmedlemmet på instituttet, se <https://www.jus.uio.no/nifs/om/tall-og-fakta/historie/> (link sist sjekket 29. oktober 2020).

³⁶⁷ *Brækhus*: *Omsetning og kreditt 3 og 4*, se særlig s. 3-11.

av beføyelsene er det eneste reelle; det er dette som betegnes som overgang av eiendomsretten.

Det substansielle rettighetsbegrep har – til tross for de åpenbare logiske feil det bygger på – en sterk makt over tanken. Dette henger vel i noen grad sammen med metafysiske idéer om eiendomsretten som et umiddelbart herredømme over tingen; det å være «eier» har for den ureflekterte tanke en følelsesmessig plussverdi som i noen grad er uavhengig av de realiteter som skjules bak eiertitelen.»³⁶⁸

Medisinen mot det «irrasjonelle» substansielle eiendomsbegrepet var å vurdere eiendomsrettens overgang som «en rekke enkeltspørsmål som må undergis særskilt drøftelse».³⁶⁹ *Brækhus* og *Hærem* utdypet dette nærmere på følgende måte:

«Det må for det første undersøkes når de forskjellige funksjoner går over fra A til B (forholdet mellom partene). Her oppstår flere vanskelige problemer, men de er stort sett av kontraktsrettslig art.

[...]

Det må videre undersøkes når beskyttelse oppnås i de forskjellige relasjoner og når den tapes. Det er ikke nødvendig å undersøke dette særskilt for hver enkelt av de funksjoner som utgjør retten. Selv om de ikke går over samlet, vil hensikten med overføringen være at alle funksjoner skal gå over og samles på en hånd. Det kan ikke godtas som almindelig løsning at overføringen av noen funksjoner er beskyttet og andre ikke, slik at rettens funksjoner kommer på forskjellige hender. Blir overgangen av rettens funksjoner fra A til B på grunn av andre pretendenters mellomkomst stoppet før den er fullbyrdet, beholder B som regel ikke noen av beføyelsene. Forsåvidt kan man si at eiendomsretten i relasjon til den enkelte pretendenten er å betrakte som en enhet.

[...]

Problemet blir derfor å avgjøre på hvilket eller hvilke tidspunkter i overføringsprosessen det oppstår beskyttelse for B i forhold til hver av de andre pretendenter. Reglene for fast eiendom og løsøre er her forskjellige og må behandles hver for seg.»³⁷⁰

De synspunktene som *Brækhus* og *Hærem* her fremsatte, og som var sterkt påvirket av tankegodset til *Alf Ross*, har hatt en svært viktig betydning for den norske debatten omkring

³⁶⁸ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 377.

³⁶⁹ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 381.

³⁷⁰ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 381-382.

eiendomsrettens overgang, herunder temaet kreditorvern. Den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten har fått en såpass bred tilslutning i nyere norsk teori at det nærmest uten videre legges til grunn som dekkende for norsk rett.³⁷¹ Det hevdes derfor at suksessors kreditorvern ikke kan avgjøres på bakgrunn av hvem som er eier av formuesgodet.³⁷² Lilleholt har oppsummert den funksjonelle tilnærmingen til spørsmålet om kreditorvern på en dekkende måte:

«Der eit formuesgode blir overført til debitor, må det som nemt trekkjast ei grense mellom avhendarens rett og beslagsretten for ervervarens kreditorar. [...] I mange land vil ein sjå dette som eit spørsmål om overgang av eigeomsrett [...] For norsk rett stiller vi normalt ikkje spørsmålet slik [...] Vi tek kvar relasjon for seg.»³⁷³

Når en funksjonell tilnærming til eiendomsretten sammenholdes med en substansiell tilnærming til eiendomsretten, kan det kanskje hevdes at hovedforskjellen mellom tilnærmingene er at en substansiell tilnærming forutsetter at det foreligger ett skjæringstidspunkt for overgangen av alle rettigheter som tilkommer erververen, mens en funksjonell tilnærming til eiendomsretten åpner for at ulike rettsvirkninger av ervervet kan gå over på ulike tidspunkter.³⁷⁴

³⁷¹ Se blant annet Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 25, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 58-59 (særlig fotnote 111), Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1, Brækhus: *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 5-10 og Solheim: «Eiendomsrettsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø» s. 106-107. For en implisitt tilslutning til den funksjonelle tilnærmingen, se Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 18-19, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 74-77

³⁷² Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 52, Andenæs: *Konkurs* s. 245 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1.

³⁷³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 283.

³⁷⁴ Martinson: «Ejendomsrettens overgang – Norden kontra verden» s. 825-826.

4.5 Innsigelser mot den substansielle og funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten

«At Brækhus inntar den sentrale posisjon han har, gjør det fristende for oss yngre forfattere å forsøke noen dueller mot ham i det små. Det er naturlig å sikte mot ham når man virkelig skal prøve seg.»

Aage Thor Falkanger, «Sjur Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 Omsetningskollisjoner I og II» (bokanmeldelse), *Lov og Rett* nr. 1/2000 (Volum 59) s. 56-64 på s. 64

En substansiell tilnærming til eiendomsretten kan tenkes å yte nyttige bidrag til forståelse av norske og internasjonale kreditorvernregler, jf. punkt 4.6. Det har imidlertid vært fremhevet i teorien at den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten er irrasjonell og bygger på «åpenbare logiske feil».³⁷⁵ Dersom den substansielle tilnærmingen er heftet med vesentlige logiske brister som løses av den funksjonelle tilnærmingen, er det klart at en substansiell tilnærming må forkastes. I det følgende vil jeg derfor vurdere om kritikken som har vært fremmet mot den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten er berettiget. Jeg vil også vurdere om det kan rettes innsigelser mot den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten, ettersom blant andre *Ross* og *Brækhus* synes å hevde at en funksjonell tilnærming til eiendomsretten er kvalitativt bedre og mer logisk enn en substansiell tilnærming.

Kritikken mot den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten har i stor grad vært sentrert rundt at eiendomsretten var et metafysisk begrep uten noen ytre konstaterbar realitet, jf. punkt 4.4.³⁷⁶ Det har vært hevdet at den substansielle tilnærmingen legger opp til begrepsjursprudens gjennom at juridiske slutninger trekkes fra begrepet eiendomsrett, uten nærmere analyse av de rettslige problemene som skal løses.³⁷⁷ Likevel synes det å være en viss overlapp mellom

³⁷⁵ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 377.

³⁷⁶ Ross: *Ejendomsret og ejendomsøvergang* s. 360.

³⁷⁷ Ross: *Ejendomsret og ejendomsøvergang* s. 27-28.

vurderingsmomentene som oppstilles etter henholdsvis en substansiell og en funksjonell tilnærming, jf. punkt 4.3. Forskjellene mellom en substansiell og en funksjonell tilnærming til eiendomsretten trenger derfor ikke være så stor som blant andre *Ross* fremhever. *Ross*' kritikk av den substansielle tilnærmingen synes å passe best til situasjoner hvor det trekkes rettslige slutninger fra *begrepet* eiendomsrett, og ikke nødvendigvis situasjoner hvor det anlegges en substansiell *tilnærming* til tolkningen av rettskilder som er relevant for kreditorenes beslagsadgang.

Brækhus var ikke bare kritisk til å trekke rettslige slutninger fra *begrepet* eiendomsrett, men også til «[l]æren om at eiendomsretten går over som en enhet».³⁷⁸ Av sammenhengen fremgår det klart at kritikken mot «læren» om eiendomsrettens overgang, også innbefatter en kritikk av den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten. *Brækhus* mente den eldre, substansielle, læren om eiendomsretten kunne utformes på tre alternative måter. Den første utformingen var at eiendomsretten opptrådte som en substans. Denne kritikken synes å rette seg mot situasjoner hvor det trekkes rettslige slutninger fra begrepet eier, noe *Ross* også var kritisk til.³⁷⁹ Den andre utformingen var at alle beføyelser måtte gå over på samme tid.³⁸⁰ Denne beskrivelsen av eiendomsretten var, etter *Brækhus*' syn, ikke like irrasjonell som rene begrepsslutninger, men var uriktig som beskrivelse *de lege lata*, og ikke ønskelig *de lege ferenda*.³⁸¹ Den tredje utformingen av den substansielle tilnærmingen som *Brækhus* kritiserte, var at overgangen av én beføyelse ble ansett som avgjørende for eiendomsrettens overgang. *Brækhus* mente det var vilkårlig, intetsigende og villedende å knytte betegnelsen eiendomsovergang til overgangen av en enkeltfunksjon.³⁸²

Til *Brækhus*' kritikk av den første utformingen av den substansielle tilnærmingen kan det, som fremhevet under punkt 4.3, innvendes at fremstillingen av eiendomsretten som et substansielt begrep er unyansert. En substansiell tilnærming til eiendomsretten forutsetter ikke at det trekkes direkte slutninger fra begrepet eiendomsrett. Til *Brækhus*' kritikk av den andre og tredje utforming av den substansielle tilnærmingen kan det innvendes at *Brækhus* forutsetter at rettskildene ikke åpner for substansielle vurderingstema. En slik forutsetning bør utledes av rettskildene, og ikke være et underliggende premiss for forståelsen av lovfestede regler. Det er

³⁷⁸ *Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 6.*

³⁷⁹ *Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 6-8.*

³⁸⁰ *Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 8.*

³⁸¹ *Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 8.*

³⁸² *Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 9-10.*

ingenting prinsipielt i veien for at loven utpeker et vurderingstema som best forstås i lys av en substansiell tilnærming til eiendomsretten.

Til tross for at det kan fremsettes innvendinger mot kritikken til *Ross* og *Brækhus*, har kritikken av den substansielle tilnærmingen i stor grad blitt godtatt i teorien. Det synes å ha utviklet seg en holdning i norsk rett om at en substansiell tilnærming til eiendomsretten ikke lar seg forene med en funksjonell tilnærming til eiendomsretten.³⁸³ Ettersom eiendomsretten ikke er mer enn summen av sine enkeltfunksjoner, er det ikke rom for å tenke seg at eiendomsretten kan opptre som en samlet substans. Dette har ført til at flere teoretikere i dag fremhever at den substansielle tilnærmingen ikke lenger spiller noen rolle i norsk rett.³⁸⁴ Spørsmålet om eiendomsrettens overgang stilles ikke lenger i nordisk rett, og sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er forlatt.³⁸⁵

Likevel har enkelte stilt seg kritisk til *Ross* og *Brækhus* sitt oppgjør med den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten. I artikkelen «Eigedomretten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot ‘det substansielle eigedomsgrepet’» fra 1978 stilte *Carl August Fleischer* seg kritisk til *Brækhus*' kritikk av det substansielle eiendomsbegrepet. *Fleischer* mente at det substansielle eiendomsbegrepet ikke var ulogisk *a priori*. Hvorvidt eiendomsbegrepet var substansielt eller funksjonelt, måtte avklares på bakgrunn av en tolkning av de foreliggende rettskildene.³⁸⁶ *Fleischer* mente for eksempel at det ikke trengte å være irrasjonelt at en regel stadfestet at en person skal ha en rett, og at denne retten blir sett på som en substans.³⁸⁷

Videre mente *Fleischer* at funksjonene som *Ross* og *Brækhus* opererte med, også kunne omtales som abstrakte og substansielle begreper.³⁸⁸ Som eksempel viste *Fleischer* til at begrepet rettsvern i seg selv ikke sier stort. At kjøper har rettsvern overfor A, trenger ikke bety at kjøper

³⁸³ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 25, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 74-76, Borgar Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten», *Jussens Venner* nr. 4/2017 (volum 52) s. 203-221 på s. 209-210, Hauge: *Løsøerverters kreditorvern* s. 58-59 og Baldersheim: «Til spørsmålet om eigedomretten overgang» s. 137. Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 55-56 synes imidlertid å åpne for at terminologien ikke er avgjørende, så fremt det forklares hva som er den rettslige konsekvensen av den valgte terminologien.

³⁸⁴ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 25, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 74-76, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 51-55, Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 209-210 og Baldersheim: «Til spørsmålet om eigedomretten overgang» s. 137.

³⁸⁵ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 50, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 40-41, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 252-253, Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 19-21, Tørum: «Konsekvens i formueretten» s. 319, Martinson: «Något om behoven av att underhålla och utveckla den nordiska rättstraditionen» s. 462-463, Bo Von Eyben: *Forældelse efter forældelsesloven af 2007*, København 2012 s. 106 og Ørjasæter: «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon» s. 122.

³⁸⁶ *Fleischer*: «Eigedomretten som omgrep i norsk tingsrett» s. 83-84.

³⁸⁷ *Fleischer*: «Eigedomretten som omgrep i norsk tingsrett» s. 83-84.

³⁸⁸ *Fleischer*: «Eigedomretten som omgrep i norsk tingsrett» s. 84-87.

har rettsvern overfor B.³⁸⁹ *Fleischer* stilte også spørsmål ved om det var riktig å hevde at beføyelsene var det eneste «reelle», ettersom heller ikke beføyelsene hadde noen objektiv konstaterbar realitet.³⁹⁰

På denne bakgrunn konkluderte *Fleischer* på følgende måte:

«Konklusjonen skulle da verta at kritikken hans Brækhus ikkje held vatn. Det å dra slutningar frå ein abstrakt eller generell ‘rett’ til dei einskilde konkrete situasjonane, relasjonane og ‘beføyelsene’ er noko vi ikkje kan vera utan i den juridiske metoden, i teori som i praksis. Vi kjem ikkje bort frå dette naudsynlege elementet i den juridiske tenkjemåten om vi i staden for å nytta eit omgrep som ‘eigedommsrett’ tek til å nytta berre spesialomgrep for rettsvern, rett til å bruka tingen, osb.

Om rettsverknadene i dei ulike høve og i dei ulike rettssystema, til ulike tider, er knytte til det eine eller det andre av slike meir eller mindre generelle omgrep, må avgjerast etter vanlege juridiske metodar. Det går ikkje berre å hevda at bruken av eit av dei mest generelle omgrepa, slik som ‘eigedommsrett’, er ‘irrasjonelt’ og kjem av ‘åpenbare logiske feil’. Det som finst av slike mistak, er nok heller denne påstanden.»³⁹¹

Det er lett å slutte seg til enkelte av innsigelsene til *Fleischer*. Slik jeg leser *Fleischer*, gir han uttrykk for et av hovedpoengene mine i dette kapitlet: Verken en substansiell eller funksjonell tilnærming til eiendomsretten forutsetter at det trekkes rettslige slutninger direkte fra begreper. Den substansielle og funksjonelle tilnærmingen fordrer riktig nok ulike metodiske innfallsvinkler til løsningen av rettighetskollisjoner, uten at dette er et avgjørende argument mot noen av tilnærmingene.

Videre er jeg enig med *Fleischer* i at begrepet rettsvern har en minst like metafysisk karakter som begrepet eiendomsrett. Ingen av begrepene sikter til noe som det er fysisk mulig å iakttå. Slik vil det ofte være for juridisk begreper. Dersom lovgiver forsøker å regulere alle tenkelige tilfeller, vil loven bli for komplisert og uoversiktlig.³⁹² Av denne grunn knyttes rettsvirkninger ofte opp mot begreper som ikke nødvendigvis relaterer seg til ytre konstaterbare ting. Begrepene må derfor tolkes for at det skal kunne avgjøres om rettsvirkningen skal inntre i et konkret tilfelle. Begrepene rettsvern og eiendomsrett er i seg selv lite interessante: Spørsmålet er hvilke nærmere vilkår som må oppfylles for at en bestemt rettsvirkning skal utløses.

³⁸⁹ *Fleischer*: «Eigedommsretten som omgrep i norsk tingsrett» s. 85.

³⁹⁰ *Fleischer*: «Eigedommsretten som omgrep i norsk tingsrett» s. 89.

³⁹¹ *Fleischer*: «Eigedommsretten som omgrep i norsk tingsrett» s. 88.

³⁹² Jørn Øyrehagen Sunde: *Speculum legale – Rettspegelen*, Bergen 2005 s. 170-171.

Diskusjoner om hvilke begreper som best beskriver de underliggende rettslige vurderingene som må foretas, er i beste fall av semantisk – og ikke rettslig – interesse.

Kritikken mot eiendomsretten som et rent «metafysisk» begrep kan også utfordres. Innenfor adferdsøkonomi har det blitt demonstrert at personer verdsetter gjenstander som man eier *høyere* enn identiske gjenstander som man ikke eier. Dette omtales som den såkalte *endowment effect*.³⁹³ I et eksperiment beskrevet av *Jack Knetsch* ble deltakerne i undersøkelsen delt opp i tre grupper.³⁹⁴ Den første gruppen ble tildelt et kaffekrus, og fikk deretter tilbud om å bytte kruset med 400 gram sveitsisk sjokolade. Den andre gruppen ble tildelt 400 gram sveitsisk sjokolade, og fikk deretter tilbud om å bytte sjokoladen mot kaffekruset. Den tredje gruppen fikk fritt velge om de ville ha kaffekruset eller sjokoladen. Resultatene i studiet viste at 89 % i den første gruppen ville beholde kaffekoppen foran å bytte den mot sjokoladen. I den andre gruppen ville 90 % beholde sjokoladen fremfor å bytte den bort mot kaffekoppen. I den tredje gruppen valgte 56 % kaffekruset og 44 % sjokoladen. Undersøkelsen kan illustrere at følelsen av eierskap kan få betydning for hvilken verdi som tillegges et objekt.

Når det kan påvises at en følelse av eierskap kan ha betydning for hvilken verdi gjenstander tillegges, kan det spørres om det er heldig å avfeie eiendomsretten som et «irrasjonelt» og «metafysisk» fenomen, uten tilknytning til virkelighet.³⁹⁵ Jeg sier ikke med dette at det er tvingende nødvendig at juridiske teorier om eiendomsretten må tilpasses teorien om *the endowment effect*, selv om et slikt synspunkt har vært fremhevet.³⁹⁶ Poenget i denne sammenheng er at beskrivelsen av eiendomsretten som et «irrasjonelt» begrep som oppstår i en «barnehjerne» er for enkel, særlig sett i lys av at andre vitenskapsdisipliner synes å påvise at eiendomsretten eksisterer som et psykologisk fenomen.³⁹⁷

En nærmere analyse av enkelte av utsagnene til *Ross* og *Brækhus* viser også at den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten har noen logiske utfordringer. *Ross* mener at eiendomsretten

³⁹³ Carey K. Morewedge og Colleen E. Giblin: «Explanations of the endowment effect: an integrative review», *Trends in Cognitive Sciences* nr. 6/2015 (volum 19) s. 339-348 og Richard Thaler: «Toward a positive theory of consumer choice», *Journal of Economic Behavior and Organization* nr. 1/1980 s. 39-60.

³⁹⁴ Se Jack L. Knetsch: «The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves», *The American Economic Review* nr. 5/1989 (volum 79) s. 1277-1284 på s. 1278-1279.

³⁹⁵ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s.

³⁹⁶ Russell Korobkin: «The endowment effect and legal analysis», *Northwestern University Law Review* nr. 3/2003 (volum 97) s. 1227-1293 på s. 1230: «First, the endowment effect is an extremely important behavioral regularity for legal scholars to understand and take note of in their research. In virtually every field of law, the endowment effect findings can be valuable to reexamining policy arguments explicitly or implicitly based on the status irrelevance assumption.»

³⁹⁷ Denne beskrivelsen av eiendomsretten er basert på en sammenslåing av Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 377 og *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 14-15.

ikke har noen egen realitet utover funksjonene. Som eksempel kan følgende sitat fra *Ross* benyttes:

«I alle Tilfælde maa man spørge: hvad er Betydningen af, at Køberen i det ene eller andet Tilfælde siges at have erhvervet Ejendomsretten? Absolut ingen ud over en ren terminologisk. Det kan være interessant at undersøge, naar han er beskyttet overfor Sælgerens Kreditorer og naar overfor hans Erhververe. Men naar disse funktionelle Forhold er fastslaaet, savner det enhver Mening at strides om, hvilke af disse Funktioner der er 'afgørende' for selve Rettens Overgang.»³⁹⁸

Ross' uttalelse synes å relatere seg til situasjoner hvor eiendomsretten skal overføres. Når en rettighetskollisjon oppstår ved overføringen av eiendomsretten kan det være riktig, slik *Ross* mener, at tvisten kan løses uten at det må tas hensyn til hvorvidt eiendomsretten har gått over. Det problematiske med utsagnet til *Ross* er imidlertid at det etter norsk rett forutsettes at eiendomsretten kan opptre utenfor situasjoner hvor det foreligger en rettighetskollisjon mellom to parter.

Eiendomsretten kan opptre i en «hviletilstand», av noen omtalt som den statiske rettssituasjonen. Enkelte rettsvirkninger tilkommer eieren av formuesgodet når det er i «hviletilstanden». Som nevnt i punkt 4.2 vil eieren kunne utnytte eiendommen på alle måter som ikke kommer i strid med påheftede rettigheter eller lovbestemmelser, den såkalte «restretten». ³⁹⁹ I tillegg vil eieren ha krav på å benytte eiendommen til nye utnyttelsesmuligheter, fremsette vindikasjonskrav, nekte andre å bruke formuesgodet m.m. Det forutsettes dermed at en eier kan utpekes når krav av den nevnte sort fremsettes.⁴⁰⁰ Det er dermed av dogmatisk betydning å kunne utpeke hvem som er eier av et formuesgode, herunder fra hvilket tidspunkt eiendomsretten går fra å «hvile» hos A til å «hvile» hos B. Det innebærer at det ikke utelukkende er tilstrekkelig å vurdere funksjoner i relasjon til konkrete problemstillinger, og det kan derfor ikke avfeies som irrelevant å fastlegge hvem som er eier av

³⁹⁸ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 25.

³⁹⁹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 45-46.

⁴⁰⁰ Se til illustrasjon drøftelsen i Marte Eidsand Kjørven m.fl.: *Foreldelse av fordringer*, Oslo 2011 kapittel 7 hvor eiendomsrettens overgang tillegges avgjørende betydning for hvorvidt en eiendomsrett skal anses som en fordring som er gjenstand for foreldelse eller ikke, jf. foreldelsesloven § 1. Se også Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 151-152 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 46.

et formuesgode.⁴⁰¹ Ross' utsagn om at «Eiendomsretten [er] selv intet» gir ikke nødvendigvis noen god beskrivelse av rettstilstanden *de lege lata*.⁴⁰²

Også *Brækhus*' kritikk av det substansielle eiendomsbegrepet er vanskelig å følge helt ut. *Brækhus* opererer med en klar funksjonell tilnærming til eiendomsretten når eiendomsretten er i overføringsfasen. Likevel synes *Brækhus* å ha enkelte substansielle innslag i sin beskrivelse av eiendomsretten i overføringsfasen. Om den funksjonelle tilnærmingen skriver *Brækhus* blant annet følgende:

«Det må videre undersøkes når beskyttelse oppnås i de forskjellige relasjoner og når den tapes. Det er ikke nødvendig å undersøke dette særskilt for hver enkelt av de funksjoner som utgjør retten. Selv om de ikke går over samlet, vil hensikten med overføringen være at alle funksjoner skal gå over og samles på én hånd. Det kan i alminnelighet ikke godtas at overføringen av noen funksjoner er beskyttet og andre ikke, slik at rettens funksjoner kommer på forskjellige hender. Bli overgangen av rettens funksjoner fra A til B på grunn av andre pretendents mellomkomst stoppet før den er fullbyrdet, beholder B som regel ikke noen av beføyelsene. Forsåvidt kan man si at retten i relasjon til den enkelte pretendent er å betrakte som en enhet.»⁴⁰³

Det kan rettes minst én innsigelse mot *Brækhus* på dette punkt. Dersom eiendomsretten ikke har noen selvstendig betydning, og «overgangen av beføyelsene er det eneste reelle», hvorfor kan det ikke som alminnelighet godtas at de ulike funksjonene «kommer på forskjellige hender»? *Baldersheim* har illustrert dette paradokset gjennom å forestille seg beføyelsene, som samlet utgjør eiendomsretten, som fire klinkekuler. Klinkekulene trenger ikke å opptre i flokk. Klinkekulene skal overføres fra avhender A til erverver B. Etter at to av klinkekulene er trillet over til B, vil C stanse overføringene av de to siste klinkekulene.⁴⁰⁴ Som påpekt ovenfor mener *Brækhus* at alle funksjonene – i *Baldersheims* metafor, klinkekulene – til slutt må samles på en hånd. Klinkekulene kan derfor ikke deles mellom B og C.⁴⁰⁵ Hvorfor må klinkekulene av nødvendighet samles på en hånd?

⁴⁰¹ Se til illustrasjon Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 50: «For det første, domspraksis er klart 'justiniansk'. Det er én som utpekes som eier, mens de øvrige som har interesser i eiendommen, betegnes som rettighetshavere med positivt avgrenset rådighet.»

⁴⁰² Ross: *Eiendomsret og eiendomsovergang* s. 26.

⁴⁰³ *Brækhus*: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 10.

⁴⁰⁴ *Baldersheim*: *Til tingsrettens teori* s. 143.

⁴⁰⁵ *Baldersheim*: *Til tingsrettens teori* s. 144: «I tvisten mellom erververen og den mellomkommande pretendenten gjeld det nemleg, enkelt sagt, eit klart «anten-eller».

Brækhus har ikke forsøkt å begrunne i særlig grad hvorfor beføyelsene må samles på samme hånd ved overføringen av rettigheter. En slik øvelse vil være vanskelig å gjennomføre ettersom *Brækhus* ikke identifiserer omfanget av de funksjonene som er gjenstand for overdragelse. Først når det er identifisert hvilke funksjoner som er gjenstand for overføring, kan utsagnet om at funksjonene ikke kan komme på forskjellige hender etterprøves. Utsagnet lar seg verken falsifisere eller verifisere dersom funksjonene som er gjenstand for overføring, ikke lar seg identifisere. I den grad det ikke er mulig å identifisere antallet funksjoner som er gjenstand for overføring, vil det være vanskelig å avgjøre hvor eiendomsretten befinner seg i «hviletilstanden».

Det kan kanskje hevdes at *Brækhus*' utsagn om at alle beføyelsene må samles på samme hånd, åpner for at det i alle fall kan påvises at en eiendomsoverdragelse *ikke* har skjedd dersom minst én identifiserbar funksjon er igjen hos overdrager. Et eksempel kan imidlertid illustrere at en eiendomsoverdragelse kan skje selv om selger har noen funksjoner igjen hos seg. Selger av en gårdseiendom kan forbeholde seg retten til å kunne bo og disponere fritt over en kårbolig på gårdseiendommen i resten av sin levetid. Det er ingen lovpålagte begrensninger som sperrer for et slikt forbehold fra selgers side, og bo- og disposisjonsrettigheten kan få prioritet foran rettigheter som utledes fra suksessor, jf. tinglysingsloven § 21 tredje ledd første punktum. Salget kan dermed gyldig foretas med et bo- og disposisjonsforbehold, forutsatt at kjøper aksepterer det. En rekke funksjoner blir dermed igjen hos selger etter at salget er fullført. Det kan imidlertid ikke være tvilsomt at eiendomsretten til gårdseiendommen har gått over på kjøper. Utsagnet til *Brækhus* om at alle beføyelsene til slutt må samles hos erverver er derfor ikke nødvendigvis en dekkende beskrivelse av rettstilstanden i ethvert tilfelle.

Det er få i teorien som har forsøkt å definere omfanget av funksjonene som er gjenstand for overføring.⁴⁰⁶ Spørsmålet har heller ikke vært viet mye oppmerksomhet. Det er derfor vanskelig å konstatere et skjæringstidspunkt for når alle funksjoner har blitt overført fra overdrager til suksessor. Følges denne tankerekken langt nok, vil det kunne hevdes at det ikke er mulig å overføre eiendomsretten til et formuesgode: Det kan alltid tenkes flere funksjoner som ikke er overført.⁴⁰⁷ Påstanden om at alle funksjoner må samles på suksessors hånd står dermed tilbake som et postulat som det ikke er mulig å verifisere, og det er derfor vanskelig å godta utsagnet

⁴⁰⁶ Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 139.

⁴⁰⁷ Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 140.

til *Brækhus* om at overgangen av funksjonene er «det eneste reelle».⁴⁰⁸ Mangelen på klarlegging av hvilke funksjoner som er gjenstand for overføring, innebærer at teorien om det funksjonelle eiendomsbegrepet har noen logiske brister.⁴⁰⁹

Bakgrunnen for at teorien i liten grad har diskutert omfanget av de funksjonene som er gjenstand for overføring, kan kanskje være at den funksjonelle tilnærmingen i stor grad har blitt akseptert av teorien. Det kan hevdes å være av liten relevans å liste opp alle funksjonene som er gjenstand for overføring etter en funksjonell tilnærming til eiendomsretten. Det å stille spørsmål ved hva som er skjæringspunktet for overgangen av alle funksjonene, er å stille et spørsmål som er basert på et substansielt premiss. Denne innsigelsen er likevel ikke treffende i alle sammenhenger. Det er eksempler på at det kan være relevant å stille spørsmål ved hvor eiendomsretten befinner seg i norsk rett, jf. ovenfor.⁴¹⁰ For å besvare dette spørsmålet på bakgrunn av en funksjonell tilnærming, bør antallet funksjoner som er gjenstand for overføring kunne identifiseres.

Det er også klart at en funksjonell tilnærming til eiendomsretten *kan* yte bidrag til forståelsen av kreditorvernreglene, på tross av de logiske innvendingene som kan reises mot den funksjonelle tilnærmingen. En funksjonell tilnærming gir en god beskrivelse av hvordan kreditorvernreglene er utformet. Verken *Brækhus* eller *Ross* klarer imidlertid å godtgjøre at den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten *må* forkastes som følge av logiske feilslutninger, ei heller at den funksjonelle tilnærmingen er *mer* logisk enn den substansielle.⁴¹¹ Både den funksjonelle og den substansielle tilnærmingen synes å inneholde «metafysiske» innslag som det ikke er mulig å etterprøve. Jeg synes heller ikke *Brækhus* og *Ross* klarer å godtgjøre at den funksjonelle tilnærmingen bør foretrekkes på bekostning av den substansielle tilnærmingen i ethvert tilfelle. At den funksjonelle tilnærmingen i mange tilfeller kan være en mer treffende tilnærming til de vurderingstemaene som regelverket legger opp til, er en annen sak. Som tidligere påpekt har den norske lovgivning unektelig en funksjonell karakter. Det må imidlertid være rettskildene som styrer hvordan eiendomsretten bør tilnærmes.⁴¹² Slutninger om at

⁴⁰⁸ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett* s. 377 og s. 382. Med Baldersheims ord kan det kanskje hevdes at det funksjonelle eiendomsbegrepet «parasitterer» på det substansielle eiendomsbegrepet, se «Til spørsmålet om eiedomsrettens overgang» s. 161.

⁴⁰⁹ Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 145.

⁴¹⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 50.

⁴¹¹ Se også Ørjasæter: «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon» s. 126, fotnote 26: «Denne formen for samlet overgang av eiendomsretten bygger derfor ikke på 'åpenbare logiske feil' slik blant annet Brækhus & Hærem skriver i *Norsk Tingsrett* s. 377, men er en konsekvens av at noen rettssystemer strukturerer rettsvernreglene annerledes enn det vi gjør.»

⁴¹² I samme retning, se Ørjasæter: «Foreldelse, ugyldighet og vindikasjon» s. 126-127.

suksessor må foreta en rettsvernsakt for å etablere kreditorvern *på grunn av* at norsk rett opererer med en funksjonell tilnærming, og ikke fordi rettskildene krever at en slik rettsvernsakt foretas, står i fare for å være en like «metafysisk» slutning som slutninger om at suksessor er beskyttet mot selgers kreditorer på grunn av at eiendomsretten har gått over på erverver.⁴¹³

4.6 Kan en substansiell tilnærming til eiendomsretten yte bidrag til forståelsen av norsk og internasjonal rett?

Ettersom verken en funksjonell eller substansiell tilnærming til eiendomsretten er gitt en bindende definisjon i lovverket, har det vært hevdet at den substansielle og funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten må anses som pedagogiske modeller som beskriver eiendomsrettens rettslige betydning.⁴¹⁴ Selv om rettskildene bør styre hvilken tilnærming til eiendomsretten som anlegges, synes det likevel i norsk rett å være en underliggende tone i teorien om at det hele vil føre galt av sted dersom det trekkes veksler på en substansiell tilnærming til eiendomsretten.⁴¹⁵ I dette punktet vil jeg drøfte hvilke potensielle bidrag en substansiell tilnærming til eiendomsretten kan ha for temaet kreditorvern. Dersom en substansiell tilnærming til eiendomsretten skal forkastes, bør det være på bakgrunn av at en slik tilnærming ikke kan yte bidrag til forståelsen eller løsningen av rettighetskollisjoner mellom suksessor og kreditor. I en rettslig sammenheng er det derfor alminnelig å omtale eiendomsretten som et pedagogisk hjelpemiddel og et koblingsord i nyere teoretiske fremstillinger.⁴¹⁶

Hvordan kreditorenes beslagsadgang skal begrenses, bør styres av rettskildene, og ikke av en rettsteoretisk debatt om eiendomsrettens rettslige betydning. Ulike teoretiske tilnærminger til eiendomsretten bør ikke sette «utilsiktede skranker for hvilke løsningsalternativer som kan være aktuelle».⁴¹⁷ En økt bevissthet om teorier og grunnbegreper som ligger til grunn for norske

⁴¹³ Se også Hauge: *Løsøerverters kreditorvern* s. 75: «Vi kan imidlertid ikke legge til grunn at fordi vi bygger på en relasjonell og funksjonell tilnærming til spørsmålet om eiendomsrettens overgang, så må det gjelde rettsvernsregler som stiller krav om gjennomføring av særskilt rettsvernsakt som vilkår for rettsvern.» Se også Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 55: «Det gjev ikkje meining å sjå på den eine tilnærminga som den 'rette'; kvart land lever godt med sin modell» og Lilleholt: «Legitimasjon, publisitet og notoritet» s. 69: «Heller ikkje det *systemet* i reglane som vi måtte finne ved hjelp mellom anna av omgrepa våre, kan brukast til å dra slutningar frå.»

⁴¹⁴ Solheim: «Eiendomsrettsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø» s. 106-107.

⁴¹⁵ Se note 21 i Marthinussens *Tredjemannsproblemene* s. 25 hvor han skriver at «det [er] ofte ikke slik at det direkte henvises til det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet, men i stedet forklares ofte hvorfor det substansielle leder galt av sted».

⁴¹⁶ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 40, Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 18-19 og Eckhoff: *Rettskildelære* s. 49-51. Svensk rett har en lignende tilnærming til eiendomsbegrepet, se Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 24-25.

⁴¹⁷ Sitatet er hentet fra Hauge: *Løsøerverters kreditorvern* s. 55. Se også i samme retning Baldersheim: «Til spørsmålet om eiddomsrettens overgang» s. 139-140.

kreditorvernregler, kan potensielt åpne argumentasjonsrommet for hva som skal anses som gjeldende rett.⁴¹⁸

Videre har teoriene rundt det substansielle eiendomsbegrepet betydelige likhetstrekk med løsningsmodeller i utenlandsk rett. Den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten hevdes å være et forholdsvis særnordisk fenomen.⁴¹⁹ Som eksempel kan nevnes reguleringen av kreditorvern i tysk rett og de akademiske modellreglene i *Draft Common Frame of Reference* (heretter «DCFR»).⁴²⁰ DCFR bok VIII inneholder regler som omhandler overføring av eiendomsrett. I artikkel VIII-1:202 gis en innledende definisjon av «ownership». Begrepet «ownership» omtales i kommentarutgaven til DCFR som «the most central term in the whole Book».⁴²¹ Artikkel VIII-2:101 oppstiller nærmere rettsvirkninger av å overføre eiendomsrett til et formuesgode. Det følger av artikkel VIII-2:201 første ledd at:

«At the time determined by Section I, ownership passes within the limits of the transferor's right or authority to dispose, with effect between the parties and with effect against third persons.»

DCFRs regulering av overføring av eiendomsrett, herunder virkningen av at eiendomsretten er overført, er fremmed i norsk rett.⁴²² Selv om en funksjonell tilnærming ble ansett som «helpful in many instances» ved utarbeidelsen av DCFR, ble DCFR's regler om overføring av eiendomsrett bevisst utformet i tråd med en substansiell tilnærming.⁴²³ Kåre Lilleholt oppsummerer DCFR's regulering av temaet overføring av eiendomsrett på følgende måte:

«Despite this excellent starting point, Book VIII is unmistakably German (or Germanic) in its appearance. The rules are not always German, but the clothes are. The provisions are constructed as a theoretical system with defined concepts as building blocks [...]

[...]

⁴¹⁸ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 55 og Baldersheim: «Til spørsmålet om egedomsrettens overgang» s. 160-163.

⁴¹⁹ Christian von Bar og Eric Clive (red.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Volum 5, München 2009 s. 4380 og s. 4438 og Martinson: «Något om behoven av att underhålla och utveckla den nordiska rättstraditionen» s. 462.

⁴²⁰ Se blant annet Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 929 og DCFR Book VIII – 2:101. Se også Kåre Lilleholt: «Ownership of Goods in the Draft Common Frame of Reference» i Göran Lambertz m.fl. (red.): *Festskrift til Torgny Håstad*, Uppsala 2010 s. 447-454, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 254 og Solheim: «Eiendomsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø» s. 107.

⁴²¹ von Bar og Clive (red.): *DCFR. Full Edition*, Volum 5 s. 4248.

⁴²² Dette bemerkes også i von Bar og Clive (red.): *DCFR. Full Edition*, volum 5 s. 4438-4439.

⁴²³ von Bar og Clive (red.): *DCFR. Full Edition*, Volum 5 s. 4427-4428 og s. 4576.

A German approach is not of course bad in itself. A choice had to be made and it may well be that the authors were right in their assessment of the possible difficulties in formulating provisions based on a «functional» approach. Others may object that a simpler system would have served the aims of harmonisation better. The result in any case is that Nordic lawyers must open their minds to the conceptual thinking that was discarded in their legal systems about one hundred years ago. Internationalisation always comes with a price.»⁴²⁴

Tingsretten vil trolig være gjenstand for økt internasjonalisering de kommende årene, i likhet med formueretten generelt.⁴²⁵ Den økende internasjonalisering vil aktualisere en økt refleksjon rundt grunnleggende tema som overføring av eiendomsrett, slik utarbeidelsen av DCFR illustrerer.⁴²⁶ Det vil være enklere å få en forståelse for strukturen, resonnementene og hensynene som ligger til grunn for andre rettskulturers syn på eiendomsrett, dersom norske jurister kan trekke vekslers på flere tilnærminger til eiendomsretten.⁴²⁷ I tillegg vil det være enklere for norsk rett å tilpasse seg eventuelle fremtidige internasjonale reguleringer som kan komme, dersom norske jurister er kjent med andre tilnærminger til eiendomsretten enn den funksjonelle. Slik jeg ser det, vil det derfor være lite konstruktivt å delta i en europeisk fagdiskusjon dersom det fremheves at utenlandsk tankegods er klart «irrasjonelt», uten nærmere refleksjoner.⁴²⁸

Det finnes dessuten enkelte norske lovbestemmelser som synes å gi anvisning på et substansielt vurderingstema. Hovedregelen for kreditorenes beslagsadgang i norsk rett, dekningsloven § 2-2, er et eksempel på en slik bestemmelse.⁴²⁹ Bestemmelsen avgrenser kreditorenes beslagsadgang til de formuesgodene som «tilhører» skyldneren på beslagstiden. Vilåret «tilhører» kan leses i lys av en substansiell tilnærming: I det ene øyeblikket tilhører formuesgodet debitor, i det neste suksessor. Bestemmelsen kan derfor kanskje tolkes i lys av en substansiell tilnærming til eiendomsretten, jf. punk 4.7.⁴³⁰ Dekningsloven § 2-2 kan imidlertid også leses i lys av en funksjonell tilnærming: Dersom en rettighetskollisjon oppstår mellom

⁴²⁴ Lilleholt: «Ownership of Goods in the Draft Common Frame of Reference» s. 448-450.

⁴²⁵ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 14-15 og Hans Fredrik Marthinussen: «Om europeisering av tingsretten – særlig i lys av den europeiske menneskerettighetsdomstols avgjørelse i Pye-saken», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2/2008 (volum 121), s. 179-208, s. 179-180.

⁴²⁶ Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 30-31.

⁴²⁷ Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 30.

⁴²⁸ I samme retning, se Samuelsson: «Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet» s. 85.

⁴²⁹ Se Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 93: «Ordlyden 'tilhører' tilsier at en løsøreting som er avhendt, ikke kan beslaglegges dersom eiendomsretten er gått over til erververen.»

⁴³⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 75-76.

kreditor og suksessor, kan det hevdes at dekningsloven § 2-2 *må* suppleres med en kreditorvernregel, jf. punk 4.7. Dersom det ikke finnes en lovfestet kreditorvernregel, vil en funksjonell tilnærming til dekningsloven § 2-2 legge opp til at det oppstilles en ulovfestet kreditorvernregel. En slik tolkning av dekningsloven § 2-2 kan kanskje utledes av forarbeidsuttalelsen til bestemmelsen, jf. formuleringen «nærmere grensen for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om [...] rettsvern [...] kommer inn her».⁴³¹ *Andenæs* mener det «til en viss grad [er] en smakssak» om løsningen av rettighetskollisjoner forankres i dekningsloven § 2-2 eller selvstendig supplerende regler.⁴³² Jeg er ikke enig med *Andenæs* på dette punkt, jf. punkt 4.8.

4.7 Kan ulike tilnærminger til eiendomsretten ha rettslig betydning?

Gjennomgangen så langt har vist at diskusjonene rundt eiendomsrettens rettslige betydning har hatt en tidvis skarp tone i norsk rett.⁴³³ I de foregående punktene har jeg forsøkt å vise at verken en substansiell eller en funksjonell tilnærming til eiendomsretten kan gjøre hevd på å være mer logisk enn den andre. Det viktigste skillet synes å være hvilken metodisk tilnærming som tas når kreditorenes beslagsadgang skal avgrenses: Er det når suksessor har etablert kreditorvern (relasjonell og funksjonell tilnærming), eller når eiendomsretten har blitt overført fra overdrager til suksessor (enhetlig og substansiell tilnærming)?⁴³⁴

Selv om anvendelsen av ulike tilnærminger ved tolkningen og anvendelsen av kreditorvernregler ikke skal ha noen direkte innvirkninger på tolkningsresultatet, kan det tenkes at ulike tilnærming til eiendomsretten kan ha en *indirekte* og *underkommunisert* betydning.⁴³⁵ I det følgende punktet skal jeg undersøke nærmere om ulike tilnærminger til eiendomsretten kan ha slike indirekte og underkommuniserte virkninger ved tolkningen av dekningsloven § 2-2. Jeg skal forsøke å vise at dekningsloven § 2-2 *potensielt* kan forstås i lys av henholdsvis en funksjonell og en substansiell tilnærming.

En naturlig språklig forståelse av «tilhører» tilsier at kreditorene kan ta beslag i alle formuesgoder som eies av debitor.⁴³⁶ Samtidig tilsier ordlyden at dersom noen andre enn debitor er eier av formuesgodet, må kreditorene respektere dette. Dekningsloven synes dermed

⁴³¹ NOU 1972:20 s. 255

⁴³² *Andenæs: Konkurs* s. 156.

⁴³³ *Baldersheim: Til tingsrettens teori* s. 136-137 («skarp og uheldig retorikk»).

⁴³⁴ *Hauge: Løsøreerverters kreditorvern* s. 58-59.

⁴³⁵ *Hauge: Løsøreerverters kreditorvern* s. 67.

⁴³⁶ *Falkanger/Falkanger: Tingsrett* s. 76, *Falkanger: «Kreditorkestinksjon og juridiske trosartikler»* s. 489 og *Høgetveit Berg: Beslagsretten* punkt 6.1.

å gi anvisning på en substansiell vurdering: Har formuesgodet blitt overført fra debitor til suksessor?⁴³⁷

Flere plasser i loven fremgår det at rettighetshaver ikke vil nyte kreditorvern fra og med stiftelsestidspunktet. Rettighetshaver må, som nevnt flere plasser tidligere, gjennomføre en rettsvernsakt for å etablere kreditorvern. I de tilfellene det foreligger lovbestemmelser som krever at en rettsvernsakt må foretas for å etablere kreditorvern, er det klart at kreditorvern ikke vil være en aksessorisk følge av at eiendomsretten er overdratt til suksessor. I disse tilfellene vil loven diktere at kreditorvern anses som en egen rettslig funksjon, frikoblet fra dekningsloven § 2-2.

Det eksisterer imidlertid en rekke tilfeller hvor det ikke er lovregulert om, og eventuelt hvordan, kreditorvern etableres. Som eksempel kan overdragelse av kryptovaluta nevnes. I disse tilfellene kan dekningsloven § 2-2 tolkes på minst to måter. Dekningsloven kan for det første tolkes i lys av en substansiell tilnærming. I lys av en substansiell tilnærming kan det hevdes at kreditorvern er en aksessorisk følge av at eiendomsretten til kryptovaluta er overført til suksessor. Dersom kreditor skal kunne ek스팅vere suksessors eiendomsrett til kryptovalutaen, vil kreditorekstinksjonen utgjøre et unntak fra utgangspunktet om at kreditorvern er en aksessorisk følge av rettighetsstiftelsen. Dersom det ikke eksisterer en lovfestet rettsvernsregel som supplerer dekningsloven § 2-2, fordrer en substansiell tilnærming at rettsanvender vurderer om det foreligger et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å etablere en ulovfestet regel som åpner for kreditorekstinksjon.

Dekningsloven § 2-2 kan imidlertid også tolkes i lys av en funksjonell tilnærming ved mangel på en lovfestet kreditorvernregel. Dersom bestemmelsen tilnærmes funksjonelt, vil kreditorvern være et eget rettslig spørsmål, frikoblet fra spørsmålet om hvem som eier formuesgodet. Kreditorvern vil derfor ikke nødvendigvis være en aksessorisk følge av at eiendomsretten er overført til suksessor. En funksjonell tilnærming kan da diktere at dekningsloven § 2-2 utfylles med en ulovfestet kreditorvernregel. En slik tolkning av dekningsloven § 2-2 vil gjøre at det ikke nødvendigvis trenger å være en overvekt av hensyn som taler for å etablere en ulovfestet kreditorvernregel, ettersom den ulovfestede kreditorvernregelen kan forstås som en utfylling av dekningsloven § 2-2, og ikke et unntak fra bestemmelsen.⁴³⁸

⁴³⁷ I samme retning, se Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 93.

⁴³⁸ Høyesterett kan kanskje tolkes i denne retning i HR-2018-1265-A, avsnitt 49: «Når tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 annet ledd – og for så vidt også dekningsloven § 2-2 – lar det være avgjørende om et formuesgode 'tilhører' debitor på beslagstidspunktet, må dette leses som en henvisning til de regler norsk rettsorden for øvrig har om rettigheter til formuesgoder og om overføring av rettighetene.»

I teorien finnes det eksempler på at det oppstilles et ulovfestet krav om at suksessor må foreta en rettsvernsakt for å etablere kreditorvern, uten at det i særlig grad avveies om det er rettslig grunnlag for at kreditorene kan gripe inn i suksessors etablerte rettighetsposisjon. *Falkanger* og *Falkangers* drøftelse om etablering av kreditorvern for eiendomsrettigheter i alminnelig løsøre – som jeg anser illustrerende for den rådende oppfatningen i teorien – kan fremheve poenget. *Falkanger* og *Falkanger* innleder spørsmålet om etablering av kreditorvern for eiendomsrett i løsøre på følgende måte:

«I motsetning til ved erverv av pant, har vi ingen lovfestede regler som sier noe om hvordan S som ved avtale erverver eiendomsrett, skal kunne sikre seg mot kreditorbeslag. Fra et legislativt synspunkt er spørsmålet hvilke krav som skal stilles til notoriteten og publisiteten over S's erverv. Noen registreringsordning eller krav om skriftlighet kan det ikke komme på tale å gjennomføre for slike formuesgoder. Man står da praktisk sett igjen med særlig to alternativer: At rettsvern oppnås allerede ved avtaleinngåelsen, eller idet tingen overføres til S (tradisjon) eller en som representerer S.

Da førstnevnte alternativ hverken gir tilfredsstillende notoritet eller publisitet, har det i norsk rett utkrySTALLISERT seg den ulovfestede hovedregelen at løsøretingen må være fysisk overført til S (eller hans representant) for at disposisjonen skal stå seg i forhold til B.»⁴³⁹

Drøftelsen til *Falkanger* og *Falkanger* tar utgangspunkt i hensynene til notoritet og publisitet. Det er uproblematisk for lovgiver å vektlegge disse hensynene ved utarbeidelsen av en lovfestet rettsvernsregel, ettersom lovgiver står fritt til å prioritere kreditorenes interesser foran suksessors interesser. Dersom dekningsloven § 2-2 tilnærmes funksjonelt, vil bestemmelsen gravitere mot rettsvernsreglene, ettersom disse reglene spesifikt regulerer rettighetskollisjoner mellom kreditor og suksessor. De lovfestede kreditorvernreglene er nettopp tuftet på hensynene til notoritet og publisitet, og det er derfor naturlig at disse hensynene også løftes frem ved en ulovfestet regeldannelse, jf. punkt 5.4. *Falkanger* og *Falkangers* synes derfor i sitatet ovenfor å tilnærme seg dekningsloven § 2-2 funksjonelt.

Dersom en substansiell tilnærming inntas til dekningsloven § 2-2, er det imidlertid ikke like naturlig å la hensynene til notoritet og publisitet være i forgrunnen ved en ulovfestet regeldannelse. Etter en substansiell tilnærming vil kreditorene som utgangspunkt måtte respektere en eiendomsrett som allerede er stiftet på beslagstidspunktet, ettersom kreditorvern vil være en aksessorisk følge av rettighetsstiftelsen. Den etablerte rettighetsposisjonen trer

⁴³⁹ *Falkanger/Falkanger: Tingsrett s. 766*

følgelig mer i forgrunnen, og vil i mye større grad fungere som et mothensyn til notoritet og publisitet. Det er imidlertid lett å miste de berettigede forventningene til suksessor av synet når en funksjonell tilnærming inntas. Inngangen til en funksjonell drøftelse er ofte hvilke tiltak som kan oppstilles for å beskytte kreditorene. *Ulf Göranson* har identifisert hvordan den manglende viljen til å diskutere de rettslige implikasjonene av eiendomsbegrepet i svensk rett har ført til en manglende interesseavveining mellom erverver og kreditorene:

«Äganderättsbegreppet är sedan länge förkastat och nedbrutet i sina atomer eller rent av kvarkar; varje rättsfaktum och dess rättsföljd skall i stället studeras för sig. Att ‘förvärva, bibehålla och förlora äganderätt’ är et uttryckssätt, som förmodligen ingen student i dag känner igen, än mindre förknippar med studieämnet sakrätt, som i stället handlar om insolvenssituationer där det finnes en «bov i dramat» [...] Då är man åtminstone till det yttre fjärran från tankegången att sakrätten skulle reglera juridiska konsekvenser av förmögenhetsinnehav, hur förvärvaren skaffer sig en sådan position och vad han kan, får eller tvingas göra med detta innehav. – Min koncentration på *omsättningsförvärvarens ställning* ger en fingervisning om de egna preferenserna. Jag tycker helt sonika att han är en viktigare figur i tredjepartskonflikten än hans fångesman fordringsägare. Både är förvisso förtjänta av rättsordningens skydd. Interesseavvägningen dem emellan bör däremot inte vara given på förhand.»⁴⁴⁰

Slik jeg ser det, kan teoriens funksjonelle tilnærming til dekningsloven § 2-2 være et mulig eksempel på det utviklingstrekket som *Göranson* beskriver fra svensk rett. Fokus ved tolkningen av dekningsloven § 2-2 er hvilken rettsvernsakt som suksessor må gjennomføre for å etablere kreditorvern, ofte også i de tilfellene det ikke eksisterer noen lovfestet rettsvernsregel. Dette *kan* stå i fare for å åpne for lite balanserte drøftelser hvor suksessors berettigede interesser overskygges av kreditorenes dekningsinteresser.

Selv om Høyesterett i senere tid synes å innta en klar funksjonell tilnærming til eiendomsretten når saker vedrørende rettighetskollisjoner mellom suksessor og kreditor er oppe til prøving, kan kanskje enkelte substansielle implikasjoner spores i HR-2018-1265-A. Kjennelsen gjennomgås i det følgende for å illustrere at nyere praksis fra Høyesterett *kan* forstås i lys av en substansiell tilnærming til eiendomsretten. For ordens skyld nevnes at kjennelsen vil være gjenstand for ytterligere gjennomgang i punkt 5.3.4.3.

⁴⁴⁰ Göranson: *Traditionsprincipen* s. 21-22.

HR-2018-1265-A omhandlet en enkeltsøkende kreditor som hadde tatt utlegg i noen aksjer som tilhørte et selskap som var registrert på Turks- og Caicosøyene. I forkant av at utlegget ble tatt, hadde aksjene blitt overført til den norske eeneieren av selskapet. Eeneieren hadde deretter overført aksjene til sin norske far, som hadde registrert aksjene på en norsk VPS-konto. Det oppstod tvist mellom utleggstakeren og faren. Faren mente utleggstakeren ikke kunne beslaglegge aksjene ettersom de tilhørte ham, og ikke selskapet som utlegget rettet seg mot, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 annet ledd, jf. dekningsloven § 2-2. Ett av spørsmålene som Høyesterett tok stilling til, var om aksjeoverføringene fra selskapet til eeneieren, og deretter til faren, var *proforma*. I den forbindelse vurderte Høyesterett hvilket lands rett som skulle legges til grunn for proformavurderingen: Turks- og Caicosøyene eller Norge?

I sin drøftelse av rettsvalgspørsmålet fremhevet Høyesterett at *proforma* ofte omtales som en ugyldighetsgrunn.⁴⁴¹ Avtalers gyldighet skulle etter Høyesteretts synspunkt vurderes etter de lover som gjaldt på realdebitors bosted, i dette tilfellet Turks- og Caicosøyene. Likevel valgte Høyesterett å vurdere proformainnsigelsen etter norsk rett. Dette skyldtes at proformainnsigelser skilte seg ut fra andre ugyldighetsinnsigelser ved at de først og fremst ble påberopt av «tredjepersoner overfor parter som selv hevder at det har skjedd en reell overgang av eiendomsrett dem imellom».⁴⁴² Etter Høyesteretts syn var derfor proformainnsigelser «nær knyttet til mer allmenne spørsmål om eiendomsrettens overgang».⁴⁴³ Dette var «problemstillinger som gjerne omtales som tingsrettslige, og da er det naturlig å se lovvalget for proformas spørsmålet på samme måte».⁴⁴⁴ Tingsrettslige spørsmål skulle avgjøres etter det lands rett hvor formuesgodet befant seg, jf. *lex rei sitae*-doktrinen.⁴⁴⁵ Ettersom aksjene befant seg på en norsk VPS-konto, skulle saken vurderes etter norsk rett.⁴⁴⁶

Enkelte av utsagnene til Høyesterett i HR-2018-1265-A kan passe dårlig med en funksjonell tilnærming til eiendomsretten. Høyesteretts henvisning til «tingsrettslige spørsmål» under rettsvalgspørsmålet bidrar til uklarheter.⁴⁴⁷ Er det tale om en rettsvernsregel, omstøtelsesregel eller en annen tredjemannsregel? Høyesteretts referanse til «spørsmål om eiendomsrettens overgang» fremstår også overraskende i lys av at eiendomsrettens overgang av mange anses

⁴⁴¹ HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁴⁴² HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁴⁴³ HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁴⁴⁴ HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁴⁴⁵ HR-2018-1265-A, avsnitt 70. Om *lex rei sitae*, se Giuditta Cordero-Moss: *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 s. 277-281.

⁴⁴⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁴⁴⁷ HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

som et irrelevant rettslig spørsmål, jf. punkt 4.5.⁴⁴⁸ En mulig forklaring på hvorfor Høyesterett viser til «tingsrettslige spørsmål» og «spørsmål om eiendomsrettens overgang» under rettsvalgdøftelsen, kan kanskje være at dette er klassifiseringer som passer bra med vurderingstemaene i internasjonale rettsvalsregler.⁴⁴⁹ En slik presisering burde imidlertid blitt fremhevet, ettersom det har vært understreket i teorien at *proforma* nettopp *ikke* har sammenheng med spørsmålet om eiendomsrettens overgang.⁴⁵⁰

Selv om Høyesteretts uttalelser kan etterlate tvil, synes det ikke tvilsomt at *proforma* skal regnes som en forlengelse av vilkåret «tilhører» i dekningsloven § 2-2, jf. punkt 5.3.4.2. Hvorvidt det er dekkende å knytte *proforma* til spørsmålet om eiendomsrettens overgang, vil være avhengig av om man anlegger en substansiell eller funksjonell tilnærming til dekningsloven § 2-2, jf. punkt 4.7. For min egen del mener jeg en substansiell tilnærming til eiendomsretten kan gi en mer dekkende beskrivelse av hvordan proformaregelen forholder seg til dekningsloven § 2-2. Det er uansett viktig å understreke at klassifiseringen av *proforma* først og fremst vil ha et systematiserende og pedagogisk siktemål. Rettslige resultater kan ikke utledes fra begreper, jf. punkt 4.2. Det er likevel ikke noe siktemål i seg selv å ha en uklar systematisering, noe Høyesteretts sprikende klassifisering av *proforma* kan bidra til.

Videre var hensikten med proformavurderingen i HR-2018-1265-A å avklare når «en reell overgang [av] eiendomsretten» har skjedd.⁴⁵¹ Dette understøttes av at det overordnede temaet for proformavurderingen var hvem som skulle anses som «reelle eier» av aksjene.⁴⁵² Det er inkonsekvent å hevde at det er mulig å fastslå et skjæringstidspunkt for når en «reell overgang» av eiendomsretten har skjedd, men samtidig avvise at det er rettslig relevant å kunne fastslå et skjæringstidspunkt for eiendomsrettens overgang. En forutsetning for å kunne fastslå når en «reell overgang» av eiendomsretten har skjedd, må være at eiendomsretten faktisk kan gå over.

En mulig innvending fra funksjonelt hold kan være at det er mulig å operere med en proformaregel uten at eiendomsretten som sådan tillegges rettslige virkninger. *Høgetveit Berg* synes for eksempel å mene at en funksjonell tilnærming til eiendomsretten lar seg forene med en objektiv proformaregel.⁴⁵³ Han har imidlertid ikke forsøkt å fremheve hvilke funksjoner som

⁴⁴⁸ HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁴⁴⁹ Se Cordero-Moss: *Internasjonal privatrett på formuerettens område* s. 268-271.

⁴⁵⁰ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 209-210.

⁴⁵¹ Sitatet er hentet fra HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁴⁵² Se sitatet fra lagmannsrettens dom i HR-2018-1265-A, avsnitt 88. Høyesterett slutter seg i all hovedsak til lagmannsretten i avsnitt 89.

⁴⁵³ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 209-210 («det funksjonelle rettighetsomgrepet [har] fortrent det substansielle»).

må gå over til suksessor for at eiendomsoverdragelsen skal anses reell, utover å konstatere at det ikke kan godtas at den eneste funksjonen som overdras, er «risikoen for kreditorbeslag».⁴⁵⁴ En slik konstatering avklarer ikke mye, bortsett fra å stadfeste det selvsagte: Partene kan ikke binde kreditorenes beslagsadgang gjennom en avtale *inter partes*, jf. punkt 5.2.4. I stedet oppstiller *Høgetveit Berg* en proformaregel som må baseres på en helhetsvurdering. Blant de momentene som *Høgetveit Berg* fremhever som relevant for helhetsvurderingen, er graden av formell gjennomføring, motiv for transaksjonen, hvorvidt betaling har skjedd og om avtalen medfører reelle byrder og plikter for overdrageren.⁴⁵⁵

Etter mitt skjønn fremstår det som et lite paradoks å hevde at skjæringstidspunkt for en reell eiendomsoverdragelse kan fastsettes, og samtidig hevde at skjæringstidspunktet for eiendomsrettens overgang ikke er rettslig relevant. Jeg har derfor litt vanskelig for å se at proformavurderingen, slik den fremstilles av Høyesterett og *Høgetveit Berg*, best forstås i lys av en funksjonell tilnærming til eiendomsretten.

Poenget med å fremheve HR-2018-1265-A og *Høgetveit Bergs* synspunkter i denne sammenhengen, er at proformavurderingen synes å ha klare substansielle implikasjoner.⁴⁵⁶ Vurderingsmomentene som oppstilles for proformaregelen, viser at det *er* mulig å oppstille momenter som skal fastslå når en reell overføring av eiendomsretten har skjedd, uten at vurderingene knyttes til overgangen av enkeltfunksjoner. Slik jeg ser det, tilbyr derfor en substansiell tilnærming til eiendomsretten en mer logisk forklaring på vurderingstemaene som proformaregelen legger opp til enn en funksjonell tilnærming til eiendomsretten.

⁴⁵⁴ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 212.

⁴⁵⁵ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 217-220.

⁴⁵⁶ Sammenlign Mari Klungsoyr Kristiansen: «'Objektiv proforma' – med særlig fokus på kreditorbeslag», *Jussens Venner* nr. 5/2020 (volum 77) s. 275-303 på s. 281 hvor hun formulerer utgangspunktet for den objektive proformaregelen på følgende måte: «Spørsmålet som oppstår etter den objektive proformaregelen er: Hva er det som skal til, utover partsviljen, for at et formuesgode ikke lenger 'tilhører' skyldneren? Når har en overdragelse tilstrekkelig 'realitet'?»

4.8 Oppsummering og avsluttende merknader

«Ingen vil fornekte at både lovgivning, teori og domspraksis har bruk for begrepsdannelser, og at disse igjen forutsetter en tankemessig abstraksjon.»

Sjur Lindebrække, *Eiendomsrett og konkursbeslag*, Bergen 1946, s. 17

I de foregående punktene har jeg forsøkt å vise at det er en klar sammenheng mellom diskusjonene omkring eiendomsrettens rettslige betydning og utviklingen av regler om kreditorvern. Innledningsvis i punkt 4.2 diskuterte jeg om eiendomsretten kan opptre i flere ulike former. Jeg presenterte sontringene mellom eiendomsretten som *konsept*, *begrep* og *tilnærming*. Det ble fremhevet at rettskildene må være styrende for hvilken funksjon eiendomsretten tillegges.

Jeg gikk deretter over til å presentere teoriene om henholdsvis en substansiell og en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 4.3 og 4.4. Gjennomgangen viste at den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten har vært under sterk kritikk i nyere nordisk teori, og at det ofte fremheves at den funksjonelle tilnærmingen gir en bedre beskrivelse av eiendomsrettens funksjon i norsk rett. I punkt 4.5 forsøkte jeg å nyansere kritikken som har vært ført mot den substansielle tilnærmingen. Jeg fremhevet også at den funksjonelle tilnærmingen åpner for spørsmål som ikke lar seg fullgodt besvare uten substansielle innslag. Konklusjonen i punktet var at verken den funksjonelle eller den substansielle tilnærmingen er irrasjonell eller basert på logiske feilslutninger.

I punkt 4.6 drøftet jeg om den substansielle tilnærmingen potensielt kan yte bidrag til forståelsen av temaet kreditorvern i en norsk og internasjonal sammenheng. I punkt 4.7 drøftet jeg implikasjonene av å tolke dekningsloven § 2-2 i lys av henholdsvis en funksjonell og en substansiell tilnærming. Jeg fremhevet også hvordan proformaregelen som oppstilles av Høyesterett i HR-2018-1265-A synes å ha noen substansielle implikasjoner.

Erlend Baldersheim har identifisert at diskusjonene om den funksjonelle og substansielle tilnærmingen til eiendomsretten synes å være mest relevant for «spørsmålet om korleis ein metodisk skal tilnærma seg tvistetypar som lov eller praksis så langt ikkje har uttala seg om». ⁴⁵⁷ Slik *Baldersheim* ser det, kan nye konflikttypar løses på to måter:

«Fragmenteringa eg nemnde ovafor kan skje anten (1) ved ein hovudregel om eigedomsrettens overgang, utstyrt med unntak, eller (2) ved ei total fragmentering. Valet mellom måtane representerer liten skilnad der fragmenta er kjende og kan reknast opp. Skilnaden viser seg først i høve nye og tidlegare ubearbeidde rettskonfliktar. Det systematiske spørsmålet er om ein då ønskjer ein regel å falla tilbake på, eller om ein heller vil teikna avgjerda på blankare ark. I det første tilfellet bør ein velja ein hovudregel med unntak, i det andre tilfellet kan ein akseptera total fragmentering.» ⁴⁵⁸

I de tilfellene det ikke eksisterer noen lovfestede rettsvernsregler, synes *Baldersheims* betraktninger å passe bra. Dersom det oppstår en rettighetskollisjon i et formuesgode som ikke har lovregulerte rettsvernsregler, kan det være behov for å falle tilbake på utgangspunktet i dekningsloven § 2-2 for å avgrense kreditorenes beslagsadgang. Ved vurderingen av hvordan dekningsloven § 2-2 skal forstås i mangel av rettsvernsregler, kan det kanskje være nyttig å trekke vekslar på en substansiell tilnærming til eiendomsretten, nettopp for å unngå å «teikna avgjerda på blankare ark». ⁴⁵⁹ Jeg synes derfor ikke, som *Andenæs*, at det er en «smakssak» hvorvidt løsninger på ulovfestede rettighetskollisjoner forankres i dekningsloven § 2-2 eller «selvstendig supplerende regler». ⁴⁶⁰ Den rettslige forankringen for løsningen bør være basert på et vel overveid valg, ettersom valg av rettslig forankring potensielt kan ha metodiske implikasjoner. Med *Baldersheims* terminologi er det et spørsmål om det metodisk sett er ønskelig med «total fragmentering» eller en «hovudregel [...] med unntak». ⁴⁶¹ Etter mitt skjønn vil hensynet til forutberegnelighet styrkes dersom rettsanvenderen tilnærmer seg dekningsloven § 2-2 substansielt når det ikke foreligger en lovfestet kreditorvernregel som kan supplere bestemmelsen. Norsk rett kan derfor være tjent med å anse den substansielle og funksjonelle tilnærming til eiendomsretten som *alternative* tilnærminger til eiendomsretten – og ikke gjensidig ekskluderende tilnærminger – som begge kan tilby nyttige innfallsvinkler når

⁴⁵⁷ Baldersheim: «Til spørsmålet om eigedomsrettens overgang» s. 163.

⁴⁵⁸ Baldersheim: «Til spørsmålet om eigedomsrettens overgang» s. 162.

⁴⁵⁹ Baldersheim: «Til spørsmålet om eigedomsrettens overgang» s. 162.

⁴⁶⁰ Andenæs: *Konkurs* s. 156.

⁴⁶¹ Baldersheim: «Til spørsmålet om eigedomsrettens overgang» s. 162.

en rettighetskollisjon skal løses. Kanskje er det plass for en slik hybridmodell, som trekker veksler både på en funksjonell og en substansiell tilnærming til eiendomsretten, i norsk rett?

5 GRUNNTREKK VED KREDITORVERNREGLER

5.1 Innledning

I kapittel 1 har jeg presentert temaet og problemstillingene for avhandlingen. I kapittel 2-4 har jeg forsøkt å plassere avhandlingens tema i en bredere rettslig kontekst. I de kommende kapitlene vil jeg gå over til å undersøke avhandlingens problemstillinger, nemlig *om*, *når* og *hvordan* kreditorvern kan etableres etter gjeldende norsk rett. Spørsmålene kan ikke besvares generelt. Hjemmelsgrunnlagene for å etablere kreditorvern er spredt i ulike lover. Det kan også tenkes at det eksisterer ulovfestede kreditorvernregler, jf. punkt 5.4 og 8.2.1. Hjemmelsgrunnlagene for å etablere kreditorvern er følgelig fragmenterte i norsk rett, jf. punkt 1.3.2.⁴⁶² Adgangen til, samt vilkårene for, å etablere kreditorvern kan variere på bakgrunn av hvilket stiftelsesgrunnlag, formuesgode og hvilken formuesrettighet som er gjenstand for undersøkelse.

De fragmenterte hjemmelsgrunnlagene for å etablere kreditorvern medfører at det er vanskelig å strukturere en analyse av spørsmålene *om*, *når* og *hvordan* kreditorvern kan etableres etter gjeldende norsk rett, jf. punkt 1.1. Enkelte generelle trekk gjør seg imidlertid gjeldende for de ulike rettsvernsaktene. Av denne grunn struktureres avhandlingens hoveddel etter hvilken rettsvernsakt som må foretas for å etablere kreditorvern. Strukturen tar utgangspunkt i de tre alminnelige rettsvernsaktene i norsk rett: Rettsregistrering, overlevering og notifikasjon.⁴⁶³

I de videre punktene i dette kapitlet vil jeg gjennomgå noen tema som er felles for kreditorvernreglene. Disse temaene kan omtales som enkelte grunntrekk ved kreditorvernreglene. Disse grunntrekkene danner et bakteppe for drøftelsene av de ulike rettsvernsaktene. I punkt 5.2 redegjøres det for kreditorvernreglenes positivrettslige og preseptoriske karakter, før jeg i punkt 5.3 drøfter noen minstevilkår som må være oppfylt for å oppnå kreditorvern. Avslutningsvis i punkt 5.4 vil jeg undersøke adgangen til å etablere ulovfestede kreditorvernregler.

⁴⁶² Se von Bar og Clive (red.): *DCFR. Full Edition*, volum 5 s. 4438 hvor følgende står om svensk, dansk, norsk og finsk rett: «The property law rules in these legal systems are based on fragmented legislation and court practice.»

⁴⁶³ For en lignende struktur, se Lilleholt: *Allmenn formuerett* kapittel 13-15.

5.2 Kreditorvernreglens positivrettslige og preseptoriske karakter

5.2.1 Innledning

Reglene om kreditorerklæringsforbud er i stor grad positivrettslige og preseptoriske.⁴⁶⁴ At reglene er positivrettslige innebærer at kreditorvern som utgangspunkt bare kan etableres på den fremgangsmåten som foreskrives i loven. At kreditorvernreglene er preseptoriske betyr at to parter ikke kan begrense kreditorenes beslags- og erklæringsadgang gjennom en avtale *inter partes*, jf. punkt 5.2.4.⁴⁶⁵ I de følgende punktene skal jeg forsøke å vise hvordan kreditorvernreglens positivrettslige (punkt 5.2.2 og 5.2.3) og preseptoriske (punkt 5.2.4) karakter har kommet til uttrykk i lovgivning og rettspraksis.

5.2.2 Adgangen til å oppstille ulovfestede unntak

«Å gi et prinsipielt riktig og rimelig resultat på båten av retts tekniske grunner er i og for seg lite tilfredsstillende.»

Sjur Lindebrække, «Eiendomsrett og konkursbeslag», Bergen 1946 s. 17

Høyesterett har en rekke ganger de senere årene understreket at ulovfestede kreditorvernregler gjelder absolutt.⁴⁶⁶ Det åpnes i liten grad for at suksessor kan føre bevis for at transaksjonen er notorisk og lojal overfor kreditorene dersom den ulovfestede rettsvernsakten ikke er gjennomført.⁴⁶⁷ Konsekvensen av kreditorvernreglens absolutte karakter er ofte at det er liten adgang til å tolke kreditorvernreglene innskrenkende eller oppstille ulovfestede unntak fra ulovfestede kreditorvernregler. Overgangen mellom en innskrenkende tolkning og et ulovfestet

⁴⁶⁴ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 705. Se også førstvoterendes uttalelse i Rt. 1997 s. 645 på s. 650 (dissens 3-2): «Både panteretten og konkursretten er i høy grad positivrettslig bestemt, og etter min mening bør rettsdannelsen her være det, fordi det er viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å holde seg til. Det er også vanskelig på grunnlag av en enkeltstående sak å ha full oversikt over de reelle hensyn som kan gjøre seg gjeldende.» For en kritikk av førstvoterendes votum i Rt. 1997 s. 645, se Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 276.

⁴⁶⁵ NOU 1972:20 s. 310.

⁴⁶⁶ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054, Rt. 1998 s. 268 på s. 275 og HR-2017-33-A, avsnitt 32. Se også Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 265.

⁴⁶⁷ Rt. 2002 s. 1484 på s. 1487 og Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 663.

unntak kan være flytende, uten at jeg går nærmere inn på denne sondringen her.⁴⁶⁸ Om rettsvernsreglernes absolutte karakter skriver *Sjur Brækhus* følgende:

«Notoritetskravet må være absolutt. Notoritetsreglene skal ikke bare yte et vern mot de klare tilfeller av svik; de vil også lette behandlingen av de frynsede mellomtilfeller. Her kan man si at reglene virker preventivt: Hvis partene mener det alvorlig må de komme til en klar avgjørelse og få ordnet med den påbudte notoritetsakt, ellers vet de at det hele 'ryker'.»⁴⁶⁹

Bakgrunnen for at de lovfestede rettsvernsreglene er positivrettslig kan søkes i noen grunnleggende forutsetninger for gjeldsforfølgning.⁴⁷⁰ Kreditorerne lider et tap ved debtors konkurs, ettersom insolvens er et vilkår for konkurs når debitor eller en fordringshaver begjærer skyldneren konkurs, jf. konkursloven § 60, jf. § 61. Det formelle utgangspunktet ved gjeldsforfølgning er at usikrede kreditorer skal likebehandles.⁴⁷¹ En kreditor har imidlertid adgang til å skaffe seg en særegen rett til dekning, med prioritet foran øvrige kreditorer, for eksempel gjennom å skaffe seg en panterett. For å unngå en vilkårlig forfordeling av enkelte av kreditorerne, og for å fremme en så effektiv beslagsform som mulig, er det viktig å ha klare regler om innbyrdes prioritet mellom kreditorerne, herunder hvordan en kreditor kan skaffe seg en dekningsprioritet foran øvrige kreditorer. Klare prioritetsregler bidrar dermed til å redusere tvistenivået ved gjeldsforfølgning. For aktuelle erververe er det også viktig å kunne vite når et formuesgode er beheftet med rettigheter som kan svekke formuesgodets verdi.⁴⁷²

Kreditorvernreglernes positivrettslige karakter har blitt fremhevet av Høyesterett i blant annet Rt. 1995 s. 1181, Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268. Disse dommene gjennomgås i det følgende. I tillegg vil jeg fremsette noen korte merknader til HR-2017-33-A (Forusstranda-dommen). Hensikten med gjennomgangen er å vise hvordan kreditorvernreglernes positivrettslige karakter kommer til uttrykk i høyesterettspraksis ved vurderingen av om det er

⁴⁶⁸ Marthinussen synes for eksempel å tolke Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 som et uttrykk for at Høyesterett ikke tolket rettsvernsbestemmelser innskrenkende, se *Tredjemannsproblemene* s. 212. Andenæs synes også å mene at dommene er et uttrykk for at Høyesterett tar avstand fra å tolke reglene innskrenkende, men han uttrykker også at dommene er et uttrykk for at Høyesterett har en avvisende holdning til å innfortolke unntak fra rettsvernsreglene, se *Konkurs* s. 246. Lilleholt synes å tolke dommene som et uttrykk for at Høyesterett ikke vil åpne for unntak fra rettsvernsreglene, se *Allmenn formuerett* s. 36. Det er trolig tale om språklige forskjeller, og ikke en begrepsbruk som sikter til ulike rettslige oppfatninger.

⁴⁶⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 44.

⁴⁷⁰ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroererv* s. 661, Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 153-155, Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 186 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 46 og 48.

⁴⁷¹ Andenæs: *Konkurs* s. 11.

⁴⁷² Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 48

adgang til å oppstille unntak fra lovfestede kreditorvernregler.⁴⁷³ Det kan kanskje spores en utvikling i retning av at Høyesterett har inntatt en mer positivistisk holdning til rettsvernsreglene i etterkant av Rt. 1995 s. 1181. Etter gjennomgangen av dommene vil jeg derfor vurdere den rettskildemessige betydningen av Rt. 1995 s. 1181 i lys av den etterfølgende praksisen fra Høyesterett.

Rt. 1995 s. 1181 omhandlet hvorvidt en bank hadde etablert kreditorvern for et driftstilbehørpant. Faktum var at et selskap som drev vedlikehold innenfor oljenæringen, Norblast AS, hadde ervervet en eiendom, Revheimsveien 78, i den hensikt å utvide virksomheten sin. Bergen Bank, senere DnB, hadde et driftstilbehørpant på den opprinnelige eiendommen til virksomheten, Pedersgate 93, som skulle dekke et lån på kr 5.000.000,-. Da Norblast ervervet Revheimsveien 78, fikk Rogalandsbanken et driftstilbehørpant på eiendommen til sikkerhet for et lån på kr 2.600.000,-.

Etter en stund gikk Norblast konkurs. Det oppstod tvist mellom DnB og Rogalandsbanken om fordelingen av deler av midlene som konkursboet hadde drevet inn. Høyesterett måtte ta stilling til to spørsmål. Det første spørsmålet var om Rogalandsbanken hadde etablert kreditorvern for driftstilbehørpantet som knyttet seg til virksomheten i Revheimsveien 78. Det andre spørsmålet var om driftstilbehørpantet i Revheimsveien 78 var gyldig stiftet. Det andre spørsmålet gjennomgås ikke nærmere her ettersom spørsmålet ikke relaterer seg til kreditorvern.

Høyesterett tok utgangspunkt i den dagjeldende panteloven § 3-6 første ledd. Etter panteloven § 3-6 første ledd fikk driftstilbehørpant rettsvern ved at panteretten ble tinglyst på «den eller de» faste eiendommen(e) til virksomheten. Bestemmelsen har senere blitt endret slik at driftstilbehørpant nå er løsrevet fra pant i fast eiendom og får rettsvern ved tinglysing på eierens blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 3-6. Driftstilbehørpantet til Rogalandsbanken hadde bare blitt tinglyst på ett av tre bruksnummer i Revheimsveien 78. Bruksnummeret som driftstilbehørpantet var tinglyst på, utgjorde 3173 m², mens de to resterende bruksnumrene utgjorde 69 m² og 139 m². Høyesterett måtte ta stilling til om kreditorvern var etablert for driftstilbehørpantet når pantet bare var tinglyst på ett av tre bruksnummer til virksomhetens eiendom.

Som utgangspunkt for sin drøftelse uttalte førstvoterende at:

⁴⁷³ Det kan være en glidende overgang mellom en innskrenkende tolkning og et ulovfestet unntak. Spørsmålet kan derfor også tenkes å bli formulert som et spørsmål om lovfestede kreditorvernregler kan tolkes innskrenkende, se for eksempel Marthinussen: «Tredjemannsproblemene» s. 212. Det er neppe av rettslig betydning om tolkningen av en kreditorvernregel karakteriseres som innskrenkende, eller om tolkningen forutsetter et ulovfestet unntak.

«Det er således et klart utgangspunkt at når virksomheten drives over flere bruksnummer, må samtlige tas med i pantsettelsen, og denne må tinglyses på dem alle for at driftstilbehørspantet skal få rettsvern.»⁴⁷⁴

På tross av dette utgangspunktet, mente førstvoterende at:

«Men ordlyden kan ikke i seg selv anses til hinder for at det gjøres unntak fra dette utgangspunktet. Skal det gjøres unntak, oppstår det imidlertid spørsmål om rekkevidden av disse.»⁴⁷⁵

Til spørsmålet om det skulle være adgang til å gjøre unntak fra rettsvernsregelen i panteloven § 3-6 i den foreliggende saken, uttalte førstvoterende følgende:

«[G]lipp av denne karakter kan være vanskelige å unngå; det viser både den foreliggende sak og de øvrige saker som er dokumentert. Jeg tilføyer at det synes tvilsomt hvor langt en streng praksis vil kunne motivere kredittysterne til grundigere undersøkelser. De vil ha en sterk oppfordring til slike undersøkelser allerede for å unngå de problemer som kan følge av at rettsvernet for panteretten i den faste eiendom eller leieretten blir begrenset til det eller de bruksnummer den er tinglyst på. Det er i og for seg velkjent at rettsvernsregler undertiden kan føre til resultater som virker hårde, og at domstolene likevel ikke kan unnlate å anvende reglene. Når jeg likevel mener at det i saker som den foreliggende kan være grunn til en mindre streng anvendelse, henger det særlig sammen med at de hensyn rettsvernsreglene skal vareta, her ikke gjør seg gjeldende med vanlig styrke.»⁴⁷⁶

I sin videre drøftelse fremhevet førstvoterende at det var særlig hensynene til notoritet og publisitet som skulle ivaretas gjennom rettsvernsreglene.⁴⁷⁷ Førstvoterende mente disse hensynene var godt ivaretatt gjennom den tinglysingen som hadde skjedd på virksomhetens største bruksnummer, og mente at formålet bak rettsvernsregelen i panteloven § 3-6 talte for at rettsvern ble etablert da panteretten ble «tinglyst på det eller de bruksnummer som er av mest sentral betydning for bedriftens virksomhet, og som kan sies å utgjøre kjernen av virksomheten».⁴⁷⁸ Det ble dermed konkludert med at pantehaver hadde etablert kreditorvern i driftstilbehørspantet gjennom tinglysingen på det største av virksomhetens tre bruksnummer.

⁴⁷⁴ Rt. 1995 s. 1181 på s. 1185.

⁴⁷⁵ Rt. 1995 s. 1181 på s. 1185.

⁴⁷⁶ Rt. 1995 s. 1181 på s. 1187.

⁴⁷⁷ Rt. 1995 s. 1181 på s. 1187.

⁴⁷⁸ Rt. 1995 s. 1181 på s. 1188.

Høyesterett kan i Rt. 1995 s. 1181 ved første øyekast synes å åpne for at det kan tenkes unntak fra lovfestede kreditorvernregler i tilfeller hvor notoriteten og publisiteten omkring rettighetsstiftelsen er ivaretatt. Det er likevel flere grunner til at avgjørelsen i Rt. 1995 s. 1181 neppe kan tolkes i en så generell retning. For det første er det usikkert om typetilfellet som dommen omhandlet, har noen overføringsverdi til tolkningen av andre rettsvernsregler. Panthaver hadde i Rt. 1995 s. 1181 forsøkt å etablere kreditorvern på den lovfestede måten, men hadde ved en feil unnlatt å tinglyse pantet på alle de nødvendige eiendommene. Det var en nær funksjonell sammenheng mellom eiendommen hvor varelagerpantet ble tinglyst, og de to eiendommene hvor varelagerpantet ikke ble tinglyst.⁴⁷⁹ Eventuelle interessenter i eiendommene ville derfor kunne gjort seg kjent med varelagerpantet, selv om det ikke var tinglyst på de to minste eiendommene. Høyesterett ville ikke tilkjent panthaver kreditorvern dersom panthaver hadde unnlatt å tinglyse varelagerpantet på det største bruksnummeret til virksomheten.

For det andre har bestemmelsen som var gjenstand for drøftelse i Rt. 1995 s. 1181, blitt endret i etterkant av dommen. Dommen er derfor mest av rettshistorisk betydning.⁴⁸⁰ Enkelte av uttalelsene om tolkningen av rettsvernsbestemmelser i Rt. 1995 s. 1181 er imidlertid så generelle at de ikke knytter seg direkte opp mot den tidligere versjonen av panteloven § 3-6. De generelle uttalelsene om hvordan rettsvernsregler skal tolkes, herunder adgangen til å innfortolke unntak dersom notoritet og publisitet er ivaretatt gjennom de tiltak rettighetshaver har foretatt seg, kan tenkes å være relevant også ved tolkningen av andre rettsvernsbestemmelser.

Høyesterett har aldri eksplisitt tatt avstand fra resultatet i Rt. 1995 s. 1181. På tross av at Rt. 1995 s. 1181 ikke har blitt tilsidesatt, understrekes den positivrettslige karakteren til rettsvernsreglene mye tydeligere i en rekke dommer som etterfulgte Rt. 1995 s. 1181. Flere i teorien har derfor tatt til orde for at de etterfølgende dommene i blant annet Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 har vært med å begrense prejudikatverdien til Rt. 1995 s. 1181.⁴⁸¹ I de etterfølgende dommene utviser Høyesterett en mye mer reservert holdning til å åpne for unntak fra de lovfestede kreditorvernreglene.

I Rt. 1997 s. 1050 hadde en kjøper av nytegnede aksjer ikke fått registrert aksjeervertet på sin verdipapirkonto da selger gikk konkurs. Den gamle verdipapirsentralloven § 5-3 første ledd

⁴⁷⁹ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 270-271.

⁴⁸⁰ Slik også Andenæs: *Konkurs* s. 246, se fotnote 4.

⁴⁸¹ Andenæs: *Konkurs* s. 246, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 48 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 759.

første punktum krevde at registrering måtte skje «senest dagen før konkursåpningen ble registrert» for at ervervet skulle ha rettsvern. Det var ikke tvilsomt at kjøper hadde betalt for aksjene og var reell eier av aksjene da selger gikk konkurs. Bakgrunnen for at registrering ikke hadde skjedd, var at aksjene ved en glipp hadde blitt registrert på selgers verdipapirkonto. Selgers kontofører nektet å overføre aksjene fra selgers verdipapirkonto til kjøpers verdipapirkonto, på tross av at selger hadde gitt kontofører instruksjoner om at aksjene skulle overføres til kjøpers konto. Dette skyldtes at kontoføreren feilaktig mente de hadde pant i aksjene som var registrert på selgers VPS-konto. Selgeren gikk etter hvert konkurs. Konkursboet til selger ønsket å ta beslag i aksjene ettersom kjøper ikke hadde fått registrert aksjene på sin VPS-konto, jf. gamle verdipapirsentralloven § 5-3 første ledd første punktum. Kontofører nektet imidlertid å frigi aksjene til konkursboet. Selgers konkursbo gikk til sak mot kontofører. Konkursboet krevde erstatning for at aksjene ikke hadde blitt frigitt av kontoføreren til boet etter konkursåpningen. Krav om utlevering av aksjene hadde blitt frafalt ettersom aksjene var verdiløse da saken kom opp til behandling i Høyesterett. Spørsmålet som Høyesterett måtte behandle var om konkursboet hadde rett til å kreve utlevert aksjene på bakgrunn av den gamle verdipapirsentralloven § 5-3.⁴⁸²

Det rettslige spørsmålet som tvisten aktualiserte, var om selgers konkursbo måtte respektere kjøper sitt erverv av aksjene, på tross av at aksjene ikke var registrert på kjøpers verdipapirkonto ved konkursåpningen. Dersom selgers konkursbo måtte respektere kjøpers erverv, ville ikke kontoføreren vært forpliktet til å overføre aksjene til konkursboet. I sin tolkning av verdipapirsentralloven § 5-3 første ledd første punktum uttalte andrevoterende, som representerte flertallet i Høyesterett, at:

«Den ankende part synes å anføre at rettsvernsreglene i verdipapirsentralloven § 5-3 og tinglysningsloven § 23 generelt kan tolkes innskrenkende for tilfeller der hensynet til notoritet er varetatt, og det ikke foreligger noen kredittgivning. Som førstvoterende mener jeg at dette ikke kan føre frem. Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene. Etter min mening må dette føre til at heller ikke

⁴⁸² For ordens skyld nevnes at kjøperen av aksjene hadde blitt tilkjent erstatning fra kontoføreren i en tidligere avgjørelse fra Høyesterett (Rt. 1993 s. 1464). Bakgrunnen for erstatningskravet var at kontoføreren urettmessig hadde nektet å overføre aksjene til kjøper.

de temmelig spesielle forhold som foreligger i vår sak, og som førstvoterende legger avgjørende vekt på, gir grunnlag for noen innskrenkende tolking av verdipapirsentralloven § 5-3. Regelen om at registrering er et vilkår for at aksjeervertet skal ha rettsvern overfor konkursboet, må dermed kunne gjøres gjeldende overfor Oslobanken.»⁴⁸³

Konsekvensen av flertallets tolkning av verdipapirsentralloven § 5-3 var at kontoføreren hadde en plikt til å utlevere aksjene til selgers konkursbo. Spørsmålet om de øvrige erstatningsvilkår var til stede, herunder spørsmålet om utmåling, var ikke gjenstand for behandling. Mindretallet på to dommere var enig i at rettsvernsregler måtte tolkes etter «en meget restriktiv linje».⁴⁸⁴ Likevel mente mindretallet at registreringskravet i verdipapirsentralloven § 5-3 ikke kunne være absolutt, og mente de spesielle saksforholdene burde åpnet for unntak fra bestemmelsen. De saksforholdene som mindretallet vektla, var at det manglende rettsvernet skyldtes kontoførers rettsstridige adferd, det faktum at saken gjaldt rettsvern overfor et konkursbo, og ikke en godtroende omsetningsserverver, samt at aksjene stod på en pantsatt konto, slik at de utad ikke fremstod som selgers frie aktiva.⁴⁸⁵

Det var klart i Rt. 1997 s. 1050 at oppgjøret mellom selger og kjøper hadde funnet sted, samt at dette oppgjøret ikke hadde kreditorsskadelige formål. Videre hadde både selger og kjøper gjort det som var mulig for å få selgers kontofører til å overføre verdipapirene til kjøpers verdipapirkonto. Det var rettsstridig adferd fra kontoføreres side som medførte at kjøper ikke fikk etablert kreditorvern før konkursåpningen. Manglende rettsvern skyldtes følgelig ikke forsømmelser fra avtalepartene, men kontoføreren. Likevel opprettholdt Høyesterett at registrering på kjøpers VPS-konto var nødvendig for å etablere kreditorvern. Flertallet i Rt. 1997 s. 1050 la dermed opp til en meget restriktiv adgang for å etablere ulovfestede unntak fra lovfestede kreditorvernregler. Selv om kreditorvernreglenes absolutte karakter også ble fremhevet i Rt. 1995 s. 1181, synes Rt. 1997 s. 1050 å medføre en innstramming av adgangen til å oppstille unntak fra lovfestede kreditorvernregler.

Rt. 1998 s. 268 omhandlet en motoryacht (M/Y Dorian Grey) som ble kondemnert etter en brann i desember 1994. Båten var kaskoforsikret i Gjensidige Forsikring. Den norske Bank (DnB) var medforsikret i Dorian Grey. I skipsregisteret hadde DnB registrert tre

⁴⁸³ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054-1055

⁴⁸⁴ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1053.

⁴⁸⁵ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054. For en kritikk av mindretallets votum, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 45* (petit).

pantobligasjoner i Dorian Grey på første, annen og tredje prioritet. Pålydende på pantobligasjonene var henholdsvis kr 2.970.000, kr 1.900.000 og kr 150.000.

Etter avtale mellom DnB og Gjensidige skulle forsikringssummen på 2.500.000 kroner utbetales direkte til DnB. Forutsetningen for utbetalingen var at DnB skulle sørge for å slette DnB sine panteheftelser fra skipsregisteret, samt et utleggspant fra Kemneren i Oslo og et utleggspant fra Skattefogden i Oslo og Akershus. Skipsvraket skulle deretter bli stilt til Gjensidiges disposisjon, fri for heftelser. Den 27. april 1995 sendte DnB anmodning til skipsregisteret om at pantobligasjonene deres i Dorian Grey måtte slettes. Den 2. mai 1995 overførte Gjensidige forsikringssummen til DnB. Det var ikke omtvistet at Gjensidige ble eier av skipsvraket ved utbetalingen av forsikringssummen, jf. den dagjeldende versjonen av Norsk Sjøforsikringsplan § 102 første ledd. Den 3. mai 1995 gikk rederiet som eide Dorian Grey, Cruise Charter AS, konkurs. Først 5. mai 1995 ble DnBs pantobligasjoner slettet fra skipsregisteret. Det oppstod tvist mellom Cruise Charters konkursbo og Gjensidige om hvem som hadde best prioritet i skipsvraket.

Høyesterett drøftet to anførsler. Den første anførselen var om Gjensidige hadde overtatt DnBs pantobligasjoner ved utbetaling av forsikringen. Høyesterett konkluderte med at Gjensidige ikke hadde overtatt DnBs pantobligasjoner. Denne drøftelsen knyttet seg til en tolkning av Norsk Sjøforsikringsplan og adgangen til å ha pant i egen gjenstand. Drøftelsen kommenteres ikke nærmere her ettersom den er av mindre relevans for avhandlingens tema.

Den andre anførselen som Høyesterett måtte ta stilling til, var om Gjensidiges eiendomsrett i skipsvraket var vernet mot Cruise Charters konkursbeslag. I utgangspunktet må rettigheter i et skip registreres i skipsregisteret senest dagen før konkursåpning for at rettigheten skal nyte kreditorvern, jfr. sjøloven § 25 første ledd. Gjensidige hadde ikke registrert sin eiendomsrett i skipsregisteret tidsnok. Spørsmålet var derfor om Gjensidige hadde vern for eiendomsretten til skipsvraket overfor konkursboet, på tross av at rettsvernsakten i sjøloven § 25 første ledd ikke var gjennomført.

Høyesterett poengterte innledningsvis at de sentrale hensynene bak registreringskravet i sjøloven § 25 første ledd var notoritetshensynet og hensynet til å unngå kreditorsvik. Førstvoterende uttalte at det var «sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her».⁴⁸⁶ Videre mente førstvoterende at dersom Høyesterett først åpnet opp for et ulovfestet unntak, «vil man nokså snart komme inn i meget problematiske

⁴⁸⁶ Rt. 1998 s. 268 på s. 275.

grensedragninger». ⁴⁸⁷ Hensynet «til en objektiv og retts teknisk enkel løsning» ble også fremhevet. ⁴⁸⁸ Førstvoterende viste også til at Rt. 1997 s. 1050 støtte opp under at rettsvernsreglene måtte tolkes strengt. Konklusjonen ble dermed at Gjensidige ikke hadde rettsvern for sin eiendomsrett i Dorian Grey overfor Cruise Charters konkursbo. Dommen var enstemmig.

I Rt. 1998 s. 268 var det ikke tvilsomt at Gjensidige hadde fått eiendomsretten til skipsvraket ved utbetalingen av forsikringssummen på bakgrunn av bestemmelsene i Norsk Sjøforsikringsplan. Det var heller ikke tvilsomt at Gjensidige hadde utbetalt forsikringen på tidspunktet Cruise Charter gikk konkurs. Omstendighetene i Rt. 1998 s. 268 var svært uheldig for Gjensidige, ettersom konkurs inntraff dagen etter utbetalingen av forsikringen, og dermed også før Gjensidige hadde fått overført hjemmelen til skipsvraket. Forsikringssummen var fastsatt i en standard forsikringsavtale, og Gjensidige hadde følgelig ikke mulighet til å betale underpris for skipsvraket i et forsøk på å unndra midler fra kreditorene. Selv om ervervet var basert på en standard forsikringsavtale, ble registrering i skipsregisteret ansett nødvendig for å etablere kreditorvern. Dommen videreførte dermed den svært positivistiske holdningen til kreditorvernreglene som Høyesterett la opp til i Rt. 1997 s. 1050.

Høyesterett betonet i både Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 at hensynet til notoritet er et sentralt hensyn bak de lovfestede kreditorvernreglene. Det ble likevel ikke vektlagt at de konkrete disposisjonene som ble vurdert i saken utvilsomt var reelle og etterprøvbare. I stedet valgte Høyesterett å vektlegge det som førstvoterende i Rt. 1998 s. 268 omtalte som «[h]ensynet til en objektiv og retts teknisk enkel løsning». ⁴⁸⁹ Det kan derfor synes som om hensynet til notoritet kan ha litt ulik betydning fra henholdsvis et lovgiverperspektiv og fra perspektivet til rettsanvender. Fra et lovgiverperspektiv står lovgiver fritt til å velge hvilken handling som må gjennomføres for at en disposisjon skal kunne karakteriseres som notorisk. For rettsanvenderen kan imidlertid hensynet til notoritet bare tilfredsstilles gjennom at den lovfestede rettsvernsakten gjennomføres. ⁴⁹⁰ Det er følgelig, som det klare utgangspunkt, ikke tilstrekkelig at disposisjonen er etterprøvbar på andre måter enn den som er foreskrevet i lov.

⁴⁸⁷ Rt. 1998 s. 268 på s. 275.

⁴⁸⁸ Rt. 1998 s. 268 på s. 275.

⁴⁸⁹ Rt. 1998 s. 268 på s. 275

⁴⁹⁰ For kritiske betraktninger om denne bruken av notoritetshensynet, se Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorkestinksjon» s. 256.

Høyesterett har senest i HR-2017-33-A gjentatt behovet for en firkantet og absolutt tolkning av rettsvernsreglene. Høyesterett uttalte om rettsvernsregelen i tinglygingsloven § 23 følgende:

«Regelen innebærer at den som ved avtale erverver eiendomsrett eller andre rettigheter knyttet til fast eiendom, må tinglyse sitt erverv for at retten skal være sikret mot avhenders kreditorer dersom avhenderen går konkurs. Formålet med bestemmelsen er å hindre kreditorsvik. Det vil generelt være en risiko for at den som er konkurs, eller står i fare for å bli slått konkurs, vil forsøke å holde eiendeler utenfor kreditorenes beslag ved uriktig å hevde at eiendeler for eksempel er solgt eller pantsatt. Det er derfor nødvendig å kreve sikker dokumentasjon for de disposisjonene som er foretatt, blant annet når det gjelder innhold og tidspunkt for disposisjonen. Dette betegnes som krav om notoritet. Behovet for notoritet ivaretas gjennom lovens krav om tinglysing.

Ekstinksjonsregelen i § 23 er absolutt. Den gjelder selv om det i det konkrete tilfellet ikke er tvil om at konkursdebitor ved konkursen ikke hadde eiendomsrett, for eksempel fordi en eiendom er solgt. Er en rett ikke tinglyst, går den inn i konkursboet selv om notoriteten i det konkrete tilfellet kan synes å være sikret på annen måte, for eksempel gjennom fremleggelse av avtaledokumenter. Dersom rettsvern gjennom tinglysing ikke foreligger i et tilfelle der § 23 krever dette, er det ingen plass for supplerende vurderinger for eksempel ut fra rimelighet, se blant annet Rt-1997-1050 og Rt-1998-268.»⁴⁹¹

Høyesterett uttaler seg betingelsesløst i HR-2017-33-A: Tinglygingsloven § 23 *er* absolutt. I Rt. 1997 s. 1050 ble det uttalt at en absolutt tolkning av rettsvernsreglene bare gjaldt som det «klare utgangspunkt». ⁴⁹² HR-2017-33-A kan derfor tenkes å representere en ytterligere innstramming av rettsvernsreglenes positivrettslige karakter. Jeg mener imidlertid det kan drøftes om Høyesterett skal tas helt på ordet når det uttales at rettsvernsreglene skal gjelde «absolutt» i HR-2017-33-A. Høyesterett drøftet i HR-2017-33-A om kreditorvern kunne etableres gjennom den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd, jf. punkt 7.12. Høyesterett konkluderte med at den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd ikke kom til anvendelse i den konkrete saken. Det er likevel paradoksalt at Høyesterett i det hele tatt drøftet om kreditorvern kunne anerkjennes etter den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd, dersom Høyesterett

⁴⁹¹ HR-2017-33-A, avsnitt 31-32.

⁴⁹² Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054.

faktisk mente at kreditorvern utelukkende kunne etableres på den måten som tinglysingsloven § 23 foreskrev.⁴⁹³

Høyesterettspraksis er forholdsvis entydig: Det klare utgangspunktet er at lovfestede kreditorvernregler ikke kan suppleres med ulovfestede kreditorvernregler. Dersom suksessors erverv faller innenfor virkeområdet til en lovfestet kreditorvernregel, vil adgangen til å tolke kreditorvernregelen innskrenkende eller supplere den med en ulovfestet kreditorvernregel, være svært liten.⁴⁹⁴ De spesielle saksforholdene i Rt. 1995 s. 1181 tilsier at det bør utvises forsiktighet med å trekke slutninger fra dommens premisser med en generell rekkevidde. Likevel kan det ikke utelukkes at det kan gjøres unntak fra lovfestede rettsvernsregler i enkelte snevre unntakstilfeller, se for eksempel nærmere om selvstendig rettsvernshevd i punkt 7.12.

Det kan *de lege ferenda* diskuteres om Høyesteretts tolkning av de lovfestede rettsvernsreglene er i overkant kreditorvennlig.⁴⁹⁵ Formålet med rettsvernsreglene er å forhindre kreditorsvik.⁴⁹⁶ I et forsøk på å forhindre kreditorsvik synes det som om Høyesterett har overdrevet behovet for å tolke kreditorvernregler strengt og firkantet. Det har ført til forholdsvis ekstreme resultater, som for eksempel i Rt. 1997 s. 1050. Slik jeg vurderer Rt. 1997 s. 1050, var det umulig for suksessor å etablere kreditorvern: Kontofører nektet å overføre de ervervede aksjene til kjøpers VPS-konto, på tross av gjentatte instruksjoner fra både selger og kjøper. Det kan diskuteres om en så drakonisk tolkning av kreditorvernreglene er berettiget, se nærmere om dette i punkt 10.3.⁴⁹⁷

5.2.3 Adgangen til å foreta utvidende tolkninger og analogier

Dersom en kreditorvernregel kommer til anvendelse på et tilfelle som egentlig faller utenfor virkeområdet til bestemmelsen, tolkes bestemmelsen utvidende eller analogisk.⁴⁹⁸ Det kan være flere grunner til at et tilfelle faller utenfor kreditorvernregelens virkeområde. Det kan for eksempel tenkes at enkelte typer stiftelsesgrunnlag eller rettighetstyper ikke omfattes av ordlyden i en lovfestet kreditorvernregel. Konsekvensen av at en kreditorvernregel tolkes utvidende vil være ulik for henholdsvis kreditorene og suksessor. For kreditorene vil virkningen

⁴⁹³ Se HR-2017-33-A, avsnitt 49-64.

⁴⁹⁴ Marthinussen: «Ulovfestet ekstinksjon» s. 26, Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.3 og Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 265-271. I generell retning, se Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 166.

⁴⁹⁵ Se også Falkanger: «Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler» s. 491 hvor Falkanger – som selv var med i utvalget som gjennomgikk tinglysingsreglene i NOU 1982:17 – skriver følgende om rettsvernsreglene i tinglysingsloven: «Jeg tar ikke avstand fra det jeg var med på i NOU 1982:17, men mener at reglene nok fortjener å bli noe mer kritisk vurdert.»

⁴⁹⁶ Se bl.a. HR-2017-33-A, avsnitt 40: «Formålet med bestemmelsen i tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum er som påpekt å hindre kreditorsvik.»

⁴⁹⁷ Se også Røsæg: «Fire kjetteriske tanker om kreditorekstinksjon» s. 256.

⁴⁹⁸ Bjarte Askeland: «Om analogi og abduksjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 4-5/2004 (volum 117) s. 499-547 på s. 501, Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 23 og Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 300.

være at suksessors rettighet *kan* ekstingveres, forutsatt at suksessor ikke har gjennomført rettsvernsakten som oppstilles i bestemmelsen som tolkes utvidende eller analogisk. For suksessor vil en utvidende tolkning av en kreditorvernregel medføre at suksessor må gjennomføre rettsvernsakten som bestemmelsen oppstiller for å verne seg mot kreditorrekstinksjon, selv om ervervet som utgangspunkt faller utenfor ordlyden i bestemmelsen. Spørsmålet som drøftes i det følgende er om, og eventuelt hvilken, adgang rettsanvenderen har til å tolke kreditorvernregler utvidende.

Grensen mellom utvidende tolkning og analogi er flytende, se Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 23 og s. 67 og Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 300. Det kan derfor være vanskelig å identifisere om det er en utvidende tolkning eller en analogi som er den anvendte tolkningsformen. Grensen mellom utvidende tolkning og analogi trenger imidlertid ikke trekkes klart, ettersom de samme vurderingene gjør seg gjeldende for begge tolkningsformene. Knut Bergo synes for eksempel å sidestille utvidende og analogisk tolkning, se Knut Bergo: *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000 s. 293:

«Både utvidende og analogisk lovtolkning er eksempler på at en tekst – typisk en lov – anses for å stå for noe mer enn det den rent språklig sier eller var ment å si fra lovgivers side. Det kan være at HR oppfatter teksten som et utgangspunkt for løsningen av det beskrevne og lignende tilfeller, mer som en eksakt språklig grensedragnings. Loven kan forstås som et paradigme-eksempel eller normativt mønster som kan brukes også i andre og lignende saker, innenfor formålets og rimelighetens og språkets fleksible grenser.»

Sentralt for vurderingen av om en bestemmelse kan tolkes utvidende eller analogisk er om de legislative avveiningene som er foretatt for bestemmelsen som tolkes, også gjør seg gjeldende for tilfellet som søkes løst gjennom den analogiske eller utvidende tolkningen, se Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 300, Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 64 og Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 237-238.

Adgangen til å tolke lovfestede kreditorvernregler utvidende ble berørt i HR-2017-33-A. Saksforholdet i HR-2017-33-A var at fem eiendommer hadde blitt overdratt til Forusstranda Næringspark AS i år 2003 uten at ervervene hadde blitt tinglyst. Grunnen til at ervervene ikke ble tinglyst av Forusstranda Næringspark var for å spare dokumentavgift, se nærmere om dokumentavgiften i punkt 7.14.1. Grunnbokshjemlene tilhørte Sønnichsen AS. Sønnichsen gikk konkurs i 2012. Konkursboet til Sønnichsen gjorde gjeldende at de fem eiendommene som hadde blitt overdratt til Forusstranda Næringspark inngikk i konkursboet. Forusstranda Næringspark bestred at konkursboet hadde adgang til å beslaglegge eiendommene. Forusstranda Næringspark og konkursboet var enige om at Forusstranda Næringspark var den reelle eieren av eiendommene på konkursåpningstidspunktet.

Forusstranda Næringspark anførte blant annet at de fem omtvistede eiendommene ikke kunne beslaglegges på bakgrunn av at Sønnichsen hadde overdratt to av eiendommene til et nystiftet, utfisjonert, selskap i 1988. De øvrige tre eiendommene hadde blitt overdratt til et nystiftet, utfisjonert, selskap i 2003.⁴⁹⁹ Forusstranda Næringspark anførte at en overdragelse av fast

⁴⁹⁹ For ordens skyld nevnes at Høyesterett i faktumsgjennomgangen kun nevner at to eiendommer, bnr. 308 og bnr. 322, ble overdratt gjennom fisjonen i 2003. Dette må imidlertid bero på en feil. Dersom bnr. 7 ikke ble

eiendom gjennom fisjon ikke var å anse som en rettighet stiftet «ved avtale», jf. tinglysingsloven § 23. Det ble derfor hevdet at de utfisjonerte selskapene ikke trengte å tinglyse sine erverv for å etablere kreditorvern overfor kreditorene til Sønnichsen. Høyesterett måtte følgelig ta stilling til om overdragelse av fast eiendom gjennom en selskapsrettslig fisjon kunne anses som en rett stiftet «ved avtale», jf. tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum.

Innledningsvis redegjorde Høyesterett for innholdet i avtalebegrepet. Høyesterett viste til at det ikke fantes noen legaldefinisjon av avtale eller uttalelser i forarbeidene til tinglysingsloven om forståelsen av avtalebegrepet, men at en vanlig oppfatning «er at en avtale er en gjensidig disposisjon som binder to parter».⁵⁰⁰ Det ble videre poengtert at det ikke kan stilles noen formkrav til avtaler etter norsk rett.⁵⁰¹ En selskapsrettslig fisjon er en ensidig beslutning som treffes av generalforsamlingen til selskapet som skal deles, jf. aksjeloven § 14-6 første ledd. En fisjon forutsetter følgelig ikke en enighet mellom to parter. Isolert sett talte derfor ordlyden i tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum for at en selskapsrettslig fisjon ikke var å anse som en avtale. Høyesterett stadfestet imidlertid ikke at fisjon som utgangspunkt falt utenfor en naturlig forståelse av begrepet «avtale», men gikk heller videre til å undersøke om annen lovgivning, rettspraksis om andre rettsvernsbestemmelser enn tinglysingsloven § 23 og formålsbetraktninger talte for at fisjon var omfattet av avtalebegrepet i tinglysingsloven § 23.⁵⁰² Høyesterett konkluderte på bakgrunn av disse kildene med at en overdragelse gjennom selskapsrettslig fisjon var å anse som en «rett stiftet ved avtale» etter tinglysingsloven § 23, se nærmere om denne drøftelsen i punkt 7.5.1.⁵⁰³

Berge og Stensholdt synes å mene at ordlyden «rett stiftet ved avtale» ikke naturlig kan sies å sikte til en gjensidig disposisjon mellom to parter, se *Berge og Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A»* s. 142. *Berge og Stensholdt* mener at en slik konklusjon forutsetter en sontring mellom avtaler i «klassisk forstand» og andre typer avtaler, noe de ikke finner grunnlag for, se *Berge og Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A»* s. 142-143. For min egen del er jeg usikker på hva *Berge og Stensholdt* mener med avtaler i «klassisk forstand». Den etterfølgende drøftelsen til *Berge og Stensholdt* viser at deres standpunkt i stor grad bygger på at tinglysingsloven § 23 må tolkes i lys av blant annet forarbeider, reelle hensyn og systembetraktninger, se *Berge og Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A»* s. 142-146.

overdratt gjennom fisjonen i 2003, ville eiendommen fortsatt vært hos Sønnichsen AS. Høyesterett gir i drøftelsen uttrykk for at samtlige av de fem omtvistede eiendommene har blitt overdratt gjennom de to fisjonene. For ordens skyld nevnes at lagmannsretten, som viste til tingrettens fremstilling av saken, la til grunn at bnr. 7 ble overdratt gjennom fisjonen i 2003 til det utfisjonerte selskapet Sønn Eiendom AS. Også Stig Berg og Hans Ingvald Stensholdt legger til grunn at bnr. 7 ble overdratt gjennom fisjonen i 2003, se «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A (‘Forusstranda’) og hans metodespørsmål» s. 138.

⁵⁰⁰ HR-2017-33-A, avsnitt 36 og 37.

⁵⁰¹ HR-2017-33-A, avsnitt 36.

⁵⁰² HR-2017-33-A, avsnitt 37-43.

⁵⁰³ HR-2017-33-A, avsnitt 44.

Drøftelsen av om fisjonsoverdragelser faller innenfor ordlyden i tinglysningsloven § 23, illustrerer at adgangen til å tolke rettsvernsregler utvidende til fordel for kreditorene synes å være større enn adgangen til å tolke rettsvernsreglene innskrenkende til fordel for suksessor. Som jeg skal komme nærmere tilbake til i punkt 7.5.1, mener jeg tolkningen av tinglysningsloven § 23 i HR-2017-33-A kan forsvares på bakgrunn av at de legislative hensynene taler for en utvidende tolkning. Det formelle utgangspunktet må likevel være klart: På et positivrettslig område som dette må det utvises varsomhet med å tolke lovbestemmelser utvidende eller analogisk.⁵⁰⁴ Når suksessor skal etablere kreditorvern, har suksessor et behov for klarhet: Når risikerer suksessor at kreditorene kan ekstingvere suksessors rettigheter? Suksessor bør føle seg trygg på at en kreditorekstinksjon ikke vil inntreffe på bakgrunn av analogislutninger dersom et erverv faller utenfor virkeområdet til de lovfestede kreditorvernreglene.⁵⁰⁵ Den positivrettslige karakteren til kreditorvernreglene må også medføre at det ikke er åpning for å utvide kreditorenes beslagsadgang gjennom å oppstille kreditorvernregler som skal ivareta andre formål enn å motvirke kreditorsvik, notoritet og publisitet. Kreditorenes beslagsadgang kan for eksempel ikke utvides med den begrunnelse at kreditorene bør gis et best mulig dekningsgrunnlag.⁵⁰⁶ Dersom det åpnes for kreditorekstinksjon på bakgrunn av nye hensyn, kan en eventuell kreditorekstinksjon tenkes å være i strid med EMK P1-1, jf. punkt 6.4.4.

5.2.4 Adgangen til å avtale seg bort fra kreditorvernregler?

Kreditorvernreglene har en preseptorisk karakter. Dette innebærer at avtaleparter ikke kan avtale seg bort fra regler om kreditorvern.⁵⁰⁷ Begrunnelsen for kreditorvernreglenes preseptoriske karakter kan søkes i hensynene bak konkursreglene. Som nevnt i punkt 5.2.2 er det formelle utgangspunktet at usikrede kreditorer skal likestilles. Dette utgangspunktet står i fare for å bli illusorisk dersom to private parter kan begrense kreditorenes beslagsadgang gjennom en avtale *inter partes*. Faren for fabrikasjoner og antedateringer vil være stort.

⁵⁰⁴ Hans Fredrik Marthinussen: «'Forusstranda': Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens venner* nr. 2/2017 (volum 52), s. 67-97 på s. 72-73, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 192 og Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 64. Tilsynelatende i motsatt retning, se Berg og Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A ('Forusstranda') og hans metodespørsmål» s. 143. Se også i samme retning HR-2020-837-A, avsnitt 58.

⁵⁰⁵ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 63: «Hvor stor vekt det skal legges på ordlyden, avhenger også av hvilket behov borgerne har for å kunne forutberegne sin rettsstilling. [...] På områder hvor det er stort behov for at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling, må lovteksten veie tyngre enn på områder hvor forutberegnelighetsbehovet er mindre.»

⁵⁰⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 61 kan av denne grunn fremstå litt systemfremmed, jf. punkt 5.3.3.

⁵⁰⁷ NOU 1972:20 s. 310, Rt. 1984 s. 605 på s. 608, Andenæs: *Konkurs* s. 211 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 1.1.

Videre er ikke kreditorene representert i avtaleforhandlinger mellom debitor og suksessor. Debitor og suksessor vil først og fremst være interessert i å ivareta egne interesser. Kreditorenes interesser vil debitor og suksessor naturlig nok ikke være så opptatt av å ivareta.⁵⁰⁸ Dette er med å underbygge at kreditorene ikke skal måtte underkaste seg begrensninger som ikke har gitt seg ytre utslag. Kreditorene har behov for å kunne reagere på disposisjoner som har kreditorskadelige motiver, for eksempel gjennom å begjære skyldneren konkurs slik at disposisjonen kan omstøtes. Kreditorvernreglenes preseptoriske karakter skaper derfor en forutberegnelig beslagssituasjon for kreditorene og skal forhindre at kreditorvernreglene undergraves.⁵⁰⁹

En avtale *inter partes* kan imidlertid føre til at kreditorene må respektere suksessors rettighetsstiftelse. Dersom det ikke eksisterer noe hjemmelsgrunnlag som krever at suksessor foretar en rettsvernsakt for å verne sitt erverv, *kan* suksessor være vernet fra og med avtaleinngåelsen, se eksempler på dette i punkt 7.7. En forutsetning er i så fall at formuesgodet som suksessor har ervervet er spesialisert, jf. punkt 5.3.5 og 8.2.8. Kreditorvern vil i disse tilfellene ikke følge som en konsekvens av at partene har forsøkt å omgå kreditorvernreglene, men som en konsekvens av at formuesgodet er overført til suksessor, og dermed «tilhører» suksessor etter dekningsloven § 2-2. Det må derfor skilles mellom tilfeller hvor suksessors avtalestiftede rettighet står seg overfor kreditorene uten gjennomføring av en rettsvernsakt, og tilfeller hvor suksessor og debitor søker å omgå kreditorvernreglene gjennom en avtale. Det er de sistnevnte avtaletypene som kreditorvernreglenes preseptoriske karakter skal forhindre.

5.3 Minstevilkår for å oppnå vern mot kreditor

5.3.1 Innledning

De lovfestede rettsvernsreglene krever at suksessor gjennomfører en rettsvernsakt for å etablere kreditorvern. Gjennomføring av rettsvernsakten er følgelig *nødvendig* for å etablere kreditorvern. Gjennomføring av rettsvernsakten er likevel ikke *tilstrekkelig* for å oppnå vern mot kreditorene. Ytterligere vilkår må være oppfylt for at vern skal etableres: Suksessors rettighetsstiftelse må være *bindende, gyldig og reel*.⁵¹⁰ I tillegg må suksessors erverv knytte seg

⁵⁰⁸ Andenæs: *Konkurs* s. 211 og NOU 1972:20 s. 310-311.

⁵⁰⁹ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.3.

⁵¹⁰ Henning Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 2/2020 (volum 18) s. 108-125 på s. 109 og Andenæs: *Konkurs* s. 156-158. Se også Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 117 som fremhever at reglene om kreditorekstinksjon er «*subsidiære i forhold til gyldighetsreglene*» (forfatterens kursivering).

til et *spesifisert og identifiserbart* formuesgode. I de følgende punktene gjennomgås de nevnte forutsetningene for å etablere vern mot suksessors kreditorer nærmere.

5.3.2 Rettighetsstiftelsen mellom debitor og suksessor må være bindende

Ofte vil rettighetsstiftelsen til suksessor være basert på en avtale med debitor. For at en avtale skal virke rettsstiftende mellom debitor og suksessor, må partene være enige om hva som er innholdet i ytelsen og den eventuelle motytelsen. Partene kan ikke bare ha en løs antakelse om hvilke formuesgoder som potensielt er gjenstand for overføring, hvor mye som skal betales for gjenstanden osv. Det må som utgangspunkt foreligge en aksept fra suksessor som svarer til avhenders tilbud. Som et eksempel på et tilfelle hvor bindende avtale ikke var inngått, kan det vises til Rt. 1985 s. 1265. Høyesterett uttalte blant annet følgende til spørsmålet om partene hadde inngått en bindende avtale om salg av en gård:

«Jeg legger også vesentlig vekt på at partene ikke hadde drøftet andre sentrale spørsmål enn prisen, og at dette må ses som en indikasjon på at partene ennå ikke hadde bundet seg definitivt [...] Således finner jeg det særlig påfallende at så sentrale forhold som betalings- og overtakelsestidspunkter og oppgjørsmåte for øvrig ikke skulle ha vært avklart.»⁵¹¹

Ettersom kreditorene utleder sin rettsstilling fra debitor etter dekningsloven § 2-2, trenger ikke kreditorene å respektere avtaler som ennå ikke har fått en bindende virkning mellom debitor og suksessor. Frem til endelig binding foreligger, kan partene trekke seg fra avtalen.⁵¹² Det samme må gjelde for kreditorene som trer inn i debitors rettighetsposisjon. Det må følgelig foreligge en bindende rettighetsstiftelse for at suksessor skal være vernet mot avhenders kreditorer.⁵¹³ Det vil ligge utenfor avhandlingens rammer å gå inn på detaljene rundt hva som skal til for at en rettighetsstiftelse skal være bindende. Leseren henvises på dette punkt til blant annet standardverker innenfor avtaleretten.⁵¹⁴

5.3.3 Kreditorenes adgang til å påberope ugyldighet

For at suksessor skal kunne oppnå vern mot kreditorene, må rettighetsoverføringen mellom debitor og suksessor være basert på et gyldig stiftelsesgrunnlag. Dersom rettighetsoverføringen

⁵¹¹ Rt. 1985 s. 1265 på s. 1269-1270.

⁵¹² Se for eksempel Rt. 2010 s. 1478, avsnitt 26: «Jeg konkluderer etter dette med at bindende avtale om å utvikle og fullføre garasjeprosjektet ikke ble inngått. Den enkelte part måtte således ha rett til å trekke seg fra prosjektet.»

⁵¹³ Andenæs: *Konkurs* s. 242-243.

⁵¹⁴ Johan Giertsen: *Avtaler*, 3. utgave, Bergen 2014, Geir Woxholth: *Avtalerett*, 10. utgave, Oslo 2017, Jo Hov og Alf Petter Høgberg: *Alminnelig avtalerett*, 1. utgave, Oslo 2009 og Kåre Lilleholt i Harald Irgens Jensen (red.): *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utgave, Oslo 2019 s. 231-242.

er basert på et ugyldig stiftelsesgrunnlag, oppstår det spørsmål om kreditorene kan påberope ugyldighet overfor suksessor. Ugyldighetsinnsigelsen prøves prejudisielt, før domstolen eventuelt tar stilling til om formuesgodet kan beslaglegges av kreditorene.⁵¹⁵ Bakgrunnen for at kreditorene kan ha interesse i å påberope ugyldighet, er for å kunne beslaglegge formuesgodet som debitor har overført til suksessor. Spørsmålet som drøftes i det følgende er om kreditorene kan påberope at rettighetsoverføringen mellom debitor og suksessor er ugyldig. I den videre drøftelsen må det sondres mellom tilfeller hvor ugyldighet påberopes av henholdsvis et konkursbo og en utleggstaker.

Et konkursbo kan utvilsomt påberope ugyldighetsinnsigelser overfor suksessor.⁵¹⁶ Skyldneren har ikke rådighet over egne midler etter konkursåpningen, jf. konkursloven § 100. I stedet trer konkursboet inn i debtors formuerettslige posisjoner.⁵¹⁷ Det ligger innenfor konkursboets kompetanse å påberope ugyldighet for å øke bomassen mest mulig.

Dersom konkursdebitor har godkjent en ugyldig disposisjon i forkant av konkursåpningen, vil godkjennelsen som utgangspunkt binde boet.⁵¹⁸ Ugyldighetsinnsigelsen kan ikke «vekkes til liv» gjennom en konkursåpning. Konkursboet må eventuelt forsøke å omstøte debtors godkjennelse av den ugyldige disposisjonen.⁵¹⁹ Debitor kan imidlertid ikke godkjenne en ugyldig disposisjon etter at konkurs er åpnet med bindende virkning for boet.⁵²⁰

Det har vært omtvistet om utleggstaker kan påberope ugyldighetsinnsigelser overfor suksessor, eller om utleggsdebitor har en eksklusiv rådighet over ugyldighetsinnsigelsene. Utgangspunktet for vurderingen av om utleggstaker kan påberope ugyldighet overfor suksessor, er hvorvidt formuesgodet «tilhører» utleggsdebitor på utleggstidspunktet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 annet ledd og dekningsloven § 2-2.⁵²¹ Ordlyden «tilhører» gir liten veiledning for å avgjøre om utleggstaker kan påberope ugyldighet overfor suksessor.

⁵¹⁵ Andenæs: *Konkurs* s. 243, Hilde Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner. Analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Oslo 2009 s. 331 og Marianne M. Rødvei Aagaard: «Virkinger av arverettslig ugyldighet», *Jussens Venner* nr. 3/2020 (volum 55) s. 163-205 på s. 174-175.

⁵¹⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 243, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 333, Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* s. 328-329, Høgetveit Berg: *Proforma i beslagsretten* s. 204, Carl Jacob Arnholm: *Privatrett II. Avtaler*, Oslo 1964 s. 353 og Fredrik Stang: *Innledning til formueretten*, 3. utgave, Oslo 1935 s. 532-533.

⁵¹⁷ Giertsen: *Avtaler* s. 145, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 30 og Sæbø: «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs» s. 126.

⁵¹⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 333, Andenæs: *Konkurs* s. 243, Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* s. 328-329, Arnholm: *Privatrett II. Avtaler* s. 353 og Stang: *Innledning til formueretten* s. 532-533.

⁵¹⁹ Andenæs: *Konkurs* s. 243, Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* s. 328-329 og Arnholm: *Privatrett II. Avtaler*, Oslo 1964 s. 353.

⁵²⁰ Arnholm: *Privatrett II. Avtaler* s. 353.

⁵²¹ HR-2018-1265-A, avsnitt 49 og 58.

Systembetragtninger kan tale for at utleggstaker ikke bør kunne påberope ugyldighet i like stor grad som et konkursbo. Et grunnleggende skille mellom konkurs og utlegg er at debitor fortsatt har rådighet over egne midler når et utlegg tas. Utleggstaker trer ikke inn i debtors formuerettslige posisjoner, i motsetning til et konkursbo: Et utlegg er ingen universalsuksessjon. Det er derfor ikke nødvendigvis slik at en utleggstaker trenger å ha samme adgang som et konkursbo til å påberope ugyldighet overfor suksessor. Spørsmålet er derfor om utleggstaker bør ha en mer begrenset adgang enn et konkursbo til å påberope ugyldighet overfor suksessor.

Tendensen i teorien synes å være at det godtas at utleggstaker bør kunne påberope ugyldighetsinnsigelser overfor suksessor.⁵²² Utleggsdebitor vil ofte ha en egeninteresse i å unnlate å påberope ugyldighet i forbindelse med et utlegg, noe som taler for at utleggstaker bør gis adgang til å påberope ugyldigheten overfor suksessor. Det har imidlertid også blitt fremsatt motforestillinger mot å la utleggstaker påberope ugyldighet overfor suksessor: Ettersom utleggsdebitor ikke mister rådigheten over egne midler ved et utlegg, bør debitor selv kunne bestemme om han eller hun skal påberope ugyldighet.⁵²³ *Hilde Hauge* har påpekt at dersom utleggstaker griper inn i en gjensidig bebyrdende avtale gjennom å påberope ugyldighet overfor suksessor, kan suksessor få et tilbakebetalingskrav mot utleggsdebitor.⁵²⁴ Dersom suksessor får et tilbakebetalingskrav mot utleggsdebitor, vil utleggstakers beslag bare føre til et rollebytte: Utleggstaker – som tidligere hadde et usikret krav mot debitor – vil nå få sikkerhet gjennom utleggspantet. Og *vice versa*: Suksessor, som tidligere hadde en presumtivt vernet formuesrettighet i det overdratte formuesgodet, vil nå få et usikret krav mot debitor. Spørsmålet er om det bør åpnes for et slikt rollebytte.

Enkelte ugyldighetsregler skal ivareta samfunnsmessige interesser, og ikke avtalepartenes interesser. Avtaler som hefter med en ugyldighetsinnsigelse som skal ivareta samfunnsmessige interesser, kan vanligvis ikke «repareres» ved at avtalepartene godkjenner/ratihaberer avtalen.⁵²⁵ Et eksempel på en slik ugyldighetsinnsigelse kan være formkravene til ektepakter i ekteskapsloven § 51, jf. §§ 50 og 54. Formkravene til ektepakter oppstilles for å sikre notoritet omkring ektefellenes disposisjoner, og ikke for å verne ektefellene.⁵²⁶ Det er derfor klart at

⁵²² Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 333, Andenæs: *Konkurs* s. 243, Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 204 og Arnholm: *Privatrett II. Avtaler* s. 353. Se også Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* s. 331-332 som mener utleggstaker kan påberope ugyldighet dersom det er tale om en ensidig disposisjon fra utleggsdebitor, men ikke dersom det er tale om en gjensidig bebyrdende disposisjon.

⁵²³ Stang: *Innledning til formueretten* s. 532.

⁵²⁴ Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* s. 331-332.

⁵²⁵ Jo Hov: *Avtalerett*, 3. utgave, Oslo 1993 s. 311.

⁵²⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 76.

ektefellene ikke kan «reparere» en ektepakt som ikke oppfyller formkravene i ekteskapsloven § 54 gjennom en etterfølgende godkjenning av ektepakten.⁵²⁷ I den grad en avtalepart ikke har mulighet til å godkjenne en ugyldighetsinnsigelse, har ikke avtaleparten rådighet over ugyldighetsinnsigelsen. Dette kan tale for at utleggstaker må kunne påberope slike ugyldighetsinnsigelser overfor suksessor.⁵²⁸

I teorien har det vært sondret mellom «absolutte» og «relative» ugyldighetsgrunner, se Stang: *Innledning til formueretten* s. 522-523 og Hov: *Avtalerett* s. 154. Absolutte ugyldighetsinnsigelser kunne ikke repareres av at disposisjonen ble godkjent av kravshaver. Dette skyldtes at de absolutte ugyldighetsgrunner typisk skulle ivareta samfunnsmessige hensyn, og ikke hensynet til kravshaver selv. Relative ugyldighetsgrunner kunne kravshaver velge om han eller hun ville påberope, ettersom disse ugyldighetsgrunnene «har til oppgave å beskytte ham, ikke å umyndiggjøre ham», se Stang: *Innledning til formueretten* s. 522. Sondringen mellom absolutte og relative ugyldighetsgrunner har vært gjenstand for kritikk, se Arnholm: *Privatrett II* s. 361-362 med videre henvisninger. Loven opererer ikke med sondringen absolutte og relative ugyldighetsgrunner. Rettsvirkninger kan ikke utledes fra rene begrepslutninger, jf. punkt 4.2. I min fremstilling sonderer jeg derfor ikke mellom absolutte og relative ugyldighetsgrunner. I den grad en slik sontring benyttes, må begrepene absolutte og relative ugyldighetsgrunner anses som pedagogiske virkemidler.

Ugyldighetsgrunner som skal sørge for en balanse mellom avtalepartene skal ikke beskytte kreditorene.⁵²⁹ Utleggsdebitor kan ha gode grunner for å unnlate og påberope slike ugyldighetsgrunner. Det kan ha en stigmatiserende effekt å påberope ugyldighet overfor en avtalepart, særlig dersom utleggsdebitor har en løpende forretningsrelasjon med avtaleparten. Det kan bety slutten for et forretningssamarbeid dersom en av avtalepartene påberoper at den andre har tvunget frem en avtale, jf. avtaleloven § 29. I tillegg risikerer den som påberoper en ugyldighetsgrunn, å måtte fremstille seg selv i et lite flatterende lys. Det kan for eksempel sitte langt inne for utleggsdebitor å anføre at avtalen har kommet i stand som følge av «letsind», jf. avtaleloven § 31 første ledd første punktum. Det er problematisk om slike ugyldighetsgrunner, som først og fremst skal verne avtalepartene, kan påberopes av utleggstaker mot utleggsdebitors vilje.

Det kan også fremsettes argumenter som taler for at utleggstaker bør kunne påberope ugyldighetsgrunner som skal verne avtalepartene. For det første kan en manglende adgang til å påberope ugyldighet føre til at utleggstaker heller velger å slå debitor konkurs fremfor å søke utlegg. En konkurs er et mer inngripende tiltak enn utlegg. Dette utgjør likevel ikke noe vektig argument: Dersom utleggsdebitor er betalingsudyktig, er det ikke gitt at et dekningskappløp mellom enkeltsøkende kreditorer er å foretrekke fremfor en konkursbehandling. For det andre vil det formelle rettsgrunnlaget for henholdsvis en utleggstaker og et konkursbos adgang til å

⁵²⁷ Det er et tilleggsvilkår at ektepakten tinglyses i ektepaktregisteret. Hvis det er tale om overdragelse av fast eiendom må overdragelsen i tillegg tinglyses i grunnboken, jf. ekteskapsloven § 55.

⁵²⁸ Stang: *Innledning til formueretten* s. 526 og Henry Ussing: *Aftaler paa Formuerettens Omraade*, 3. utgave, København 1950 s. 241-242.

⁵²⁹ Rt. 1999 s. 865 på s. 870.

påberope ugyldighet være det samme, nemlig dekningsloven § 2-2. Likevel er det ingenting i veien for at det gjelder ulike beslagsregler for en utleggstaker og et konkursbo. Omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 er et eksempel på beslagsregler som gjelder for konkursbo, men ikke utleggstakere, jf. dekningsloven § 5-1.⁵³⁰ For det tredje kan enkelte ugyldighetsgrunner ha til formål å beskytte tredjemenn. Formålet bak slike ugyldighetsgrunner kan vanskelig oppnås dersom utleggstaker ikke gis anledning til å påberope dem.

Utleggstakers adgang til å påberope ugyldighet overfor suksessor har nylig vært tema for behandling i Høyesterett. I HR-2018-1265-A (Deutsche Bank-kjennelsen) måtte Høyesterett blant annet ta stilling til om utleggstaker kunne påberope seg selskapsrettslig ugyldighet overfor utleggsdebitors suksessor. En kort gjennomgang av faktum og enkelte aspekter ved proformavurderingen i kjennelsen ble gjennomgått i punkt 4.7. Faktum gjentas ikke her. I dette punktet gjennomgås premissene som knytter seg til hvorvidt utleggstaker kan påberope selskapsrettslig ugyldighet overfor suksessor. For ordens skyld nevnes at Høyesterett måtte ta stilling til en rekke lovvalgsspørsmål, uten at disse spørsmålene berøres nærmere her.⁵³¹

Utleggstaker anførte at aksjeoverføringen som hadde skjedd fra utleggsdebitor til suksessor var en ulovlig utdeling etter aksjeloven § 3-7. Høyesterett måtte derfor vurdere om utleggstaker kunne påberope aksjeloven § 3-7 overfor suksessor. Høyesterett tok utgangspunkt i tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 annet ledd første punktum, jf. dekningsloven § 2-2. Spørsmålet var om aksjene «tilhørte» debitor på beslagstiden.⁵³² Det ble poengtert at teorien i forholdsvis stor utstrekning hadde godtatt at utleggstaker kunne påberope ugyldighet overfor utleggsdebitors suksessor.⁵³³ Høyesterett mente det ikke kunne vektlegges i utleggstakers disfavør at det kunne oppstå «oppgjørstekniske» problemer «når utleggsobjektet inngår i en gjensidig bebyrdende disposisjon».⁵³⁴ Dette ble begrunnet med at utleggstaker «i andre sammenhenger [...] kan [ta] utlegg i formuesgoder som det knytter seg motytelser til, og der tilsvarende problemer kan oppstå».⁵³⁵ Uansett gjorde ikke slike oppgjørstekniske hensyn seg særlig gjeldende i den foreliggende saken ettersom det var tale om en ensidig disposisjon fra utleggsdebitor.⁵³⁶

⁵³⁰ Se i samme retning NOU 1972:20 s. 255.

⁵³¹ Se HR-2018-1265-A, avsnitt 46-55.

⁵³² HR-2018-1265-A, avsnitt 58.

⁵³³ HR-2018-1265-A, avsnitt 59.

⁵³⁴ HR-2018-1265-A, avsnitt 60.

⁵³⁵ HR-2018-1265-A, avsnitt 60.

⁵³⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 60.

Høyesterett utdypet ikke hva som skulle forstås med «oppgjørstekniske» problemer, utover å vise til at dette var et moment som ble fremhevet av lagmannsretten.⁵³⁷ Som nevnt ovenfor kan et mulig oppgjørproblem i et gjensidig avtaleforhold være at suksessor får et tilbakebetalingskrav mot utleggsdebitor. Dette fører til at utleggstaker og suksessor bytter roller. I enkelte tilfeller kan et slikt rollebytte begrunnes med at suksessor ikke har etablert kreditorvern for sitt erverv. Hensynene til notoritet og publisitet taler da for at utleggstaker bør ha en ekstinksjonsadgang. Hensynene til notoritet og publisitet taler imidlertid ikke for at utleggstaker bør kunne påberope *enhver* ugyldighetsgrunn overfor suksessor. Jeg synes derfor ikke det er særlig treffende at Høyesterett viser til at utlegg kan tas i andre sammenhenger hvor «tilsvarende problemer kan oppstå». ⁵³⁸ Av denne grunn er jeg ikke overbevist om at oppgjørproblemer på generelt grunnlag kan avfeies som irrelevant i enhver sammenheng hvor utleggstaker påberoper ugyldighet overfor suksessor. Høyesteretts betraktninger om «oppgjørstekniske problemer» må uansett regnes som et *obiter dictum*, ettersom saken Høyesterett tok stilling til omhandlet en ensidig disposisjon hvor suksessor ikke fikk et tilbakebetalingskrav mot utleggsdebitor.⁵³⁹

Høyesterett gikk deretter videre til å vurdere om det var av betydning at aksjeloven § 3-7 la opp til at bestemmelsen bare kunne påberopes av aksjeselskapets styre. Til dette uttalte Høyesterett følgende:

«Den reelle konflikten står her uansett mellom den enkeltforfølgende kreditor og tredjeperson: Om det ikke kan tas utlegg med mindre debitor gjør ugyldigheten gjeldende, er jo alternativet til utlegg at formuesgodet forblir hos tredjeperson.»⁵⁴⁰

Uttalelsen er tvetydig og kan tolkes på minst to måter. Høyesterett kan for det første forstås dithen at enkeltforfølgende kreditor alltid vil kunne påberope ugyldighet overfor suksessor, uavhengig av hvilken ugyldighetsgrunn som påberopes. Dette underbygges av at Høyesterett fremhever at konflikten reelt står mellom utleggstaker og suksessor, uten at det distingveres med hensyn til hvilken ugyldighetsgrunn som påberopes. Høyesterett kan for det andre forstås dithen at enkeltforfølgende kreditor alltid kan påberope den konkrete ugyldighetsinnsigelsen som saken omhandlet (aksjeloven § 3-7). Det faktum at Høyesterett understreker at den «reelle

⁵³⁷ HR-2018-1265-A, avsnitt 60.

⁵³⁸ HR-2018-1265-A, avsnitt 60.

⁵³⁹ HR-2018-1265-A, avsnitt 60.

⁵⁴⁰ HR-2018-1265-A, avsnitt 61.

konflikt står *her* [...]» (min kursivering), kan tale for at uttalelsen er begrenset til å gjelde den konkrete ugyldighetsgrunnen som ble påberopt i saken.

Etter mitt skjønn er det mest nærliggende å tolke Høyesterett dithen at uttalelsen relaterer seg til ugyldighetsgrunnen som ble påberopt i den konkrete saken. Aksjeloven § 3-7, som var den ugyldighetsgrunnen som ble påberopt av utleggstaker, skal ikke bare ivareta avtalepartenes interesser, men også interessene til tredjemenn som for eksempel minoritetsaksjeeierne og aksjeselskapets kreditorer.⁵⁴¹ Dersom et aksjeselskap fritt kunne utdele selskapets midler, ville det ikke vært grunnlag for å yte aksjeselskapet kreditt: Kreditorenes dekningsgrunnlag er begrenset til aksjeselskapets formue.⁵⁴² Aksjelovgivningen bygger derfor på at kreditorene skal ha rett til dekning i selskapets eiendeler før aksjeeierne.⁵⁴³ HR-2018-1265-A behandler derfor ikke om utleggstaker kan påberope ugyldighetsgrunner som bare skal ivareta avtalepartene. Dersom Høyesterett mente at utleggstaker også bør kunne påberope slike ugyldighetsgrunner, burde dette vært problematisert i større grad. Det er ikke dekkende å hevde at «[d]en reelle konflikten står [...] mellom den enkeltfølgende kreditor og tredjeperson» i tilfeller hvor utleggstaker påberoper en ugyldighetsgrunn som i utgangspunktet bare skal verne avtalepartene.⁵⁴⁴ Utgangspunktet er tvert om det motsatte: Den reelle konflikten står mellom utleggsdebitor og suksessor. Utleggstaker trer ikke inn i utleggsdebitors formuerettslige posisjoner, og spørsmålet er om utleggsdebitor *på tross* av dette utgangspunktet skal kunne påberope ugyldighetsgrunnen, jf. ovenfor.

Høyesterett uttalte som nevnt også at «[o]m det ikke kan tas utlegg med mindre debitor gjør ugyldigheten gjeldende, er jo alternativet til utlegg at formuesgodet forblir hos tredjeperson».⁵⁴⁵ Formuleringen synes å gi uttrykk for at det alltid vil være et uheldig alternativ å la suksessor vinne frem på bekostning av utleggstaker. Et kreditorbeslag kan ikke begrunnes med at kreditorenes dekningsgrunnlag bør være best mulig. I den grad man hadde åpnet for et kreditorbeslag utelukkende med denne begrunnelse, kunne kreditorbeslaget potensielt vært problematisk opp mot vilkåret til legitimt formål og proporsjonalitet i EMK P1-1, jf. punkt 6.4.3 og punkt 6.4.4. Høyesterett må derfor trolig forstås dithen at det ville vært en uheldig løsning i

⁵⁴¹ Bråthen omtaler aksjeloven § 3-7 som «et slags supplement til dekningsloven kap. 5 om omstøtelse», se *Selskapsrett* s. 238. En annen sak er at det i utgangspunktet er opp til styret å forfølge et krav om tilbakeføring etter aksjeloven § 3-7. Dette ble avvist som et relevant argument av Høyesterett i HR-2018-1265-A, se avsnitt 63 i kjennelsen.

⁵⁴² Geir Woxholth: *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2014 s. 244.

⁵⁴³ Woxholth: *Selskapsrett* s. 244.

⁵⁴⁴ Sitatet er hentet fra HR-2018-1265-A, avsnitt 61.

⁵⁴⁵ HR-2018-1265-A, avsnitt 61.

den *konkrete saken* å nekte utleggstaker å påberope ugyldighet, slik at suksessors erverv hadde stått seg overfor utleggstakeren. Formålet bak aksjeloven § 3-7 kan vanskelig ivaretas uten at utleggstaker gis anledning til å påberope regelen.

Høyesterett mente videre at det ikke kunne være avgjørende at aksjeloven krevde at styret i aksjeselskapet fremmet kravet om tilbakebetaling. Høyesterett mente det måtte skilles mellom «spørsmålet om hvem som kan forfølge krav på tilbakeføring etter aksjeloven § 3-7, og spørsmålet om hvem som kan ta beslag i de ulovlig utdelte formuesgodene til sikring av egne krav mot selskapet».⁵⁴⁶ Konklusjonen ble på denne bakgrunn at «en enkeltforfølgende kreditor kan ta utlegg i formuesgoder som er ulovlig utdelt fra et aksjeselskap».⁵⁴⁷ Lagmannsretten hadde konkludert i motsatt retning. Lagmannsrettens kjennelse måtte derfor oppheves på grunn av feil i rettsanvendelsen. For ordens skyld nevnes at kjennelsen også ble opphevet som følge av at lagmannsretten hadde en feilaktig forståelse av proformaregelen, jf. punkt 4.7 og punkt 5.3.4.3.

HR-2018-1265-A er en kjennelse, og ikke en dom. Kjennelser har vanligvis en lavere prejudikatverdi enn avgjørelser som er truffet av Høyesterett i avdeling.⁵⁴⁸ Det skyldes blant annet at Høyesteretts ankeutvalg vanligvis settes med tre dommere i stedet for fem, at saksbehandlingen er skriftlig og at utvalgsavgjørelser ikke er like godt gjennomdrøftet.⁵⁴⁹ Disse forholdene gjør seg imidlertid ikke gjeldende for HR-2018-1265-A. Høyesterett besluttet at ankerunden skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, samt at behandlingen skulle følge tvistelovens regler som gjaldt for anke over dommer, jf. HR-2017-2449-U. HR-2018-1265-A er også en forholdsvis lang dom og fremstår ikke som lite overveid. Det faktum at HR-2018-1265-A er en kjennelse, vil derfor ha liten betydning for kjennelsens prejudikatverdi.

Det som med sikkerhet kan utledes fra HR-2018-1265-A, er at utleggstaker *kan* påberope ugyldighetsinnsigelser som skal verne kreditorene overfor suksessor, selv om utleggsdebitor er den som er tillagt kompetanse til å påberope ugyldighetsinnsigelsen. Den materielle rekkevidden av HR-2018-1265-A er likevel uklar på enkelte punkter. Høyesterett understreket blant annet at saken dreide seg «om en ensidig tyngende disposisjon».⁵⁵⁰ Kjennelsen har derfor ikke nødvendigvis noen overføringsverdi til tilfeller hvor det er tale om en gjensidig bebyrdende

⁵⁴⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 63.

⁵⁴⁷ HR-2018-1265-A, avsnitt 64.

⁵⁴⁸ Skoghøy: *Rettsanvendelse* s. 145-146.

⁵⁴⁹ Skoghøy: *Rettsanvendelse* s. 145-146.

⁵⁵⁰ HR-2018-1265-A, avsnitt 60.

disposisjon. For det andre omhandlet HR-2018-1265-A en ugyldighetsinnsigelse som blant annet skulle verne kreditorene. HR-2018-1265-A behandlet derfor ikke om utleggstaker kan påberope ugyldighetsgrunner som ikke skal ivareta kreditorene.

For min egen del mener jeg ugyldighetsgrunner som utgangspunkt bare bør kunne påberopes av utleggstaker i tilfeller hvor ugyldighetsgrunnen skal ivareta tredjemenn. Dersom utleggstaker kan påberope ugyldighetsgrunner som skal beskytte avtalepartene, vil det etter mitt skjønn føre til et såpass vesentlig inngrep i utleggsdebitors rettsposisjon at utlegget får preg av å være en universalsuksisjon. En slik utvidelse av utleggstakers stilling bør ikke godtas på bakgrunn av regler som ikke skal verne utleggstakere. Det kan likevel diskuteres om utleggstaker skal være avskåret i ethvert tilfelle fra å påberope ugyldighetsgrunner som skal ivareta avtalepartene. Dersom utleggsdebitor har foretatt en ensidig disposisjon til fordel for suksessor, er det ofte lite grunn til å verne suksessor: Omsetningsinteressene hos en gavemottaker vil vanligvis være fraværende. Ved ensidige disposisjoner fra utleggsdebitor til suksessor kan det derfor argumenteres for at hensynet til å motvirke kreditorsvik bør tale for at utleggstaker kan påberope ugyldighet overfor suksessor.⁵⁵¹

Dersom det forutsettes at utleggstaker kan påberope ugyldighetsgrunner som bare skal verne avtalepartene, vil utleggsdebitors eventuelle godkjennelse av den ugyldige avtalen binde senere utleggstakere. Etter at utlegg er tatt, kan imidlertid ikke debitor godkjenne avtalen med bindende virkning for utleggstaker. I så tilfelle ville utleggstakers eventuelle adgang til å påberope ugyldighet overfor suksessor stå i fare for å bli illusorisk. I et mellomtilfelle kan det tenkes at utleggsdebitor godkjenner den ugyldige avtalen før avholdelse av utleggsforretningen, men etter at utleggsdebitor har blitt forelagt utleggsbegjæringen. En godkjennelse som skjer i etterkant av at utleggsbegjæringen har blitt forelagt utleggsdebitor, står fort i fare for å ha et kreditorskadelig motiv. Godkjennelser av ugyldighetsinnsigelser som utelukkende har et kreditorskadelig motiv bør ikke godtas.⁵⁵²

⁵⁵¹ Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* s. 332.

⁵⁵² Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* s. 332.

5.3.4 Proforma

5.3.4.1 Innledning

Kreditorene trenger ikke respektere rettighetsoverdragelser som er gjort *proforma*.⁵⁵³ Med *proforma* i en beslagsrettslig sammenheng forstås at «den inngåtte avtala om overføring ikkje skal vera bindande [...] slik den lyder; meininga er at ho berre skal kunne gjerast gjeldande overfor visse tredjemenn – og med det sikre den eine eller begge proformapartane visse fordelar». ⁵⁵⁴ Et mulig motiv for å gjennomføre en proformadisposisjon kan være å verne debtors midler mot et kreditorbeslag. *Proforma* som kreditorinnsigelse er ikke lovfestet i norsk rett. Det er proformadisposisjoner som har til formål å unndra midler fra et kreditorbeslag som er gjenstand for undersøkelse i det følgende.

I punkt 5.3.4.2 vil jeg redegjøre for grunnlaget, innholdet og hensynet bak proformaregelen. I punkt 5.3.4.3 gjennomgås Høyesteretts syn på proformaregelen i HR-2018-1265-A. HR-2018-1265-A er en sentral og ny kjennelse vedrørende *proforma*, og inneholder en rekke generelle uttalelser om proformaregelen. I punkt 5.3.4.4 vil jeg foreta en analyse av innholdet i proformaregelen i etterkant av HR-2018-1265-A. Hensikten med analysen er å vurdere hvilken rettslig betydning kjennelsen har for proformaregelen.

5.3.4.2 Grunnlag, innhold og hensyn bak proformaregelen

I en beslagsrettslig sammenheng kan *proforma* ses på som en forlengelse av dekningsloven § 2-2. Proformaregelen oppstiller vurderingsmomenter som er med å klargjøre når et formuesgode kan sies å «tilhøre» skyldneren. Ettersom «tilhører» ikke er en særlig oppklarende retningslinje for å avdekke *proforma*, må det oppstilles noen nærmere vurderingsmomenter. *Proforma* må ikke sammenblandes med regler om kreditorvern og omstøtelse. En disposisjon som nyter kreditorvern og som er uomstøtelig kan fortsatt angripes som *proforma* av kreditorene. *Proforma* står følgelig på egne ben sammenholdt med reglene om omstøtelse og

⁵⁵³ Se for eksempel Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 206, Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.2, Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere», Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 494 og HR-2018-1265-A.

⁵⁵⁴ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 205. For en nærmere drøftelse av om hvorvidt det gjelder en generell objektiv proformaregel på privatrettens område, se Klungsoyr Kristiansen: «'Objektiv proforma' – med særlig fokus på kreditorbeslag» s. 299-303.

kreditorvern.⁵⁵⁵ Denne forståelsen av *proforma* synes å være i tråd med Høyesterett og teoriens oppfatninger.⁵⁵⁶

Avtaleloven § 34 gir hjemmel for godtroervert av disposisjoner som er gjort *proforma*. Det følger av bestemmelsen at dersom en «skriftlig viljeserklæring [er] avgitt paa skrømt, og har mottageren overdratt ret etter den til en tredjemand, som var i god tro, kan det ikke overfor ham gjøres gjældende, at erklæringen var skrømtet». God tro oppstilles som et ekstinksjonsvilkår etter avtaleloven § 34. God tro er ikke et vilkår eller hensyn for kreditorekstinksjon, jf. punkt 2.1. Bestemmelsen hjemler ikke kreditorenes adgang til å beslaglegge formuesgoder som er overdratt *proforma*.

Proforma kan være rettslig relevant i to ulike konfliktsituasjoner. Den første konfliktsituasjonen er at kreditorene til en *proforma* erverver ønsker å beslaglegge et formuesgode som er overdratt fra eieren. Dette kan ses på som en «inn i boet»-konflikt, jf. punkt 2.2. Eieren kan da fremsette et vindikasjonskrav overfor kreditorene. Får eieren medhold i at overdragelsen er gjort *proforma*, kan ikke erververens kreditorer ta beslag i formuesgodet. Grunnlaget for å nekte beslag er dekningsloven § 2-2: Formuesgodet «tilhører» ikke erververen, men eieren. Eieren kan derfor fremsette et vindikasjonskrav mot kreditorene i «inn i boet»-konflikter på grunn av *proforma*.

Den andre konfliktsituasjonen hvor *proforma* kan påberopes i en beslagssammenheng, er situasjoner hvor kreditorene til eieren søker å ta beslag i et formuesgode som er overdratt *proforma*. Dette kan ses på som en «ut av boet»-konflikt, jf. punkt 2.2. Konsekvensen av at kreditorene får medhold i *proformainnsigelsen*, er at kreditorene kan beslaglegge formuesgodet. Også denne rettsvirkningen kan hjemles i dekningsloven § 2-2: Formuesgodet «tilhører» eieren, og har aldri tilhørt den som har fått formuesgodet overdratt til seg *proforma*.

Vurderingene som *proformaregelen* legger opp til vil være forholdsvis lik i «ut av boet» og «inn i boet»-konflikter.⁵⁵⁷ Likevel fører *proforma* til ulike rettsvirkninger i henholdsvis «inn i boet» og «ut av boet»-konflikten. Bakgrunnen for de ulike rettsvirkningene kan søkes i hensynene bak reglene om kreditorbeslag.

Bakgrunnen for at kreditorene til en *proforma* erverver ikke kan beslaglegge formuesgodet som er overdratt *proforma*, er at legitimasjon og god tro ikke er relevante hensyn eller vilkår for kreditorbeslag, jf. punkt 2.1. Dette ble lagt til grunn av Høyesterett i blant annet Rt. 1935 s. 981. Sakens faktum var at en gårdeier måtte selge gården sin på tvangsauksjon. For å unngå at gården skulle gå ut av slekten, utløste farens 10 år gamle sønn eiendommen på odel. Faren hjalp til

⁵⁵⁵ Andenæs: *Konkurs* s. 158 og Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 204-205.

⁵⁵⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 68, Rt. 2005 s. 1476, avsnitt 16 og 19, Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 204-205, Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 494 og Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere» s. 108-109.

⁵⁵⁷ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 205.

med å skaffe finansiering. Sønnen fikk også tinglyst grunnbokshjemmelen på seg. Da sønnen senere gikk konkurs, hadde han kort tid i forkant av konkursen overdratt gårdseiendommen til sin eldre bror. Konkursboet hevdet at overdragelsen til den eldre broren skjedde for å unndra eiendommen fra kreditorbeslag, og krevde derfor eiendommen omstøtt. Høyesterett kom til at eiendommen ikke kunne beslaglegges av konkursboet. Begrunnelsen var at konkursdebitor aldri hadde eid gården, selv da han hadde grunnbokshjemmelen. Høyesteretts flertall, som tilsluttet seg herredsrettens resultat og i det vesentlige dets begrunnelse, konkluderte med at et kreditorbeslag ikke alene kunne skje på bakgrunn av hvem som hadde grunnbokshjemmelen. En *proforma* grunnbokshjemmel hos konkursdebitor ga følgelig ikke konkursboet noen automatisk beslagsadgang. Høyesterett holdt det imidlertid åpent om utleggstakere som var i god tro, kunne bygge på grunnbokslegitimasjon.⁵⁵⁸ Teorien har i etterkant av Rt. 1935 s. 981 avvist at det kan sondres mellom utleggstakere og konkursbo i proformatilfeller, og det er i dag sikker rett at heller ikke utleggstaker kan foreta et beslag på grunnlag av legitimasjon eller god tro.⁵⁵⁹

Det har vært drøftet *de lege ferenda* om kreditorene bør ha en adgang til å foreta kreditorbeslag på grunnlag av debtors legitimasjon.⁵⁶⁰ En kreditor kan for eksempel tenkes å ha ytt kreditt på bakgrunn av at debitor fremstår som bemidlet. I realiteten pynter debitor seg med lånte fjær: Debitor sitter med formuesgoder som egentlig tilhører noen andre. Dersom hensikten med å foreta proformaoverdragelsen nettopp har vært å styrke debtors kredittgrunnlag, kan en adgang til kreditorekstinksjon på bakgrunn av legitimasjon være velbegrunnet.⁵⁶¹ Likevel spiller kreditlegitimasjon i dag en mindre rolle for profesjonelle kredittytere.⁵⁶² Forhold som betalings- og regnskapshistorikk er ofte viktigere. Av denne grunn er det lite som tilsier at det er aktuelt å oppstille en lovfestet eller ulovfestet regel som åpner for kreditorekstinksjon på bakgrunn av legitimasjon.⁵⁶³ Dersom det har oppstått et tap på grunn av kreditlegitimasjon, må

⁵⁵⁸ Rt. 1935 s. 981 på s. 982.

⁵⁵⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 34-41, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 594-595 og s. 749, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 63 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 36.

⁵⁶⁰ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 40-41, Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 207 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 170-171 (petit).

⁵⁶¹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 40, Andenæs: *Konkurs* s. 173-174, Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 231, Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 207 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 171 (petit).

⁵⁶² Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 36.

⁵⁶³ Rt. 2015 s. 979, avsnitt 16, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 751 (petit), Andenæs: *Konkurs* s. 173 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 171 (petit).

kredittyster eventuelt fremme et erstatningskrav mot den som har utstyrt debitor med kredittlegitimasjon for å få tapet sitt dekket.⁵⁶⁴

Rettsvirkningen av *proforma* i «ut av boet»-konflikten er at kreditorene kan ta beslag i formuesgoder som eieren har overdratt *proforma*. Begrunnelsen for dette er at faren for kreditorsvik er høy dersom eieren kan overdra formuesgoder *proforma* med bindende virkning for kreditorene. Disposisjoner som utelukkende har til formål å unndra midler fra kreditorene, bør motvirkes.⁵⁶⁵ Dersom eieren allierer seg med en stråmann, kan eieren potensielt tappe seg for alle aktiva i forkant av en tvangsinndrivelse. Det hevdes derfor at risikoen for forsøk på *proforma* er større i «ut av boet»-konflikter enn i «inn i boet»-konflikter, ettersom formålet med *proforma* ofte vil være å tappe eieren for aktiva.⁵⁶⁶

I teorien har det vært fremhevet to ulike utforminger av proformaregelen: Den subjektive og objektive proformaregelen.⁵⁶⁷ Forskjellen på de to er ikke rettsvirkningen av at en disposisjon anses *proforma*. Forskjellene kan først og fremst identifiseres på vilkårssiden. Etter den subjektive proformaregelen er det avgjørende vilkåret om partene har ment at disposisjonen skal ha rettsvirkninger mellom dem.⁵⁶⁸ Etter den objektive proformaregelen må *proforma* avgjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering av disposisjonen, hvor en rekke momenter kan spille inn. Blant de momentene som har vært fremhevet som relevante er «graden av formell gjennomføring, mulig motiv for *proforma*, eventuelt fravær av andre motiver for transaksjonen, samt – ofte avgjørende – de faktiske og rettslige virkninger [som disposisjonen] har hatt for partene».⁵⁶⁹ De samme vurderingsmomentene som gjelder etter den objektive proformaregelen, vil være relevante som *bevis* etter den subjektive proformaregelen. Hovedforskjellen mellom den subjektive og objektive proformaregelen er derfor om partenes subjektive oppfatning av disposisjonens realitet skal anses som det avgjørende vurderingstemaet, eller som et moment i en større helhetsvurdering. Det nærmere innholdet i proformaregelen var gjenstand for undersøkelse i HR-2018-1265-A. Kjennelsens premisser om *proforma* gjennomgås derfor i det følgende punktet. I punkt 5.3.4.4 vil jeg analysere innholdet i proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A.

⁵⁶⁴ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 751 (petit), Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 171 (petit) og Andenæs: *Konkurs* s. 173.

⁵⁶⁵ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 216.

⁵⁶⁶ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 205 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 171 (petit).

⁵⁶⁷ For en nærmere gjennomgang av fremveksten av de to proformareglene, se Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 207-214.

⁵⁶⁸ HR-2018-1265-A, avsnitt 73 og Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere» s. 109.

⁵⁶⁹ HR-2018-1265-A, avsnitt 73. Se også Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 217-221.

5.3.4.3 Proformadrøftelsen i HR-2018-1265-A

Høyesterett måtte i HR-2018-1265-A ta stilling til to spørsmål vedrørende *proforma*. Det første spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var et rettsvalgspørsmål. Premissene tilknyttet rettsvalgsspørsmålet ble gjennomgått i punkt 4.7, og gjentas derfor ikke her. Det andre spørsmålet som Høyesterett måtte vurdere, var om «proformaregelen er ‘subjektiv’ eller ‘objektiv’». ⁵⁷⁰ Høyesterett presiserte at den subjektive tilnærmingen ofte medførte at rettsanvenderen måtte «støtte seg på de samme holdepunkter som ved en objektiv tilnærming», men at holdepunktene da ville være «elementer i en bevisvurdering, [og] ikke momenter i en rettslig vurdering». ⁵⁷¹

Høyesterett vurderte deretter tidligere praksis om *proforma*. Det ble konkludert med at det fantes «eksempler både på objektiv og subjektiv tilnærming». ⁵⁷² Høyesterett fant også dekning for at både den objektive og subjektive tilnærmingen hadde blitt forfektet i teorien. ⁵⁷³ Det ble også fremhevet av Høyesterett at skillet mellom objektiv og subjektiv tilnærming først ble satt på spissen «der en subjektiv tilnærming fører til at transaksjonen anses som reell, mens en objektiv vurdering ville ha ført til motsatt resultat». ⁵⁷⁴

Høyesterett konkluderte til slutt med at «de beste grunner taler for en objektiv tilnærming». ⁵⁷⁵ Høyesterett la avgjørende vekt på at proformaregelen først og fremst skulle beskytte tredjepersoner. ⁵⁷⁶ Etersom avtalepartene lett kunne tilpasse deres egen oppfatning av disposisjonen til skade for tredjeparter, ble det fremhevet at partenes oppfatning ikke burde være rettslig avgjørende for tredjepartens rettsstilling. ⁵⁷⁷ Høyesterett konkluderte på denne bakgrunn med at lagmannsrettens forståelse av proformaregelen «bygger på en feilaktig generell forståelse av proformaregelen». ⁵⁷⁸ Lagmannsrettens dom måtte derfor oppheves.

5.3.4.4 Proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A

Høyesterett synes i HR-2018-1265-A å gi uttrykk for at norsk rett opererer med en objektiv proformaregel. Partenes subjektive oppfatning vil ikke være et avgjørende vilkår etter den objektive proformaregelen, men vil inngå som et moment i proformavurderingen. Enkelte av

⁵⁷⁰ HR-2018-1265-A, avsnitt 72.

⁵⁷¹ HR-2018-1265-A, avsnitt 73.

⁵⁷² HR-2018-1265-A, avsnitt 74.

⁵⁷³ HR-2018-1265-A, avsnitt 81-82.

⁵⁷⁴ HR-2018-1265-A, avsnitt 79.

⁵⁷⁵ HR-2018-1265-A, avsnitt 85.

⁵⁷⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 83.

⁵⁷⁷ HR-2018-1265-A, avsnitt 81.

⁵⁷⁸ HR-2018-1265-A, avsnitt 99.

utsagnene i kjennelsen åpner imidlertid for en rekke uklarheter vedrørende det spesifikke innholdet i proformaregelen, herunder hva som er forholdet mellom den objektive og subjektive proformaregelen. I det følgende vil jeg derfor undersøke rekkevidden av kjennelsen.

Høyesterett la innledningsvis i rettsvalgspørsmålet til grunn at *proforma* skal regnes som en forlengelse av dekningsloven § 2-2.⁵⁷⁹ Likevel omtalte Høyesterett *proforma* som en ugyldighetsgrunn.⁵⁸⁰ Dersom *proforma* skal anses som en forlengelse av dekningsloven § 2-2, synes det lite treffende å omtale *proforma* som en ugyldighetsgrunn: Dekningsloven § 2-2 hjemler ikke i seg selv avtalerettslig ugyldighet.⁵⁸¹ Etter mitt skjønn er det derfor ikke treffende å omtale *proforma* som en ugyldighetsgrunn.⁵⁸²

I forarbeidene til dekningsloven og i tidligere høyesterettspraksis er det fastslått at det er lite ønskelig å oppstille ulovfestede omstøtelsesregler som kan påberopes av utleggstakere.⁵⁸³ Slik Høyesterett har formulert proformaregelen i HR-2018-1265-A, synes proformaregelen å ha flere likhetstrekk med de objektive omstøtelsesreglene. Et tenkt scenario kan illustrere at skillet mellom den objektive proformaregelen og de objektive omstøtelsesreglene ikke nødvendigvis er stort: A overdrar et formuesgode til B. Partene er enige om at overdragelsen er reell. As kreditor, C, tar utlegg i formuesgodet som er overdratt fra A. De ytre omstendighetene rundt overdragelsene taler i retning av at overdragelsen mellom A og B er *proforma*: Prisen er for lav, A har ennå ikke overført formuesgodet til B, og B kjenner til at A har vært utsatt for pågang fra sine kreditorer. Retten velger derfor å se bort fra forklaringene til A og B om at overdragelsen har vært reell og bindende for partene, men legger til grunn at overdragelsen har vært *proforma* på bakgrunn av den objektive proformaregelen.

Dersom disposisjonens innhold og formelle gjennomføring kan medføre at en overdragelse blir kjent *proforma*, på tross av at partene har foretatt en reell overdragelse, begynner de semantiske, tematiske og rettslige forskjellene mellom den objektive proformaregelen og de objektive omstøtelsesreglene å bli små. Både proformaregelen og de objektive omstøtelsesreglene legger opp til at partenes subjektive oppfatning av disposisjonen ikke kan ha avgjørende betydning.

⁵⁷⁹ HR-2018-1265-A, avsnitt 68.

⁵⁸⁰ HR-2018-1265-A, avsnitt 70.

⁵⁸¹ Avtaleloven § 34 hjemler godtroerverv av disposisjoner som er gjort *proforma*. Selv om denne bestemmelsen er plassert i avtalelovens kapittel 3, som omhandler ugyldighet, er bestemmelsen forholdsvis ulik de øvrige ugyldighetsbestemmelsene i kapittel 3. Bestemmelsen hjemler heller ikke kreditorenes adgang til å beslaglegge formuesgoder som er overdratt *proforma*.

⁵⁸² Se også Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 682: «Det forekommer at H utsteder et skjøte til A til tross for at de er enige om at H fortsatt skal ha eiendomsretten. Et slikt proformaskjøte vil ikke ha rettsvirkninger mellom H og A, men det vil ikke være ugyldig.»

⁵⁸³ NOU 1972:20 s. 284-285 og Rt. 2014 s. 922, avsnitt 19.

Enkelte forskjeller kan likevel identifiseres på vilkårssiden. Mens proformaregelen legger opp til en helhetsvurdering av disposisjonens realitet, hvor mange ulike momenter kan spille inn, rammer de objektive omstøtelsesreglene spesifikke typer disposisjoner, jf. punkt 3.1.2. De enkelte objektive omstøtelsesreglene kan derfor ikke være identiske på vilkårssiden med vilkårene til den generelle proformaregelen, som ikke er avgrenset til å ramme bestemte typer disposisjoner. Likevel kan det tenkes at den objektive proformaregelen utvikles i en mer «objektiverende» retning i fremtiden. Det kan for eksempel tenkes at det utvikler seg presumsjoner i rettspraksis for at enkelte typer disposisjoner skal anses *proforma*.⁵⁸⁴ Dersom slike presumsjoner utvikles, vil vilkårssiden av den objektive proformaregelen nærme seg de objektive omstøtelsesreglene enda mer.

Det er også noen likhetstrekk mellom rettsvirkningene av *proforma* og objektiv omstøtelse. Det er i begge tilfeller tale om kreditorinnsigelser som søker å omgjøre disposisjoner som har et kreditorskadelig formål. Det er likevel også klare forskjeller mellom rettsvirkningen av *proforma* og objektiv omstøtelse. Virkningen av objektiv omstøtelse er at mottakeren «fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon», jf. dekningsloven § 5-11 og punkt 3.1.2. Ved vurderingen av hva som skal regnes som mottakerens berikelse, kan det tas utgangspunkt i hvilken nettogevinst mottakeren har fått.⁵⁸⁵ Ved *proforma* skal partene stilles som om disposisjonen ikke har skjedd.⁵⁸⁶ Ved *proforma* kan for eksempel ikke mottakeren kreve fradrag for kostnader knyttet til å gjennomføre proformaoverdragelsen.

Høyesterett påpekte kort sammenhengen mellom omstøtelsesreglene og proformaregelen i HR-2018-1265-A.⁵⁸⁷ Høyesterett mente det klart var tale om to ulike regler, og underbygde dette med å vise til Rt. 1999 s. 865.⁵⁸⁸ Høyesteretts kjæremålsutvalg konkluderte i Rt. 1999 s. 865 med at den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 og *proforma* var ulike krav i en prosessuell sammenheng, jf. den begrensede adgangen til å fremsette nye krav i ankerunden etter den dagjeldende tvistemålsloven § 366. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til sammenhengen mellom de objektive omstøtelsesreglene og *proforma* i Rt. 1999 s. 865. Den subjektive omstøtelsesregelen skiller seg materielt på flere punkter fra de objektive omstøtelsesreglene og *proforma*. Skillet mellom den subjektive omstøtelsesregelen på den ene

⁵⁸⁴ Brækhus og Hærem synes for eksempel å nærme seg en presumsjon når de uttaler at «[s]ærlig overdragelser innen familien kan det være grunn til å se på med en del skepsis», se *Norsk tingsrett* s. 494.

⁵⁸⁵ Se Rt. 1996 s. 1647 på s. 1653: «Ved beregningen av berikelsen etter [dekningsloven] § 5-11 må det i utgangspunktet være riktig å se på hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt – mottakeren skal fralegge seg den nettogevinst som disposisjonen har gitt.»

⁵⁸⁶ Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 206.

⁵⁸⁷ HR-2018-1265-A, avsnitt 84.

⁵⁸⁸ HR-2018-1265-A, avsnitt 84.

siden, og de objektive omstøtelsesreglene og *proforma* på den andre siden, undersøkes litt nærmere i det følgende.

Vilkårssiden til den subjektive omstøtelsesregelen er vesentlig forskjellig fra vilkårssiden til de objektive omstøtelsesreglene og den objektive *proformaregelen*. Verken den objektive *proformaregelen* eller de objektive omstøtelsesreglene stiller noe vilkår om god eller ond tro hos partene. Partenes subjektive oppfatning av disposisjonen vil klart nok komme inn som et vurderingsmoment i den objektive *proformaregelen*, men kan ikke anses som et vilkår.⁵⁸⁹ De objektive omstøtelsesreglene er heller ikke fri for subjektive vurderingsmomenter. Ved omstøtelse av gaver etter dekningsloven § 5-2 vil det for eksempel være relevant å se hen til om formålet med disposisjonen var å berike mottakeren.⁵⁹⁰ Etter den subjektive omstøtelsesregelen er imidlertid mottakerens aktsomhet vedrørende skyldnerens økonomiske stilling et vilkår for at regelen skal komme til anvendelse, jf. formuleringen «den annen part kjente eller burde kjent» i dekningsloven § 5-9 første ledd. I tillegg krever dekningsloven § 5-9 at disposisjonen er «utilbørlig», jf. punkt 3.1.2.⁵⁹¹ Verken den objektive *proformaregelen* eller de objektive omstøtelsesreglene forutsetter at det kan påvises noe kritikkverdig ved disposisjonen. De objektive omstøtelsesreglene presumerer at enkelte disposisjoner kan ha et kreditorskadelig motiv, uten at det må påvises kritikkverdige forhold i den konkrete saken. Den objektive *proformaregelen* forutsetter heller ikke at det kan påvises noen kritikkverdige forhold tilknyttet disposisjonen.⁵⁹²

Rettsvirkningen av omstøtelse etter henholdsvis de objektive omstøtelsesreglene og den subjektive omstøtelsesregelen er ulik. Rettsvirkningen av subjektiv omstøtelse er at «den annen part erstatter boet det tap det blir tilføyd ved den omstøtelige disposisjon, jf. dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum og punkt 3.1.2. Verken de objektive omstøtelsesreglene eller *proforma* åpner for erstatning: Boet kan ikke kreve dekning for eventuelle tap som disposisjonene har påført boet. Rettsvirkningen av *proforma* er derfor mer lik rettsvirkning av objektiv omstøtelse enn rettsvirkningen av subjektiv omstøtelse.

⁵⁸⁹ HR-2018-1265-A, avsnitt 73.

⁵⁹⁰ Andenæs: *Konkurs* s. 292-294. Regelen om omstøtelse av motregning er et annet eksempel på en objektive omstøtelsesregel som inneholder subjektive vurderingselementer. Adgangen til omstøtelse av motregning kan utvides dersom erververen «visste eller burde vite at skyldneren var insolvent» på det tidspunktet fordringen som gir adgang til motregning ble ervervet, jf. dekningsloven § 5-6 første ledd annet punktum.

⁵⁹¹ For en nærmere gjennomgang av «utilbørlig» som vilkår i dekningsloven § 5-9, se Thor Falkanger: «Utilbørlighetsbegrepet i dekningsloven § 5-9», *Jussens Venner* 03/1998 (volum 58) s. 105-131.

⁵⁹² HR-2018-1265-A, avsnitt 81: «Partenes egen oppfatning av hva de har vært med på, kan lett tilpasse seg den situasjonen de står overfor og kan endre seg etter behov – og det uten at de bevisst forsøker å føre noen bak lyset. I stedet for da å basere seg på objektive holdepunkter for å finne frem til hva partene ‘egentlig’ har ment, bør man la disse momentene inngå i en bred helhetsvurdering av transaksjonens objektive innhold.»

Disse forholdene gjør, etter mitt skjønn, at den objektive proformaregelen ligner mer på de objektive omstøtelsesreglene enn den subjektive omstøtelsesregelen. Høyesteretts referanse til Rt. 1999 s. 865 bidrar bare til å avklare forholdet mellom subjektiv omstøtelse og *proforma*. Etter mitt skjønn burde Høyesterett drøftet skillet mellom de objektive omstøtelsesreglene og *proforma* grundigere. Høyesterett bør for fremtiden utvise forsiktighet med å gå for langt i retning av å objektivere proformaregelen – for eksempel gjennom å oppstille presumsjoner for *proforma* – ettersom regelen da fort kan få karakter av en ulovfestet omstøtelsesregel.

Det kan også problematiseres hvorvidt den objektive proformaregelen, slik den ble utpenslet av Høyesterett i HR-2018-1265-A, er helt i tråd med dekningsloven § 2-2. Dersom *proforma* skal anses som en forlengelse av dekningsloven § 2-2, er det avgjørende for kreditorenes beslagsadgang om formuesgodet «tilhører» debitor på beslagstiden. Utgangspunktet etter dekningsloven § 2-2, og derfor også proformaregelen, er at kreditorene ikke får bedre eller dårligere rett en debitor.⁵⁹³ Dersom debitor og suksessor har inngått en bindende avtale, suksessor har prestert sin del av ytelsen og partene mener de har foretatt en reell disposisjon, kreves det ikke noe ytterligere formalisering for at debitor skal være forpliktet til å overdra formuesgodet til suksessor. Debitor vil følgelig utenfor gjeldsforfølgningssituasjonen være bundet til å overføre formuesgodet til suksessor, og kan ikke gå fra avtalen ved å påberope *proforma*.⁵⁹⁴ I forlengelsen av dette bør heller ikke kreditorene som utgangspunkt stå fri til å beslaglegge formuesgoder som debitor har bundet seg til å overføre til suksessor.⁵⁹⁵ Ettersom partenes oppfatning av disposisjonens realitet ikke er avgjørende etter den objektive proformaregelen, kan imidlertid den objektive proformaregelen åpne for at kreditorene får en bedre rett enn debitor.

Det er likevel gode grunner for ikke alltid å la debitor og suksessors oppfatning om en disposisjons realitet være avgjørende for kreditorenes beslagsadgang. I så tilfelle vil kreditorenes adgang til å påberope *proforma de facto* kontrolleres av debitor og suksessor. Regler som avgrenser kreditorenes beslagsadgang på bakgrunn av avtalepartenes subjektive oppfatninger om disposisjonens innhold, kan være lite egnet. Partenes subjektive oppfatning av

⁵⁹³ I samme retning, se Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 494: «At A's kreditorer i alle tilfelle er ubundet av overdragelser som er skjedd *proforma*, følger av at deres rett går like langt som A's egen rett.»

⁵⁹⁴ Tore Sandvik: «Proforma-overdragelse av fast eiendom», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1967 s. 48-75 på s. 73-74.

⁵⁹⁵ Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefelle og samboere» s. 110-111.

disposisjonen kan tilpasses situasjonen.⁵⁹⁶ Faren for at suksessor forklarer seg falskt i lys av et kreditorbeslag kan være til stede, særlig dersom suksessor er nærstående debitor.

Slik jeg ser det er partenes subjektive oppfatning av disposisjonens realitet et bærende fundament for proformaregelen. Det er også dette som er mest i tråd med dekningsloven § 2-2: Dersom debitor foretar en reell overdragelse av et formuesgode til suksessor, vil disposisjonen som utgangspunktet måtte respekteres av kreditorene, selv om disposisjonen på overflaten kan fremstå *proforma*.⁵⁹⁷ De øvrige momentene som kan komme inn i vurderingen etter den objektive proformaregelen, vil uansett komme inn som bevismomenter etter den subjektive proformaregelen. Det er derfor kanskje ikke så viktig om proformaregelen karakteriseres som objektiv eller subjektiv.⁵⁹⁸ Likevel er det fra et teoretisk synspunkt lite tilfredsstillende at Høyesterett synes å mene at en overdragelse kan underkjennes som *proforma*, selv om det hypotetisk sett kan bevises at partene har ment at disposisjonen er reell.⁵⁹⁹ Dette vil ikke være i tråd med utgangspunktet om at kreditorene ikke får bedre rett en debitor. Den objektive proformaregelen synes først og fremst å være et utslag av at partenes subjektive oppfatning av disposisjonen oftest ikke lar seg bevise, slik at det er behov for å oppstille noen ytre konstaterbare faktorer som kan avgjøre hvorvidt disposisjonen kan karakteriseres som *proforma* eller ikke.

Henning Kristiansen mener norsk rett opererer med både en subjektiv og objektiv proformaregel i etterkant av HR-2018-1265-A, se Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere» s. 124: «Høyesterett har i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* stadfestet at det i norsk rett gjelder en objektiv proformaregel som supplerer den subjektive regelen.» Dette begrunner Kristiansen blant annet med at Rt. 1999 s. 901 bygger på «en subjektiv tilnærming eller regel», samt at teorien i etterkant av Rt. 1999 s. 901 har gitt uttrykk for at kjennelsen bygger på en subjektiv proformaregel, se Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere» s. 112-113. Kristiansen skriver spesifikt om proformaregelen ved overdragelser i ekteskap og samboerforhold. Høyesterett åpnet i HR-2018-1265-A for at «proformavurderingen ved ektepakt-disposisjoner» kunne stille seg annerledes enn øvrige proformavurderinger, se HR-2018-1265-A, avsnitt 76 og 85. Dette ble begrunnet med at kravene til tinglysing av ektepakter, samt ekteskapsloven § 51, gir kreditorene en viss beskyttelse mot kreditorskadelige disposisjoner. Høyesterett kan tolkes dithen at den objektive proformaregelen må modifiseres ved overdragelser mellom ektefeller. Det medfører at terskelen for å kjenne en disposisjon *proforma* grunnet manglende realitetsendringer mellom ektefeller, er høyere enn ved overdragelser mellom andre parter. Høyesteretts drøftelse av proformaregelen i HR-2018-1265-A synes å ha en generell rekkevidde, jf. avsnitt 72 og 85.

Mari Klungøy Kristiansen mener også at «den subjektive proformaregelen fremdeles eksisterer ved siden av den objektive», se Klungøy Kristiansen: «'objektiv proforma' – med særlig fokus på kreditorbeslag» s. 295. Dette begrunner hun med at Høyesterett fremhever i HR-2018-1265-A at dersom det er «klart at det var partenes subjektive mening at overføringen ikke skulle få virkninger dem imellom, er det, selv med en objektiv lære, ikke grunn til å gå videre til en bredere objektiv vurderingen av situasjonen», se kjennelsens avsnitt 79. Selv om jeg er enig med Klungøy Kristiansen i at uttalelsen til Høyesterett viser at partenes subjektive vilje fortsatt kan være

⁵⁹⁶ HR-2018-1265-A, avsnitt 81 og Høgetveit Berg: «Proforma i beslagsretten» s. 210.

⁵⁹⁷ Kristiansen: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere» s. 110-111.

⁵⁹⁸ Høyesterett påpeker også at overgangen mellom den subjektive og objektive proformaregelen er glidende, se HR-2018-1265-A, avsnitt 80.

⁵⁹⁹ HR-2018-1265-A, avsnitt 79.

av betydning etter den objektive proformaregelen, er jeg ikke enig i at uttalelsen nødvendigvis kan tas til inntekt for at det fortsatt gjelder en subjektiv proformaregel på siden av den objektive proformaregelen. Det er lite tvilsomt at dersom det kan bevises at partene ikke har ment at disposisjonen skal ha realiteter, vil resultatet være at disposisjonen kjennes *proforma* også etter den objektive proformaregelen. Selv om jeg er av den oppfatning at den subjektive omstøtelsesregelen er mer i samsvar med dekningsloven § 2-2 enn den objektive omstøtelsesregelen, jf. ovenfor, er jeg usikker på om det kan hevdes å gjelde to parallelle proformaregler i norsk rett i etterkant av HR-2018-1265-A, slik Klungsoyr Kristiansen og Kristiansen synes å gjøre. Dersom det faktisk eksisterer en subjektiv proformaregel i etterkant av HR-2018-1265-A, er det etter mitt skjønn høyst usikkert hvordan denne proformaregelen forholder seg til den objektive proformaregelen.

For min egen del synes jeg *de sententia ferenda* at momentene som ble fremhevet som relevante for den objektive proformavurderingen, bør anses som bevispresumsjoner for at partene har ment/ikke ment at det har skjedd en reell rettighetsoverføring mellom dem. Dersom den objektive proformaregelen forstås i denne retning, trenger ikke debitor og suksessors forklaring å få en avgjørende betydning for kreditorenes adgang til å påberope *proforma*. Samtidig vil *proforma* fortsatt være i tråd med dekningsloven § 2-2, ettersom det ikke kan konstateres *proforma* dersom partene reelt sett mener at disposisjonen skal ha rettsvirkninger mellom seg. I tillegg vil betydningen av partenes subjektive oppfatning av disposisjonen sørge for å skille *proforma* fra de objektive omstøtelsesreglene. Det kan kanskje innvendes at en slik forståelse av proformaregelen ikke vil føre til noen reell rettslig forskjell sammenlignet med den objektive proformaregelen som ble oppstilt av Høyesterett i HR-2018-1265-A. Resultatene i de konkrete sakene trenger ikke bli vesensforskjellig dersom den objektive proformaregelen anses som en bevispresumsjonsregel, og ikke som en rettslig helhetsvurdering. Likevel bør det etterstrebtes å oppstille en proformaregel som, på et teoretisk plan, samsvarer med dekningsloven § 2-2, og som samtidig sørger for å holde *proforma* adskilt fra de objektive omstøtelsesreglene.

5.3.5 Spesialitetsprinsippet

I norsk formuerett gjelder det et spesialitetsprinsipp.⁶⁰⁰ Prinsippet medfører blant annet at separatistrett bare kan oppnås dersom suksessors ervervede rettighet relaterer seg til et spesifisert og identifiserbart formuesgode.⁶⁰¹ Spesialitet er dermed en forutsetning for å kunne etablere kreditorvern. Bakgrunnen for at spesialitet er nødvendig for å etablere kreditorvern, er at kreditorvern sørger for å gi suksessor en prioritert stilling på bekostning av debitors øvrige kreditorer. En slik prioritet bør ikke tilkjennes suksessor dersom suksessors rettighet ikke relaterer seg til et identifiserbart formuesgode. Spesialitetsprinsippet er ikke eksplisitt hjemlet

⁶⁰⁰ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 41 og 268 og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 63-64. Lilleholt synes å bruke begrepene spesialitetsvilkår og spesialitetsprinsipp som synonymer.

⁶⁰¹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 40-41, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 63-64 og Torgny Håstad: «Spesialitetsprinsippet, och pragmatiska undatag från denna» i Jan Kleineman (red.): *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, Stockholm 2019 s. 199-207 på s. 199. For ordens skyld nevnes at reglene om varelager- og driftstilbehørsrett åpner for at kreditorvern kan etableres i en samling formuesgoder. Driftstilbehør og varelager kan imidlertid ses på som egne formuesgoder gjennom at de er gjort til tingsinnbegrep, se nærmere om dette i punkt 7.6.1.

noe sted i loven, men kan kanskje anses som et grunnleggende vilkår for å kunne ha en eiendomsrett.⁶⁰² Det er også mulig å gjenfinne enkelte utslag av spesialitetsprinsippet i loven.

Det panterettslige spesialitetsprinsippet kan ses på som et utslag av det generelle spesialitetsprinsippet.⁶⁰³ Det panterettslige spesialitetsprinsippet inneholder to aspekter: Det første aspektet er et vilkår om individualisering av pantobjektet, det vil si at pantobjektet må kunne identifiseres etter stiftelsesgrunnlaget.⁶⁰⁴ Vilkåret til individualisering av pantobjektet er ikke direkte hjemlet i panteloven, men kan ses som en videreføring av forbudet mot generalpant i panteloven § 1-3 første ledd.⁶⁰⁵ Det andre aspektet ved det panterettslige spesialitetsprinsippet følger av panteloven § 1-4 første ledd. Etter panteloven § 1-4 må det høyeste beløpet som pantekravet skal dekke, angis for at rettsvern skal kunne etableres.

Et annet eksempel på hvordan spesialitetsprinsippet kommer til uttrykk i norsk rett, er reglene om tinglysing og tilsvarende regler om realregistrering. For å etablere rettsvern i fast eiendom kreves det som utgangspunkt tinglysing, jf. punkt 7.4.1 og 7.5.1. Tinglyingsenheten i grunnboken er faste eiendommer som er identifiserte som egne matrikkelenheter. Prinsippet om spesialitet blir ivaretatt når suksessor gjennomfører registreringen.⁶⁰⁶ Når registreringen er gjennomført, kan det enkelt identifiseres hvilken matrikkelenhet som rettsstiftelsen relaterer seg til. Det samme vil gjelde ved innføring av rettigheter i andre realregister enn grunnboken, med den forskjell at registerenheten ikke er knyttet til matrikkelen, men et registreringsnummer eller lignende.

Et tredje utslag av spesialitetsprinsippet er vilkåret til individualisering av løsøreobjekter. For at suksessor skal kunne være vernet mot selgers kreditorer ved kjøp av alminnelig løsøre, må det kunne påvises at kjøpet knytter seg til en bestemt løsøreobjekt, jf. punkt 8.2.8.1. Dersom formuesrettigheter knytter seg til et ubestemt antall formuesgoder, får suksessor som utgangspunkt kun en fordring på en ytelse.⁶⁰⁷ Suksessor som har forskuddsbetalt for eiendomsretten til en generisk løsøreobjekt som ikke lar seg identifisere, vil derfor som utgangspunkt ikke ha etablert kreditorvern for eiendomsretten.⁶⁰⁸

⁶⁰² Sammenlign Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 13.1 og Ørjasæter: «Forledelse, ugyldighet og vindikasjon» s. 141-142.

⁶⁰³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 268.

⁶⁰⁴ Skoghøy: *Panterett* s. 141-142. Se også HR-2020-837-A, avsnitt 56 hvor kravene i panteloven § 4-4 første ledd annet punktum omtales som et utslag av «individualiseringskravet».

⁶⁰⁵ Skoghøy: *Panterett* s. 142.

⁶⁰⁶ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 268 og Skoghøy: *Panterett* s. 142.

⁶⁰⁷ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 83 og s. 225-226.

⁶⁰⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 40-41 og s. 268, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 64 og Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 513-517.

5.4 Adgangen til å etablere ulovfestede kreditorvernregler

Dersom det ikke eksisterer noen lovfestede kreditorvernregler som regulerer et typetilfelle, er det ikke nødvendigvis slik at den positivrettslige og preseptoriske karakteren til kreditorvernreglene sperrer for en ulovfestet regeldannelse. Ved undersøkelsen av hvorvidt det er adgang til å etablere ulovfestede kreditorvernregler på områder hvor det ikke foreligger noen lovfestet kreditorvernregel, må det tas utgangspunkt i dekningsloven § 2-2.

Dekningsloven § 2-2 hjemler ikke i seg selv at kreditorene har adgang til å ekstingvere rettigheter som er etablert i forkant av kreditorbeslaget. Kreditorene får som utgangspunkt ikke bedre rett enn debitor. Kreditorrestinsjon kan dermed ikke skje uten et særskilt hjemmelsgrunnlag, jf. punkt 4.7. Dersom det foreligger en lovfestet hjemmel som åpner for kreditorrestinsjon, vil det ikke være grunnlag for å problematisere hjemmelsgrunnlaget. Når hjemmelsgrunnlaget er ulovfestet, må det imidlertid stilles spørsmål ved om, og eventuelt under hvilke forutsetninger, en ulovfestet kreditorvernregel kan oppstilles.

Det er ikke tvilsomt at kreditorvernregler *kan* oppstilles på ulovfestet grunnlag. Det gjelder ikke noe særskilt lovkrav på formuerettens område, og ulovfestede regler som åpner for kreditorrestinsjon, kan derfor hjemles i andre rettskilder enn lov.⁶⁰⁹ Det er imidlertid ikke alltid rettslig grunnlag for å oppstille en ulovfestet kreditorvernregel.⁶¹⁰ Det faktum at ulovfestede kreditorvernregler *kan* oppstilles på ulovfestet grunnlag, betyr ikke at ulovfestede kreditorvernregler *må* oppstilles på ulovfestet grunnlag dersom det ikke foreligger en lovhjemmel som åpner for kreditorrestinsjon av suksessors erverv. Slike slutninger minner om begrepsjus, jf. punkt 4.5.⁶¹¹ Kravet *om* hjemmel er et annet spørsmål enn hvilke krav som må stilles *til* hjemmelen. Kravet *om* hjemmel er et spørsmål om hjemmelens formelle grunnlag, mens kravet *til* hjemmelen er et spørsmål om hjemmelens kvalitet.⁶¹²

Synspunktet i teorien er at en ulovfestet regel som åpner for kreditorrestinsjon ikke kan oppstilles utelukkende på bakgrunn av hensynet til notoritet.⁶¹³ Konsekvensen av en kreditorrestinsjon er et totalt rettighetstap eller et prioritetsstap for rettighetshaveren med den

⁶⁰⁹ Marthinussen: «Ulovfestet ekstinsjon» s. 3, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 323 og Andenæs: *Konkurs* s. 261.

⁶¹⁰ I samme retning, se Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 75.

⁶¹¹ I samme retning, se Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 147-148.

⁶¹² Se til sammenligning Aagaard: «Kommentar til advokatene Berge og Stensholdt» s. 260: «Etter gjeldende norsk rett er det for øvrig ikke slik at en spesiell akt *alltid* er nødvendig for å oppnå rettsvern i form av kreditorvern. I mangel på regulering som stiller krav om en særskilt rettsvernsakt, er utgangspunktet etter dekningsloven § 2-2 at kreditorenes beslagsrett er begrenset til det som materielt etter det underliggende rettsforhold «tilhører skyldneren». Se også note 35 i samme fremstilling med videre henvisning til Lilleholt.

⁶¹³ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213-214 og Marthinussen: «Ulovfestet ekstinsjon» s. 3.

eldste rettigheten. En så inngripende rettsvirkning kan ikke oppstilles uten at det foreligger et forholdsvis klart rettsgrunnlag som åpner for kreditorekstinksjon.⁶¹⁴ Grunnlovens bestemmelse om ekspropriasjon kan illustrere hvor sterkt vern eiendomsretten nyter innenfor andre rettsområder. Dersom noen må avstå eiendommen sin på bakgrunn av samfunnsmessige hensyn, har vedkommende krav på full økonomisk kompensasjon, jf. Grunnloven § 105. Slike ekspropriasjonsinngrep krever dessuten hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113.⁶¹⁵

Det er noen forskjeller mellom ekspropriasjon og kreditorekstinksjon. Ekspropriasjon omhandler tap av eiendomsrett som følge av eiendomsavståelse til Staten, mens kreditorekstinksjon regulerer rettsforholdet mellom private borgere (suksessor og kreditor). Behovet for legalitetskontroll er ikke like stort når reglene skal regulere forholdet innbyrdes mellom to eller flere private parter. Likevel viser ekspropriasjonshjemmelen i Grunnloven § 105 at eiendomsretten innehar et sterkt vern i norsk rett.⁶¹⁶ Ettersom kreditorekstinksjon i utgangspunktet ikke gir suksessor grunnlag for restitusjon, bør det utvises forsiktighet med å oppstille kreditorekstinksjon som rettsvirkning på ulovfestet grunnlag dersom hjemmelsgrunnlaget er spinkelt.⁶¹⁷ Det kan også nevnes at eiendomsretten innehar et forholdsvis sterkt vern etter menneskerettighetene gjennom EMK P1-1. Bestemmelser som åpner for ekstinksjon mellom private parter, kan prøves etter EMK P1-1, jf. nærmere om betydningen av denne bestemmelsen for norsk rett i kapittel 7.

Når det ikke foreligger en lovfestet kreditorvernregel, vil en eventuell ulovfestet regel måtte etableres på bakgrunn av en regeldanning hvor flere rettskildefaktorer kan yte bidrag.⁶¹⁸ Reelle hensyn vil spille en viktig rolle ved en ulovfestet regeldanning. Hensynene bak de lovfestede kreditorvernreglene kan i denne sammenheng danne en ramme for hvilke hensyn som er relevante å se hen til i regeldanningsprosessen.⁶¹⁹

De lovfestede kreditorvernreglene vil imidlertid ikke bare ha betydning for hvilke hensyn som kan vektlegges i den ulovfestede regeldanningsprosessen. Som fremhevet i punkt 5.2.2 har Høyesterett utvist en forholdsvis restriktiv holdning til å supplere lovfestede kreditorvernregler med ulovfestede unntak. Såfremt et erverv faller innenfor, eller tett opp til, virkeområdet til en

⁶¹⁴ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 192 og s. 213 og Marthinussen: «Ulovfestet ekstinksjon» s. 3.

⁶¹⁵ Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018, s. 334, jf. s. 115.

⁶¹⁶ Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 328.

⁶¹⁷ I samme retning, se Marthinussen: «Ulovfestet ekstinksjon» s. 3.

⁶¹⁸ Om regeldanning, se Sverre Magnus Bergslid Salvesen: «Selvstendig rettsvernshverd i lys av HR-2017-33-A», *Jussens venner* nr. 4 /2018 (volum 53), s. 205-226 på s. 208.

⁶¹⁹ For en oversikt over viktige hensyn bak kreditorvernreglene, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 34-48 og Lilleholt: «Legitimasjon, publisitet og notoritet» s. 69-97.

lovfestet kreditorvernregel, skal det svært mye til for at rettighetshaver kan etablere kreditorvern på andre måter enn den lovfestede. Rommet for å argumentere hensynsbasert er følgelig lite når et saksforhold faller innenfor virkeområdet til en lovfestet kreditorvernregel.

Høyesterett har i liten grad vurdert hvilke utslag rettsvernsreglens preseptoriske og positivrettslige karakter skal ha i tilfeller hvor det ikke foreligger en lovfestet rettsvernsregel som regulerer rettighetskollisjonen. *Marthinussen* mener Høyesterett bør tolkes dithen at rommet for å oppstille ulovfestede kreditorvernregler er lite.⁶²⁰ Når Høyesterett ikke tolker eksisterende rettsvernsregler innskrenkende når disposisjonen klart nok er notorisk, kan heller ikke notoritetshensynet alene «være nok til å oppstille en ulovfestet rettsvernsregel», jf. punkt 6.4.2.⁶²¹ Drøftelsen til *Marthinussen* relaterer seg spesifikt til hvorvidt registrering i varemerkeregisteret og designregisteret kan tillegges virkninger overfor kreditorene på ulovfestet grunnlag. Drøftelsen illustrerer imidlertid hvorfor det på generelt grunnlag er vanskelig å etablere ulovfestede kreditorvernregler på bakgrunn av hensynet til notoritet alene.⁶²² Resonnementet må derfor antas å ha en generell rekkevidde.

Det kan synes som om *Lilleholt* er av en litt annen oppfatning enn *Marthinussen*. *Lilleholt* bruker den ulovfestede rettsvernsregelen ved løsørekjøp som et «døme [på] korleis reelle omsyn blir brukt i sentrale delar av formueretten».⁶²³ Selv om også *Marthinussen* synes å mene at den ulovfestede rettsvernsregelen ved løsørekjøp er et av de få eksemplene på en ulovfestet kreditorvernregel, synes *Lilleholt* å mene at rettsvernsregelen for løsørekjøp kan fungere som et eksempel på hvordan ulovfestede rettsvernsregler på generelt grunnlag kan dannes.⁶²⁴ *Lilleholt* uttaler i den forbindelse:

«Det er visse grunnleggjande prinsipp og føremål og standardiserte omsyn som må takast med her og i andre *tilsvarande* spørsmål innafor den allmenne formueretten.» (min kursivering).⁶²⁵

De prinsipper, formål og hensyn som *Lilleholt* nevner, legger opp til at det må foretas en interesseavveining mellom til dels motstridende interesser. *Lilleholt* mener det er «tre grunnleggjande omsyn» som må avveies mot hverandre når en rettsvernsregel skal etableres på

⁶²⁰ *Marthinussen*: *Tredjemannsproblemene* s. 213-216.

⁶²¹ *Marthinussen*: *Tredjemannsproblemene* s. 214.

⁶²² Se *Marthinussen*: *Tredjemannsproblemene* s. 213-214.

⁶²³ *Lilleholt*: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 51.

⁶²⁴ *Marthinussen* mener «den uskarpe 'hovedregelen' om krav til overlevering som vilkår for rettsvern for erverv av løsøreting» er et av de få eksemplene vi har på en regel «som klart tilkjenner for en erverver at det gjelder et særskilt krav til rettsvernsakt utenfor de lovfestede reglene», se *Tredjemannsproblemene* s. 213.

⁶²⁵ *Lilleholt*: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 52.

ulovfestet grunnlag.⁶²⁶ Det første hensynet som *Lilleholt* nevner er prinsippet om først i tid, best i rett.⁶²⁷ Suksessor har vært først ute med å etablere sin rettighetsposisjon, og kan derfor også hevdes å være best i rett. Likevel *kan* en ulovfestet ekstinksjonsregel oppstilles som et unntak fra dette prinsippet.⁶²⁸ Hensynene som taler for kreditorrestinksjon må i så tilfelle ha overvekt sammenlignet med de hensyn som taler mot å åpne for kreditorrestinksjon.⁶²⁹

Det andre hensynet som *Lilleholt* mener må avveies, er egentlig to hensyn: Hensynene til notoritet og publisitet.⁶³⁰ For å oppnå siktemålet om å motvirke kreditorsvik, oppstilles hensynene til notoritet og publisitet.⁶³¹ *Lilleholt* omtaler hensynene til notoritet og publisitet som «ferdigbunta reelle omsyn».⁶³² Selv om hensynene til notoritet og publisitet klart nok må vurderes ved etableringen av en ulovfestet rettsvernsregel, er ikke en styrking av disse hensynene nødvendigvis et mål i seg selv.⁶³³ Hensynene må tolkes i lys av det overordnede formålet om å motvirke kreditorsvik. Dersom en handling isolert sett medfører en styrking av hensynene til notoritet og publisitet, men ikke samtidig bidrar til å motvirke kreditorsvik, vil hensynene til notoritet og publisitet måtte tillegges mindre vekt.⁶³⁴

Det tredje hensynet som *Lilleholt* mener må vurderes ved etableringen av en ulovfestet kreditorvernregel, er hensynet til omsetningslivets tarv.⁶³⁵ Med dette forstår *Lilleholt* at kreditorvernregler ikke bør hindre «økonomiske disposisjonar som har gode grunnar for seg».⁶³⁶ Kreditorvernregler kan imidlertid ikke etableres på bakgrunn av hva som fremstår som en god løsning i den enkelte sak.⁶³⁷ Med *Lilleholts* ord må rettsanvenderen være «regelorientert» ved etableringen av ulovfestede kreditorvernregler.⁶³⁸ Dette innebærer at den

⁶²⁶ Lilleholt drøfter spesifikt den ulovfestede rettsvernsregelen om løselekjøpers rettsvern, men skriver at de samme hensynene også må vurderes i «andre tilsvarende spørsmål innafor den allmenne formueretten», se «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 52. Se også Hauge: *Løselekjøpers kreditorvern* s. 24 flg. som fremhever blant annet hensynet til omsetningen, behovet for klare skjæringstidspunkt, hensynet til å motvirke kreditorsvik og hensynet til at kreditorer uten sikkerhet skal likestilles.

⁶²⁷ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 52.

⁶²⁸ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 670.

⁶²⁹ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 670.

⁶³⁰ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 52.

⁶³¹ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 217-218.

⁶³² Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 53.

⁶³³ Marthinussen: «Ulovfestet ekstinksjon» s. 27.

⁶³⁴ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 217-218 og Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 53. Se også Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 510 som bruker den manglende faren for kreditorsvik som et hensynsbasert argument. Jeg tolker også Høgetveit Berg i samme retning når han skriver at «[f]or typetilfelle der faren for kreditorsvik er større enn elles vil det naturlegvis vera grunn til å stille opp notoritetskrav», se *Beslagsretten* punkt 6.3.1.

⁶³⁵ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 52.

⁶³⁶ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 52.

⁶³⁷ Eckhoff: *Rettskildelære* s. 371.

⁶³⁸ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 53.

ulovfestede kreditorvernregelen må etableres på bakgrunn av generelle betraktninger, og ikke på bakgrunn av den konkrete saken.⁶³⁹ Lilleholt har for eksempel drøftet hvilke ulovfestede unntak fra overleveringskravet som kan oppstilles på bakgrunn av ulike typetilfeller.⁶⁴⁰ Typetilfellene tar utgangspunkt i generelle og typifiserte tilfeller, se nærmere om typetilfeller i punkt 8.2.10.

I tillegg til disse tre hensynene kan også hensynet til forutberegnelighet for suksessor nevnes. Suksessor vil ha behov for å kunne avklare sin rettighetsposisjon.⁶⁴¹ Dersom det åpnes for kreditorekstinksjon på bakgrunn av et spinkelt hjemmelsgrunnlag, vil det kunne komme som en ubehagelig overraskelse for suksessor. Dette kan omtales som hensynet til *status quo*: Det bør ikke gripes inn i etablerte rettighetsposisjoner med mindre det er rettslig grunnlag for noe annet.⁶⁴²

Hensynene som må avveies ved danningen av en ulovfestet rettsvernsregel vil ofte trekke i motsatte retninger. Hensynet til at kreditor ikke får bedre rett enn debitor og hensynet til omsetningslivets tarv, vil ofte tale for å beskytte suksessor. Hensynet til å motvirke kreditorsvik vil imidlertid oftest tale for en kreditorekstinksjon. Hvordan hensynene til slutt skal avveies mot hverandre, er ikke mulig å avgjøre generelt. Det kan tenkes at det er mulig å argumentere hensynsbasert for flere ulike løsninger, se for eksempel punkt 8.2.6-8.2.8.

Gjennomgangen ovenfor viser at dersom det finnes en lovfestet kreditorvernregel som regulerer suksessors adgang til å etablere kreditorvern, er det lite rom for å supplere bestemmelsen med ulovfestede kreditorvernregler, jf. punkt 5.2.2. Adgangen til å utføre en utvidende tolkning av lovfestede kreditorvernregler er også begrenset, jf. punkt 5.2.3. Dersom det ikke finnes en lovfestet kreditorvernregel som regulerer suksessors adgang til å etablere kreditorvern, kan det være grunnlag for å oppstille en ulovfestet kreditorvernregel. Det bør imidlertid utvises en viss forsiktighet med å oppstille ulovfestede kreditorvernregler, også i tilfeller hvor det ikke foreligger noen lovfestet kreditorvernregel som regulerer suksessors adgang til å etablere kreditorvern, jf. kapittel 6.⁶⁴³ Dersom det skal oppstilles en ulovfestet kreditorvernregel, bør det være en sterk overvekt av hensyn – gjerne i kombinasjon med at regelen har vært langvarig

⁶³⁹ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 53-54.

⁶⁴⁰ Se for eksempel Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305 og Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 194.

⁶⁴¹ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 25.

⁶⁴² I samme retning, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213.

⁶⁴³ I samme retning, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213.

omtalt i teorien – som taler for at suksessor må foreta seg en rettsvernsakt for å være beskyttet mot kreditorene, jf. for eksempel punkt 8.2.

6 KREDITOREKSTINKSJON I LYS AV EMK

6.1 Innledning

EMK er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 første ledd. Inkorporeringen omfatter blant annet tilleggsprotokoll nr. 1 til EMK. Ved motstrid skal EMK gå foran «annen lovgivning», jf. menneskerettsloven § 3. I tillegg følger det av Grunnloven § 92 at:

«Dei statlege styresmaktene skal respektere og tryggje menneskerettane slik dei er fastsette i denne grunnlova og i traktatar om menneskerettar som er bindande for Noreg.»

Den rettslige statusen til EMK skal ikke behandles nærmere i dette kapittelet. Det er tilstrekkelig å påpeke at EMK gradvis har fått en styrket posisjon i norsk rett, og har på flere punkter vist seg å gi borgerne et bedre vern enn det som følger av norsk lov.⁶⁴⁴ Hensikten i dette kapittelet er i stedet å vurdere *om*, og eventuelt *hvilken*, betydning EMK har for adgangen til å oppstille kreditorstinksjonsregler, både på lovfestet og ulovfestet grunnlag.⁶⁴⁵

EMK kan ha betydning for tingsrettslige regler. Det er særlig EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (heretter EMK P1-1), som skal sikre stabilitet i eiendomsforhold, som har vært viet oppmerksomhet i tingsrettslig sammenheng.⁶⁴⁶ EMK P1-1 lyder som følger:

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»

Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) avsa i 2007 en storkammerdom i den såkalte *Pye*-saken. I forkant av *Pye*-saken var det antatt at tingsretten var et nasjonalt anliggende som i liten grad ble berørt av internasjonale konvensjoner.⁶⁴⁷ *Pye*-saken var imidlertid en

⁶⁴⁴ Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 101-103.

⁶⁴⁵ For en mer generell gjennomgang av EMK P1-1, se Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 58-115.

⁶⁴⁶ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 44.

⁶⁴⁷ Hans Fredrik Marthinussen: «Om europeiseringen av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettighetsdomstols avgjørelser i *Pye*-saken», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 2/2008 (volum 121), s. 179-208 på s. 179-180.

«vekker», og ga indikasjoner på at EMK P1-1 kunne få betydning for norske ekstinksjonsregler. *Pye*-saken ble først behandlet i kammer, før den til slutt ble behandlet i storkammer.⁶⁴⁸ I etterkant av dommen har flere drøftet *Pye*-saken sin betydning for norske ekstinksjonsregler.⁶⁴⁹ I det følgende kommer jeg til å referere til kammerdommen som *Pye* (kammer) og storkammerdommen som *Pye* (storkammer).

I den videre gjennomgangen vil jeg først i punkt 6.2 gjennomgå innholdet i EMK P1-1. Deretter vil jeg gjennomgå *Pye*-saken i punkt 6.3, før jeg i punkt 6.4 foretar en vurdering av hvilken betydning EMK P1-1 potensielt kan få for norske kreditorekstinksjonsregler. Noen avsluttende refleksjoner om EMK P1-1 sin betydning for norske kreditorekstinksjonsregler fremsettes i punkt 6.5.

6.2 Kort om systematikken i EMK P1-1

EMK griper ikke inn i rettsforhold mellom private parter. Et konvensjonsbrudd etter EMK må derfor som utgangspunkt kunne føres tilbake til medlemsstaten.⁶⁵⁰ EMD har imidlertid gjennom en rekke dommer oppstilt en plikt for statene til å sikre en effektiv oppfyllelse av rettighetene som følger av EMK. Borgerne skal derfor sikres at deres eiendomsrett blir beskyttet mot inngrep fra andre borgere.⁶⁵¹ Dersom det oppstår spørsmål om hvilke krav som oppstilles etter EMK i en sak mellom to private parter, kan domstolen ta stilling til dette.⁶⁵² Konvensjonsbrudd kan imidlertid bare fastslås dersom staten er saksøkt.⁶⁵³

For at EMK P1-1 skal komme til anvendelse, må EMD kunne konstatere at det foreligger et *inngrep* i eiendomsinteressen.⁶⁵⁴ Inngreps-vilkåret er ikke å gjenfinne i ordlyden til EMK P1-1, men er utviklet gjennom konvensjonspraksis. Terskelen for at noe skal anses som et inngrep, synes lav, og konvensjonspraksis viser at tap av eiendomsrett som følge av en lovfestet eller ulovfestet ekstinksjonsregel kan være å regne som et inngrep.⁶⁵⁵ Det er dermed ikke tvilsomt at

⁶⁴⁸ J. A. Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (44302/02), dom 15. November 2005 og J. A. Pye (Oxford) Ltd. and J. A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. The United Kingdom (44302/02), storkammerdom 30. august 2007.

⁶⁴⁹ Se blant annet Marthinussen: «Om europeisering av tingsretten» s. 179-208, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 173-174, jf. s. 133-134, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 691-705 og Løvteit: *Pant i immaterialrettigheter* s. 323-330.

⁶⁵⁰ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen* s. 60 og Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 701.

⁶⁵¹ Skoghøy omtaler dette som «indirekte horisontal virkning», jf. Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 30, jf. 89-90.

⁶⁵² Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 90.

⁶⁵³ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 90.

⁶⁵⁴ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen* s. 60. Se Maurice v. France, avsnitt 78-80.

⁶⁵⁵ Pye (storkammer), avsnitt 58-63. Se også Stig H. Solheim: «Nytt fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD)», *Tidsskrift for eiendomsrett* 1/2008 (volum 4) s. 110-125 på s. 119

EMD kan prøve om en privatrettslig regel som åpner for ekstinksjon, er i samsvar med EMK P1-1.⁶⁵⁶

Det er ikke med dette sagt at regler som åpner for ekstinksjon, automatisk vil være i strid med EMK P1-1. Når det statueres at en ekstinksjonsregel kan utgjøre et inngrep, konstateres det bare at regelen kan prøves etter EMK P1-1. Statens adgang til å regulere eiendomsforhold gjennom privatrettslige regler om ekstinksjon ivaretas gjennom de øvrige vilkårene.⁶⁵⁷

Dersom det konstateres at det foreligger et inngrep, er det ikke lett å utlede fra ordlyden i EMK P1-1 hvordan inngrepet skal prøves.⁶⁵⁸ Bestemmelsens systematikk har imidlertid utviklet seg gjennom konvensjonspraksis. I *Maurice* redegjør EMD nærmere for systematikken i EMK P1-1.⁶⁵⁹ Det fremgår av premissene at bestemmelsen er bygd opp av tre regler.⁶⁶⁰ Den første regelen, som omtales som prinsippregelen, kan gjenfinnes i EMK P1-1 første ledd første punktum. Regelen er generell og knesetter prinsippet om at individer har rett til å utnytte sin eiendom i fred («principle of peaceful enjoyment of property»)⁶⁶¹ Den andre regelen, som omtales som avståelsesregelen, omhandler under hvilke forutsetninger eiendomsavståelse er tillatt, jf. EMK P1-1 første ledd annet punktum.⁶⁶² Den tredje regelen omtales som kontrollregelen, og fremgår av EMK P1-1 annet ledd. Kontrollregelen omhandler statenes adgang til å kontrollere bruk av eiendom i samsvar med allmenne interesser.⁶⁶³ Den mest naturlige regelen å vurdere ekstinksjonsregler etter, er trolig kontrollregelen.⁶⁶⁴ Hvilken regel som anvendes, synes imidlertid ikke å spille en vesentlig rolle etter EMD-praksis: Avståelses- og kontrollregelen må uansett leses i sammenheng med prinsippregelen.⁶⁶⁵

⁶⁵⁶ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 133.

⁶⁵⁷ Solheim: «Nytt fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD)» s. 119.

⁶⁵⁸ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen* s. 59.

⁶⁵⁹ *Maurice v. France* (11810/03), storkammerdom 6. oktober 2005.

⁶⁶⁰ De tre reglene ble introdusert i *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (7151/75 og 7151/76), plenumsdom 23. september 1982, avsnitt 61. Se også blant annet *James and others v. The United Kingdom* (8793/79), dom 21. februar 1986, avsnitt 37, *Iatridis v. Greece* (31107/96), dom 25. mars 1999, avsnitt 55 og *Pye* (storkammer), avsnitt 52. Se også Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 65, Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 693 og Løvteit: *Pantssettelse av immaterielle rettigheter* s. 323-324.

⁶⁶¹ *Maurice v. France*, avsnitt 78.

⁶⁶² *Maurice v. France*, avsnitt 78.

⁶⁶³ *Maurice v. France*, avsnitt 78.

⁶⁶⁴ *Pye* (storkammer), avsnitt 66 og *Vaskrsić v. Slovenia* (31371/12), dom 25. april 2017, avsnitt 73. Se også Stelander Magnussen: *Ekstinktive ulovfestede godtroerverv* s. 701-702, Løvteit: *Pantssettelse av immaterielle rettigheter* s. 324, Stig H. Solheim: «Nytt fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD)», *Tidsskrift for eiendomsrett* 1/2008 (volum 4) s. 110-125 på s. 119. Motsatt Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg: «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegom», *Jussens Venner* nr. 5/2003 (volum 38) s. 312-339 på s. 318 som mener avståelsesregelen er regelen som kan ha betydning ved ekstinksjon. Artikkelen til Berg og Harborg er imidlertid fra tiden før den rettsavklarende *Pye* (storkammer).

⁶⁶⁵ *S.A. Dangeville v. France* (36677/97), dom 16. april 2002, avsnitt 51. Se også Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 72-74.

Når EMD har plassert en sak under én av de tre reglene, må det vurderes om inngrepet kan rettfærdiggjøres. Denne vurderingen kan deles opp i tre selvstendige vilkår.⁶⁶⁶ Det må vurderes om inngrepet har en «akseptabel hjemmel, tjener et legitimt formål og består proporsjonalitetstesten».⁶⁶⁷ Samtlige av de tre vilkårene må passere prøvingen til EMD for at inngrepet skal anses konvensjonsmessig.⁶⁶⁸ Vilkårene er følgelig kumulative. Vilkårene kan tidvis gli over i hverandre, og hjemmelens kvalitet er for eksempel også relevant ved prøving av vilkåret til akseptabel hjemmel og proporsjonalitetstesten.⁶⁶⁹

I kravet til akseptabel hjemmel ligger at hjemmelen må være tilstrekkelig tilgjengelig, presis og forutsigbar.⁶⁷⁰ Kravet til tilgjengelighet medfører at borgerne må ha mulighet til å få kunnskap om hva som er de gjeldende reglene.⁶⁷¹ Kravet til presisjon og forutberegnelighet innebærer at regelen må gi borgeren adgang til å forutse, eventuelt med hjelp, de rettslige konsekvensene av handlingene sine.⁶⁷² Det er ikke tvilsomt at lovkravet som oppstilles etter EMK P1-1, må tolkes i lys av den rettstradisjonen som gjelder i det aktuelle medlemslandet.⁶⁷³ I rettssystemer som åpner for ulovfestede regler, vil ulovfestede regler kunne passere lovkravet, og dermed regnes som en akseptabel hjemmel. Svakheter ved hjemmelsgrunlaget kan imidlertid komme inn som et moment i proporsjonalitetsvurderingen.⁶⁷⁴

Gjennom vilkåret til legitimt formål prøver EMD om inngrepet lar seg begrunne i samfunnsmessige interesser. EMK P1-1 oppstiller ikke hvilke vilkår som anses legitime, og det må kunne legges til grunn at et vidt spekter av formål vil godtas av EMD.⁶⁷⁵ Statene nyter også en forholdsvis vid skjønnsmargin med hensyn til hvilke formål som anses legitime.⁶⁷⁶ Vilkåret til legitimt formål trenger ikke nødvendigvis å spille en særlig stor rolle som selvstendig vilkår, men tillegges ofte vekt i proporsjonalitetsvurderingen.⁶⁷⁷ Formålet kan graderes når det kommer inn i proporsjonalitetsvurderingen: Jo mer tungtveiende samfunnsmessige interesser

⁶⁶⁶ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 75-76.

⁶⁶⁷ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 75.

⁶⁶⁸ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 75.

⁶⁶⁹ Se *James and others v. The United Kingdom*, avsnitt 37 og Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 92-93 med videre henvisninger.

⁶⁷⁰ *Carbonara and Ventura v. Italy* (24638/94), dom 30. mai 2000, avsnitt 64.

⁶⁷¹ *Sunday Times v. The United Kingdom* (6538/74), dom 26. april 1979, avsnitt 49 og Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 77.

⁶⁷² *Sunday Times v The United Kingdom*, avsnitt 49 og Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 77

⁶⁷³ Stelander Magnussen: *Ekstinktive ulovfestede godtroerverv* s. 701.

⁶⁷⁴ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 92-93 med videre henvisninger.

⁶⁷⁵ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 79-80.

⁶⁷⁶ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 79-80 med videre henvisninger.

⁶⁷⁷ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 80-81 og 84-85.

som ivaretas gjennom inngrepet, desto mer skal til for at EMD konstaterer at inngrepet er uforholdsmessig.⁶⁷⁸

Kravet til proporsjonalitet innebærer at EMD vurderer om det er en rimelig balanse mellom formålet som søkes ivaretatt, og det inngrepet som er gjort i den konkrete saken.⁶⁷⁹ I *Draon* formuleres proporsjonalitetsprinsippet på følgende måte:

«An interference with the peaceful enjoyment of possessions must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights [...] In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions».⁶⁸⁰

Flere forhold kommer inn i proporsjonalitetsvurderingen. *Stig Solheim* mener proporsjonalitetstesten skal søke å «finne en rimelig balanse mellom statens styringsbehov og individets beskyttelsesbehov».⁶⁸¹

I det følgende punktet vil jeg gjennomgå *Pye*-saken. EMD vurderte i denne saken om den engelske regelen om *adverse possession* var i strid med EMK P1-1. *Pye*-saken inneholder premisser som kan være av relevans for hvordan EMD vil prøve norske ekstinksjonsregler dersom det blir aktuelt i fremtiden.

6.3 Pye-saken

Faktum i *Pye*-saken var at selskapet J.A. Pye (Oxford) Ltd. hadde leid ut en eiendom til ekteparet Graham. Ekteparet brukte eiendommen til beite. *Pye* var registrert som eier av eiendommen i det engelske rettsregisteret for fast eiendom, det såkalte *Land Registry*. Leieavtalen mellom *Graham* og *Pye* løp ut 31. desember 1983. Ekteparet gjorde forsøk på å forlenge leieavtalen, men fikk avslag. Begrunnelsen var at *Pye* ønsket å utvikle eiendommen for boligbygging. Fra og med september 1984 og frem til 1999 benyttet *Graham* eiendom til *Pye* til landbruksvirksomhet. Bruken skjedde uten tillatelse fra *Pye*. *Pye* protesterte imidlertid aldri på bruken.

⁶⁷⁸ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 85-87 med videre henvisninger.

⁶⁷⁹ Marthinussen: «Om europeiseringen av tingsretten» s. 188.

⁶⁸⁰ *Draon v. France* (1513/03), storkammerdom 6. oktober 2005.

⁶⁸¹ Solheim: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* s. 82.

I 1997 tok ekteparet rettslige skritt for å bli tilkjent eiendomsrett til den omtvistede eiendommen på bakgrunn av den engelske regelen om *adverse possession*.⁶⁸² *Adverse possession* minner om de norske hevdsreglene, men med noen vesentlige forskjeller.⁶⁸³ For det første var brukstiden som var nødvendig for å vinne rett etter *adverse possession*, 12 års uhjemlet bruk, og ikke 20 års uhjemlet bruk, slik hevdsloven § 2 første ledd krever. For det andre var det ikke noe vilkår etter regelen om *adverse possession* at «hevderen» var i aktsom god tro om rettmessigheten av egen bruk.⁶⁸⁴ Vilkåret om at hevderen er i aktsom god tro om rettmessigheten av egen bruk, er grunnleggende etter hevdsloven § 4. Likheten mellom *adverse possession* og hevd er imidlertid at uhjemlet bruk over tid kan medføre et rettighetstap for hjemmelshaver, med et tilsvarende rettighetserverv for «hevderen».

Siste instans i England hadde gitt ekteparet *Graham* medhold i at de hadde vunnet rett til eiendommen på bekostning av *Pye* etter regelen om *adverse possession*. *Pye* brakte saken inn for EMD og påstod at regelen om *adverse possession* var i strid med EMK P1-1. I *Pye* (kammer) konstaterte EMD, med dissens fire mot tre, at regelen om *adverse possession* var i strid med EMK P1-1. Regelen om *adverse possession* ble i *Pye* (kammer) vurdert etter avståelsesregelen. Kammeret kom til at regelen om *adverse possession* tjente et legitimt formål, særlig sett i lys av at regelen hadde blitt opprettholdt, med innskrenkninger, etter en lovendring i 2002.⁶⁸⁵

Flertallet i kammeret gikk deretter videre til å vurdere om regelen om *adverse possession* var proporsjonal. I denne vurderingen ble det vektlagt at *Pye* ikke mottok kompensasjon for tapet av eiendomsrett.⁶⁸⁶ Kammerets flertall vektla også at *Pye* ikke hadde tilstrekkelig mulighet til å beskytte seg mot *adverse possession*.⁶⁸⁷ Det ble fremhevet at lovendringen til reglene om *adverse possession* fra 2002 hadde strammet inn «hevderens» adgang til å vinne rett til

⁶⁸² Det kan problematiseres om begrepet eiendomsrett er riktig å benytte her. Dette skyldes at den engelske tingsretten operer med et litt spesielt eiendomsbegrep, se Marthinussen: «Om europeiseringen av tingsretten» s. 180-181 med videre henvisninger. I tillegg er «eiendomsretten» som oppnås gjennom *adverse possession* begrenset, se Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 528-529 med videre henvisninger. I det videre benytter jeg for enkelthets skyld begrepet «eiendomsrett», ettersom de særegne trekkene ved det engelske eiendomsrettsbegrepet ikke er av betydning for gjennomgangen av *Pye*-saken.

⁶⁸³ Nærmere redegjørelse for regelen om *adverse possession* gis i Marthinussen: «Om europeiseringen av tingsretten» s. 180-184.

⁶⁸⁴ Etter reglene om *adverse possession* brukes ofte begrepet «squatter» om personen som foretar den uhjemlede bruken. I det videre bruker jeg begrepet «hevder» i hermetegn for å forenkle sammenhengen mellom reglene om *adverse possession* og hevd.

⁶⁸⁵ *Pye* (dom), avsnitt 63-67. Lovendringen i 2002 førte til at det ble vanskeligere for «hevderen» å vinne rett etter *adverse possession* dersom den omtvistede eiendommen var registrert i *Land Registry*, se Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 528-529 med videre henvisninger.

⁶⁸⁶ *Pye* (dom), avsnitt 71-72.

⁶⁸⁷ *Pye* (dom), avsnitt 73: «The lack of compensation in the present case must also be viewed in the light of the lack of adequate procedural protection [...] no form of notification whatever was required to be given to the owner, which might have alerted him to the risk of losing his title.»

eiendommer som var registrert i *Land Registry*.⁶⁸⁸ Endringen medførte blant annet at rette eier skulle gis et varsel dersom «hevderen» søkte om å få overført registerhjemmelen til seg etter ti års bruk. Den registrerte eieren ble også gitt en adgang til å protestere mot at hjemmelen skulle overføres, noe som begrenset adgangen som «hevderen» hadde til å vinne frem på bekostning av den registrerte eieren.⁶⁸⁹ På denne bakgrunn kom flertallet til at regelen om *adverse possession*, slik de var utformet før lovendringen i 2002, ikke bestod proporsjonalitetstesten. Det ble følgelig konstatert et brudd på EMK P1-1.⁶⁹⁰

Mindretallet i *Pye* (kammer) konkluderte med at regelen om *adverse possession* ikke brøt med EMK P1-1. De vektla særlig at *adverse possession* var godt kjent, at *Pye* var et profesjonelt eiendomsutviklingsselskap med (presumtivt) god tilgang på juridisk kunnskap, at det ikke var uforholdsmessig byrdefullt å pålegge *Pye* å føre en viss kontroll over egen eiendom, og at medlemsstatene måtte tilkjennes en vid skjønnsmargin ved implementeringen av EMK.⁶⁹¹

Pye-saken ble, etter behandlingen i kammer, overført til storkammer. Dom i storkammer ble avsagt med dissens ti mot syv. Flertallet klargjorde innledningsvis i *Pye* (storkammer) at saken ikke omhandlet hvordan regelen om *adverse possession* hadde blitt tolket og anvendt av den engelske domstolen, men om regelen som sådan var i tråd med EMK P1-1.⁶⁹² Prøvingen omhandlet medlemslandets ansvar for lovgivning «activated as a result of the interactions of private individuals».⁶⁹³ EMD prøvde derfor ikke regler som var rettet direkte mot *Pye*, men regler som gjorde seg gjeldende «only when the pre-existing conditions for the acquisition of title by adverse possession had been met».⁶⁹⁴

Flertallet fastslo at tap av eierskap som følge av *adverse possession* kunne prøves etter EMK P1-1.⁶⁹⁵ Selv om EMD ikke presiserte at denne drøftelsen relaterte seg til hvorvidt regelen medførte et inngrep, er det mest naturlig å kategorisere drøftelsen under inngreps-vilkåret. Flertallet stadfestet deretter at saken skulle prøves etter kontrollregelen, ettersom saken omhandlet en regel som skulle regulere «limitation periods in the context of the use and ownership of land as between individuals».⁶⁹⁶

⁶⁸⁸ *Pye* (dom), avsnitt 74.

⁶⁸⁹ Se Stelander Magnussen: *Ekstinktive ulovfestede godtroerverv* s. 528-529 med videre henvisninger.

⁶⁹⁰ *Pye* (dom), avsnitt 75-76.

⁶⁹¹ *Pye* (dom), avsnitt 1-4 (*joint dissenting opinion*).

⁶⁹² *Pye* (storkammer), avsnitt 56.

⁶⁹³ *Pye* (storkammer), avsnitt 57.

⁶⁹⁴ *Pye* (storkammer), avsnitt 57.

⁶⁹⁵ *Pye* (storkammer), avsnitt 58-63.

⁶⁹⁶ *Pye* (storkammer), avsnitt 66.

Flertallet mente reglene om *adverse possession* tjente et legitimert formål. Flertallet henviste til at bortfallsregler begrunnet i passivitet fra rettighetshavers side, førte til en avklaring av rettsforhold og forenkling av bevissituasjonen.⁶⁹⁷ Videre vektla flertallet at det måtte gjelde en svært vid skjønnsmargin for medlemsstatene i saker som omhandlet gamle og komplekse regler som regulerte privatrettslige forhold mellom to private borgere.⁶⁹⁸ Flertallet observerte også at flere medlemsstater hadde regler som minnet om *adverse possession*, og hvor overføring av eierskap kunne inntreffe uten at opprinnelige eier ble kompensert.⁶⁹⁹ Konklusjonen var følgelig at reglene måtte anses å tjene legitime formål.⁷⁰⁰

Størsteparten av flertallets drøftelse relaterte seg til hvorvidt reglene om *adverse possession* var proporsjonal.⁷⁰¹ I denne vurderingen vektla flertallet at reglene var tilgjengelige for *Pye*.⁷⁰² Det ble videre vektlagt at *Pye* hadde mulighet til å stoppe den rettstridige bruken, og dermed avbryte tidsfristen som løp etter reglene om *adverse possession*.⁷⁰³ Det ble heller ikke ansett avgjørende at eiendomstapet ikke ble kompensert, ettersom kontrollregelen ikke forutsatte kompensasjon for eiendomstap.⁷⁰⁴ Flertallet kunne heller ikke se at det var relevant at reglene om *adverse possession* hadde blitt endret i 2002, ettersom det var de gamle reglene som var gjenstand for prøving.⁷⁰⁵ Flertallet mente heller ikke at det var en så stor ubalanse mellom rettstapet til *Pye* og gevinsten til *Graham* at bestemmelsene om *adverse possession* måtte anses konvensjonsstridig.⁷⁰⁶ Det måtte falle innenfor medlemsstatens skjønnsmargin å avgjøre at eiendomsrettigheter kunne gå tapt dersom eier hadde forholdt seg passiv til langvarig og uhjemlet bruk. Et slikt rettighetstap ville også nødvendigvis medføre et tilsvarende rettighetserverv for «hevderen». Flertallet ville heller ikke vektlegge at det økonomiske tapet for *Pye* var forholdsvis stort, ettersom tidsbegrensningen på 12 år etter reglene om *adverse possession* måtte gjelde uavhengig av størrelsen på det økonomiske tapet for å oppfylle sitt formål.⁷⁰⁷ Konklusjonen var følgelig at reglene om *adverse possession* ikke medførte et brudd på EMK P1-1.

⁶⁹⁷ *Pye* (storkammer), avsnitt 68-69 med henvisning til avsnitt 51 i *Stubbings and others v. The United Kingdom* (22083/93; 22095/93), dom 22. oktober 1996.

⁶⁹⁸ *Pye* (storkammer), avsnitt 71.

⁶⁹⁹ *Pye* (storkammer), avsnitt 72.

⁷⁰⁰ *Pye* (storkammer), avsnitt 73-74.

⁷⁰¹ *Pye* (storkammer), avsnitt 75-85.

⁷⁰² *Pye* (storkammer), avsnitt 77.

⁷⁰³ *Pye* (storkammer), avsnitt 78 og 80.

⁷⁰⁴ *Pye* (storkammer), avsnitt 79.

⁷⁰⁵ *Pye* (storkammer), avsnitt 81.

⁷⁰⁶ *Pye* (storkammer), avsnitt 83.

⁷⁰⁷ *Pye* (storkammer), avsnitt 84.

Mindretallet i *Pye* (storkammer) delte seg i to dissenser. Fem dommere stod bak den første dissensen. I likhet med flertallet mente dommerne som sluttet seg til den første dissensen at *adverse possession* måtte vurderes etter kontrollregelen i EMK P1-1. I motsetning til flertallet ble det konkludert med at reglene om *adverse possession* ikke var proporsjonale. Det ble særlig sett hen til at formålet med reglene om *adverse possession* var lite viktig i tilfeller hvor eiendommen var registrert i *Land Registry*, at *Pye* ikke ble tilkjent noen kompensasjon for sitt eiendomstap, og at det gamle regelverket ikke beskyttet rettighetshaver i tilstrekkelig grad ved at det ble stilt krav om at «hevderen» sendte varsel om den urettmessige bruken.

To dommere stod bak den andre dissensen. Den andre dissensen var adskillig krassere enn de øvrige votaene. Reglene om *adverse possession* ble i dette votumet vurdert etter avståelsesregelen. Det impliseres imidlertid at resultatet ville blitt det samme uavhengig av hvilken regel som ble anvendt. Det ble fremhevet at reglene om *adverse possession* ikke tjente noe legitimt formål i rettssystemer som hadde et rettighetsregister for fast eiendom. I dissensen ble det blant annet uttalt at *adverse possession* medførte «disrespect for the legitimate rights and expectations of the registered property owners» og «encourages illegal possession of property and the growth of squatting».⁷⁰⁸ Reglene om *adverse possession* bestod derfor ikke formålstenen etter EMK P1-1. Det ble også lagt til grunn i den andre dissensen at reglene om *adverse possession* ikke oppfylte kravene til proporsjonalitet. Begge mindretallsvotaene konstaterte følgelig at reglene om *adverse possession* ikke var i samsvar med EMK P1-1.

6.4 Hvilken betydning kan EMK P1-1 ha for norske regler om kreditorekstinksjon?

6.4.1 EMDs prøving av norske tomtfesteregler etter EMK P1-1

Norske regler om kreditorekstinksjon har ikke vært prøvd for EMD. Det er derfor vanskelig å forutse hvordan EMD kommer til å vurdere disse reglene, særlig sett i lys av at EMK er et levende instrument som er gjenstand for dynamisk utvikling.⁷⁰⁹ Det som kan fastslås med sikkerhet etter *Pye* (storkammer), er at EMD *kan* prøve om lovbestemmelser som åpner for ekstinksjon er i strid med EMK P1-1. *Pye* (storkammer) viser også at dersom norske regler om kreditorekstinksjon i fremtiden skal prøves av EMD, er det mest sannsynlig at reglene prøves

⁷⁰⁸ *Pye* (storkammer), *dissenting opinion of judge Loucaides joined by judge Kovler*.

⁷⁰⁹ *Tyrer v. The United Kingdom* (5856/72), dom 25. april 1978, avsnitt 31 og Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 39-40. I samme retning, se Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 326.

etter kontrollregelen.⁷¹⁰ Hva som skal til for at en kreditorekstinksjonsregel er i strid med EMK P1-1, er imidlertid usikkert etter *Pye* (storkammer). En viss pekepinn på hvor intensivt EMD kan tenkes å prøve norske regler om kreditorekstinksjon, kan kanskje utledes fra *Lindheim*-saken (heretter *Lindheim*).⁷¹¹ *Lindheim* omhandlet en prøving av norske tomtefesteregler etter EMK P1-1. Saken gir indikasjoner på hvor inngående EMD kan tenkes å prøve norske regler som regulerer eiendomsforhold mellom private borgere. En kort gjennomgang av *Lindheim* presenteres i det følgende.

Bestemmelsen som var gjenstand for prøving i *Lindheim*, var den dagjeldende regelen i tomtefesteloven om forlengelse av festeavtaler til tomt for bolig eller fritidshus.⁷¹² Tidligere ga tomtefesteloven § 33 festeren en rett til å kreve en tidsbegrenset festeavtale forlenget i ubegrenset tid etter festeavtalens utløp, uten at bortfesteren hadde rett til å kreve en justering av festeavtalen som følge av prisøkning på eiendommen. Den eneste justeringen som bortfesteren hadde rett til å kreve, var en justering basert på endringer i konsumprisindeksen. EMD vurderte den tidligere forlengelsesregelen i tomtefesteloven § 33 etter kontrollregelen.⁷¹³ EMD vurderte først om regelen hadde et gyldig formål. Det ble lagt til grunn at bestemmelsen hadde til formål å beskytte festere som ikke hadde penger til å innløse tomten ved utløp av festeavtalen. EMD mente slike sosialpolitiske hensyn var legitime.⁷¹⁴ EMD vurderte deretter om forlengelsesregelen var proporsjonal.⁷¹⁵ EMD vektla i denne vurderingen blant annet at festeavgiften var veldig lav (ofte lavere enn eiendomsskatten i området), at adgangen til forlengelse ikke var behovsprøvd og dermed hadde et mye videre omfang enn bare å utjevne sosiale ulikheter, og at en eventuell prisstigning utelukkende ville komme festeren til gode ved overdragelse av gunstige festeavtaler til tredjemenn.⁷¹⁶ Tomtefesteloven § 33 hadde dermed ikke i tilstrekkelig grad tatt hensyn til bortfesters interesser. EMD konkluderte på denne bakgrunn med at tomtefesteloven § 33 ikke var proporsjonal etter EMK P1-1.⁷¹⁷ For ordens skyld nevnes at tomtefesteloven § 33 har blitt endret i etterkant av *Lindheim*. Bortfester er nå

⁷¹⁰ Se *Vaskrsić v. Slovenia*, avsnitt 73 hvor tvangssalg av en fast eiendom for å dekke inn utestående gjeld til en kreditor ble vurdert etter kontrollregelen. Se også *Stelander Magnussen: Ekstinktive ulovfestede godtroerverv* s. 701-702 med videre henvisninger og *Løvteit: Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 324.

⁷¹¹ *Lindheim and others v. Norway* (13221/08 and 2139/10), dom 12. juni 2012.

⁷¹² *Lindheim and others v. Norway*, avsnitt 119-136.

⁷¹³ *Lindheim and others v. Norway*, avsnitt 75-78.

⁷¹⁴ *Lindheim and others v. Norway*, avsnitt 96-100.

⁷¹⁵ *Lindheim and others v. Norway*, avsnitt 119-136.

⁷¹⁶ *Lindheim and others v. Norway*, avsnitt 128-134.

⁷¹⁷ *Lindheim and others v. Norway*, avsnitt 135-136.

gitt en adgang til å kreve et engangsløft av festeavgiften ved forlengelse av festeavtalen, jf. tomtefesteloven § 33 første punktum, jf. § 15 fjerde ledd.⁷¹⁸

Til forskjell fra *Pye* (storkammer) omhandlet ikke *Lindheim* adgangen til å ekstingvere eiendomsrettigheter. *Lindheim* kan imidlertid tenkes å ha en viss overføringsverdi til spørsmål om overprøving av norske regler om kreditorekstinksjon. *Lindheim* illustrerer at inngrep i en eierposisjon ikke tillates av EMD dersom lovgiver ikke har foretatt en tilstrekkelig avveining mellom interessene til eieren og den som griper inn i eiendomsretten til eieren. Regler som åpner for ekstinksjon uten at det ytes kompensasjon til eieren, trenger imidlertid ikke i seg selv å være i strid med EMK P1-1, slik illustrert av *Pye* (storkammer). I det følgende vil jeg vurdere norske kreditorekstinksjonsregler etter vilkårene til *akseptabel hjemmel* (hjemmelsgrunnlagets kvalitetskrav), *legitimt formål* og *proporsjonalitet*. Formålet med gjennomgangen er å fremheve noen overordnede betraktninger om når regler som åpner for kreditorekstinksjon, potensielt kan tenkes å være i strid med EMK P1-1.

6.4.2 Akseptabel hjemmel

Det er lite tvilsomt at lovfestede regler som åpner for kreditorekstinksjon tilfredsstillende vilkåret til akseptabel hjemmel etter EMK P1-1. Det er heller ikke tvilsomt at ulovfestede regler kan tilfredsstillende vilkåret til akseptabel hjemmel etter EMK P1-1, jf. punkt 6.2 ovenfor.⁷¹⁹ EMK P1-1 vil derfor neppe oppstille en skranke med hensyn til hjemmelens *formelle grunnlag*, men kan tenkes å oppstille en skranke med tanke på hjemmelens *kvalitet*.⁷²⁰

Den norske privatretten er i stor grad ulovfestet. Ettersom det er tradisjon for ulovfestet regeldannelse innenfor norsk formuerett, vil de ulovfestede kreditorekstinksjonsreglene som er velkjente, neppe være problematisk etter EMK P1-1. Avgjørende må trolig være at en ulovfestet kreditorvernregel er velkjent og etterprøvbart. Det foreligger for eksempel ingen lovfestet rettsvernsakt for eiendomsrettigheter i alminnelig løsøre, jf. punkt 8.2. Flere teoretikere har imidlertid antatt at overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere kreditorvern i løsøre, jf. punkt 8.2.6. Selv om det kan diskuteres om det er tilstrekkelig rettslig grunnlag til å oppstille overlevering som rettsvernsakt for eiendomsrettigheter i løsøre, har det utvilsomt festet seg et argumentasjonsmønster på området som må være tilstrekkelig klart til at en

⁷¹⁸ Om bakgrunnen for endringen i tomtefesteloven § 33, se NOU 2013:11 Feste kontrakter og folkerett og Prop.73 L (2014-2015) Endringer i tomtefesteloven (festeavgift ved forlengelse m.m.).

⁷¹⁹ Stelander Magnussen: *Ekstinktive ulovfestede godtroerverv* s. 701 og Høgetveit Berg og Harborg: «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegdom» s. 318.

⁷²⁰ I samme retning, se Stelander Magnussen: *Ekstinktive ulovfestede godtroerverv* s. 701.

eventuell overleveringsregel må passere vilkåret til akseptabel hjemmel.⁷²¹ For ordens skyld nevner jeg at overleveringsregelen kan utfordres, jf. punkt 8.2.9.

Det kan imidlertid tenkes at domstolen i fremtiden vil bli stilt overfor et spørsmål om kreditorstinksjon av rettigheter i et formuesgode som er såpass nytt at verken lovgiver, rettspraksis eller teorien har behandlet om, og eventuelt hvilken, rettsvernsakt som skal gjelde for formuesgodet. I et slikt tilfelle er det, etter mitt skjønn, en reell fare for at hjemmelskravet etter EMK P1-1 kan bli brutt dersom domstolen oppstiller en ulovfestet rettsvernsregel.⁷²² Dersom domstolen for eksempel oppstiller en ulovfestet rettsvernsakt gjennom analogi fra andre formuesgoder, *kan* en kreditorstinksjon fremstå som vilkårlig. De norske kreditorvernreglene er utpreget positivrettslige, jf. punkt 5.2.3. Det vil derfor virke uforutsigbart dersom rettighetshaver risikerer en kreditorstinksjon på bakgrunn av at vedkommende ikke har gjennomført en rettsvernsakt som ikke tidligere har vært oppstilt i loven, teorien eller rettspraksis. Av denne grunn tror jeg det bør utvises forsiktighet med å utbygge den negative rettslige troverdigheten til design- og varemerkeregisteret uten en lovendring, jf. punkt 7.7.⁷²³

6.4.3 Legitimt formål

Kreditorstinksjonsregler vil som det klare utgangspunkt passere vilkåret om at inngrepet må tjene et *legitimt formål*.⁷²⁴ Det må utvilsomt anses som et legitimt formål at rettsvernsregler skal effektivisere kreditorforfølgning og motvirke kreditorsvik.⁷²⁵ EMD har utvist tilbakeholdenhet med å overprøve nasjonale vurderinger av hvilke formål som vektlegges ved utformingen av regler som åpner for ekstinksjon, og overprøver oftest ikke de formål som vektlegges av nasjonale lovgivere med mindre formålene er grunnløse.⁷²⁶ Vilkåret til legitimt formål vil derfor trolig bare spille en selvstendig rolle i tilfeller hvor en kreditorstinksjon ikke kan begrunnes på bakgrunn av de hensyn som vanligvis ligger til grunn for regler om kreditorstinksjon.⁷²⁷

⁷²¹ Se også Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213.

⁷²² I samme retning, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213.

⁷²³ Om den manglende negative rettslige troverdigheten til design- og varemerkeregisteret, se Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 214-215 og s. 283-285 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213-215. Skoghøy mener registrering i design- og varemerkeregisteret er nødvendig for å etablere kreditorvern, se Jens Edvin A. Skoghøy: «Pantsettelse av immaterielle rettigheter» i Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke (red.): *Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997*, Oslo 1997 s. 935-945 på s. 943 og Skoghøy: *Pantere* s. 78 (petit).

⁷²⁴ I samme retning, se Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 703 og Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 327.

⁷²⁵ *Vaskrsić v. Slovenia*, avsnitt 76.

⁷²⁶ *Gladysheva v. Russia (7097/10)*, dom 6. desember 2011, avsnitt 76 og Pye (storkammer), avsnitt 67-74.

⁷²⁷ Se Pye (storkammer), avsnitt 74 hvor uttrykket «without reasonable foundation» brukes.

Likevel bør det påpekes at et mindretall på to dommere i *Pye* (storkammer) konkluderte med at reglene om *adverse possession* ikke tjente noe legitimt formål. Det kan diskuteres om for eksempel den gamle verdipapirloven § 5-3, slik den ble tolket i Rt. 1997 s. 1050, tjente et mer legitimt formål enn reglene om *adverse possession*, jf. punkt 5.2.2 ovenfor. Selv om flertallet i *Pye* (storkammer) først og fremst vurderte selve regelen om *adverse possession*, og ikke tolkningen og anvendelsen av regelen, er det ikke tvilsomt at EMD også kan se hen til hvordan regelen er tolket og anvendt i den konkrete saken.⁷²⁸ I Rt. 1997 s. 1050 ble ikke kjøper tilkjent kreditorvern på bakgrunn av at registerfører rettsstridig hadde nektet å registrere aksjeervertet på kjøpers VPS-konto. Den eneste begrunnelsen flertallet fremførte for resultatet var at rettsvernsbestemmelser må tolkes og anvendes strengt «for å unngå usikkerhet og tvister».⁷²⁹ Det kan nevnes at EMD under proporsjonalitetsvurderingen i *Pye* (storkammer) vektla hvorvidt *Pye* hadde mulighet til å beskytte seg mot ekstinksjonskravet til *Graham*.⁷³⁰ Slik jeg leser Rt. 1997 s. 1050, hadde ikke erverver noen reell mulighet til å beskytte seg mot kreditorekstinksjon etter at betalingen var gjennomført. Det er ikke sikkert EMD uten videre ville godtatt at registerførerens rettsstridige oppførsel skulle komme kreditorene til gunst med den begrunnelse at rettsvernsreglene på generelt grunnlag ikke bør åpne for tvister. Tendensen synes imidlertid å være at EMD ikke synes å prøve regelens formål særlig intensivt, og heller foretar en mer inngående prøving av inngrepets proporsjonalitet. For alle praktiske formål tror jeg derfor at norske regler som åpner for kreditorekstinksjon vil passere vilkåret til legitimt formål.

6.4.4 Proporsjonalitetstesten

Til slutt gjenstår det å undersøke hvilke kreditorekstinksjonsregler som vil passere EMD sin *proporsjonalitetstest*. Som utgangspunkt er det klart, særlig i lys av *Pye* (storkammer), at ekstinksjonsregler i seg selv ikke er uproporsjonal etter EMK P1-1. Hvorvidt en konkret kreditorekstinksjonsregel vil passere proporsjonalitetstesten til EMD, vil være avhengig av blant annet *hjemmelens kvalitet og formål*. Selv om en ulovfestet kreditorekstinksjonsregel passerer hjemmels- og formålstesten, vil både hjemmelens kvalitet og formål kunne ha betydning for vurderingen av proporsjonaliteten, jf. punkt 6.2. Det må understrekes, som fremhevet i gjennomgangen av *Pye* (storkammer), at konvensjonsstatene nyter en forholdsvis

⁷²⁸ James and others v The United Kingdom, avsnitt 36: «In the present case, however, the essence of the applicants' complaint is directed against the terms and conditions of the contested legislation [...] This does not mean that the Court will examine the legislation in abstracto. The individual enfranchisements complained of are illustrative of the impact in practice of the reform it introduced and, as such, material to the issue of its compatibility with the Convention.» Se også *Pye* (storkammer), avsnitt 56.

⁷²⁹ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054.

⁷³⁰ *Pye* (storkammer), avsnitt 80.

vid skjønnsmargin etter kontrollregelen.⁷³¹ Som utgangspunkt vil det derfor antakeligvis bare være i svært spesielle tilfeller at regler som åpner for kreditorekstinksjon, kan tenkes å være uproporsjonal. En konvensjonskrenkelse vil trolig bare kunne konstateres i snevre unntakstilfeller.⁷³²

EMD vil trolig foreta en mer inngående proporsjonalitetsvurdering dersom det åpnes for kreditorekstinksjon på ulovfestet grunnlag. I *Pye* (storkammer) ble det under proporsjonalitetsvurderingen vektlagt at reglene om *adverse possession* var lovfestede og tilgjengelige.⁷³³ Flertallet i *Pye* (storkammer) impliserer at proporsjonalitetsvurderingen ville vært mer inngående dersom ekstinksjonsreglene var uklare og lite tilgjengelig.⁷³⁴

I proporsjonalitetsvurderingen vil det være avgjørende at lovgiver eller – dersom regelen er ulovfestet – rettsanvenderen, har foretatt en reell avveining mellom interessene som taler henholdsvis for og mot en kreditorekstinksjon. Den manglende avveiningen mellom bortfester og festers interesser ble fremhevet som avgjørende i for eksempel *Lindheim*.⁷³⁵ Dersom det skal oppstilles en kreditorekstinksjonsregel på ulovfestet grunnlag, bør derfor rettsanvenderen vurdere om hensynene bak kreditorvernreglene, nemlig å motvirke kreditorsvik gjennom å kreve notoritet og publisitet, i tilstrekkelig grad ivaretas av den ulovfestede kreditorvernregelen. Dersom en ulovfestet rettsvernsregel i liten grad er kjent, har suksessor liten mulighet til å vite hvilken rettsvernsakt som må foretas for at ervervet skal stå seg.⁷³⁶ Kreditorsvik vil ikke motvirkes dersom suksessor ikke har kjennskap til hvilken handling som må gjennomføres for å etablere kreditorvern. I slike tilfeller vil en eventuell kreditorekstinksjon ha lite for seg. En eventuell kreditorvernregel vil i et slikt tilfelle utelukkende ivareta interessene til kreditor. Det er derfor ikke sikkert at EMD vil godta en ulovfestet kreditorvernregel som utelukkende er oppstilt på bakgrunn av hensynene til notoritet og publisitet, særlig dersom regelen ikke har vært gjenstand for drøftelse i forkant av en eventuell dom.

⁷³¹ *Pye* (storkammer), avsnitt 75.

⁷³² I samme retning, se *Marthinussen*: «Tredjemannsproblemene» s. 173-174.

⁷³³ *Pye* (storkammer), avsnitt 77.

⁷³⁴ *Pye* (storkammer), avsnitt 77: «The fact that the rules [...] had been in force for many years before the first applicant even acquired the land is nevertheless relevant to an assessment of the overall proportionality of the legislation. In particular, it is not open to the applicant companies to say that they were not aware of the legislation, or that its application to the facts of the present case came as a surprise to them.»

⁷³⁵ *Lindheim and others v. Norway*, avsnitt 128.

⁷³⁶ *Marthinussen*: *Tredjemannsproblemene* s. 213: «I tillegg reiser altså kreditorekstinksjon i seg selv problemer med tanke på proporsjonalitetskravet i tilfeller der et erverv klart nok er reelt og fullbyrdet, men der rettsvernsakten ikke er gjennomført.»

Overprøving etter EMK P1-1 vil trolig være mest aktuelt i den første saken som oppstiller en ny og ulovfestet kreditorvernregel. Etter at Høyesterett har avsagt et prejudikat som oppstiller en ulovfestet kreditorvernregel, vil den ulovfestede regelen få et tydeligere hjemmelsgrunnlag. Dette kan igjen få betydning for både vilkåret til akseptabel hjemmel og proporsjonalitetsvurderingen. Når det foreligger et prejudikat som stadfester eksistensen av en ulovfestet kreditorvernregel, vil erverver ha en klarere forutsetning for å gjennomføre rettsvernsakten for å verne sitt erverv. Det er for eksempel lite tvilsomt i etterkant av HR-2017-33-A at overdragelser av en fast eiendom som skjer gjennom en selskapsrettslig fisjon må tinglyses for å stå seg mot et konkursbo, jf. punkt 7.5.1. Dersom erverver mente at Høyesteretts tolkning av tinglysingsloven § 23 i HR-2017-33-A ikke ville passert en vurdering av vilkåret til akseptabel hjemmel eller proporsjonalitet etter EMK P1-1, måtte erververen i HR-2017-33-A tatt saken inn for EMD. Det vil neppe være aktuelt for EMD å overprøve tolkningen og anvendelsen av tinglysingsloven § 23 ved eiendomsoverdragelser gjennom selskapsrettslige fisjoner etter at det nå har kommet et prejudikat.

6.5 Oppsummering og konklusjon

Gjennomgangen i de foregående punktene viser at EMK P1-1 neppe vil ha store konsekvenser for norske kreditorekstinksjonsregler. Det er all grunn til å tro at EMD vil være tilbakeholden med å overprøve et såpass grunnleggende element ved den norske formueretten som rettsvernsreglene. Rettsvernsregler som har et klart hjemmelsgrunnlag eller som oppstilles på ulovfestet grunnlag på bakgrunn av et fast og forutsigbart argumentasjonsmønster, vil derfor neppe være i brudd med EMK P1-1.⁷³⁷

Det kan likevel ikke utelukkes at EMD i en fremtidig sak kan komme til at en regel som åpner for kreditorekstinksjon, bryter med EMK P1-1, særlig dersom hjemmelsgrunnlaget for kreditorekstinksjonen er spinkelt.⁷³⁸ Det er imidlertid vanskelig å vite hvordan EMD kommer til å vurdere norske kreditorekstinksjonsregler for fremtiden, særlig sett i lys av den svært konkrete tilnærmingen EMD hadde til vurderingen av *adverse possession* i *Pye*-saken. Det kan

⁷³⁷ I samme retning, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.2.4.

⁷³⁸ Se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213 hvor han problematiserer adgangen til å etablere ulovfestede rettsvernsregler. Se også *Mindek v. Croatia* (6169/13), dom 30. august 2016 og *Vaskrsić v. Slovenia* for to nyere eksempler på saker hvor tvangssalg av fast eiendom for å inndrive utestående gjeld til enkeltsøkende kreditor ble kjent i strid med EMK P1-1.

derfor være vanskelig for Høyesterett å forutse hvilken utvikling EMD kommer til å legge opp til på dette området.⁷³⁹

Dersom Høyesterett i fremtiden må ta stilling til om det kan oppstilles en rettsvernsakt på ulovfestet grunnlag, bør det tas høyde for de kvalitetskrav som stilles til hjemmelen etter EMK P1-1.⁷⁴⁰ *Stelander Magnussen* mener «ulovfestet rett bør [...] forvaltes med metodisk bevissthet om de kvalitative krav som etter konvensjonen (kan og må) stilles *til* hjemmelen».⁷⁴¹ Selv om *Stelander Magnussens* utsagn relaterer seg til ulovfestet godtroekstinksjon, mener jeg utsagnet er dekkende for hvordan Høyesterett bør forholde seg til regler som åpner for kreditorekstinksjon på ulovfestet grunnlag. Etter mitt skjønn bør Høyesterett utvise forsiktighet med å oppstille rettsvernsregler som utledes utelukkende av analogier fra andre formuesgoder enn de saken omhandler. Ulovfestede rettsvernsregler som oppstilles på bakgrunn av reelle hensyn alene, kan også stå i fare for å bryte med hjemmels- eller proporsjonalitetskravet etter EMK P1-1, særlig dersom rettsvernsregelen som oppstilles ikke har vært gjenstand for drøftelser i teorien eller andre rettskilder. Forutsetningen for at en ulovfestet rettsvernsregel skal være i samsvar med EMK P1-1, må derfor være at regelen oppstilles på bakgrunn av et forutsigbart argumentasjonsmønster. Domstolen bør derfor utvise forsiktighet med å åpne for en ulovfestet kreditorekstinksjon i et tilfelle hvor suksessor hadde liten eller ingen forutsetning for å etablere kreditorvern.

⁷³⁹ Se også Marthinussen: «Om europeiseringen av tingsretten» s. 199: «Det er imidlertid grunn til å stille seg spørsmål om ikke norske domstoler skal være særlige tilbakeholdne med å overprøve eksisterende tingsrettslige regulering på grunnlag av EMKs første tilleggsprotokoll artikkel 1. Foreløpig eksisterer det svært få avgjørelser knyttet opp mot de rene tingsrettslige konfliktene. Dessuten viser Pye-saken at det er svært vanskelig å forutsi EMDs avgjørelser på dette området.»

⁷⁴⁰ Se også Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213.

⁷⁴¹ *Stelander Magnussen: Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* s. 702.

7 RETTSREGISTRERING

7.1 Innledning

For enkelte typer formuesgoder føres det egne offentlige registre som inneholder informasjon om alle rettighetsforhold som hefter på et formuesgode.⁷⁴² Flere av registrene er offentlig tilgjengelig. Det er derfor mulig å få en oversikt over rettigheter som hefter på formuesgodet. I tillegg fremgår det av de registrerte dokumentene hvem som er rettighetshavere. Registrering i et register kan medføre at kreditorvern etableres. Dersom registrering i et rettsregister er tillagt rettsvernsvirkninger overfor tredjemenn, omtales registeret som et «rettsregister».⁷⁴³ I det kommende kapitlet skal jeg undersøke *om, når og hvordan* kreditorvern kan etableres gjennom rettsregistrering, jf. punkt 1.1.

Et kjennetegn ved rettsregistrene er at de tillegges positiv og/eller negativ rettslig troverdighet. Med positiv rettslig troverdighet forstås at en aktsomt godtroende erverver som handler i tillit til registerets opplysninger, skal stilles som om opplysningene i registeret er riktig, selv om det viser seg at så ikke er tilfellet.⁷⁴⁴ Tinglysingsloven § 27 første ledd kan ses på som et utslag av skipsregisterets positive rettslige troverdighet. Den som har fått tinglyst en rett som er ervervet fra innehaveren av grunnbokshjemmelen, gis etter tinglysingsloven § 27 første ledd en adgang til å ekstingvere innsigelser fra opprinnelig(e) hjemmelshaver(e) om at grunnbokshjemmelen skyldes et ugyldig dokument. For denne avhandlingens tema vil rettsregistrenes positive troverdighet ikke spille noen rolle. Ettersom legitimasjon og god tro er ikke relevante hensyn eller vilkår for kreditorbeslag, kan ikke kreditorene bygge et beslag på grunnbokens positive rettslig troverdighet.⁷⁴⁵

Med negativ rettslig troverdighet forstås at rettigheter som ikke er registrert i et rettsregister, ikke trenger å bli hensyntatt av potensielle erververe eller kreditorer.⁷⁴⁶ Dette kommer til uttrykk i blant annet tinglysingsloven § 20 første ledd, som bestemmer at tinglyste rettigheter som utgangspunkt har prioritet foran uregistrerte rettigheter. Det er denne delen av rettsregistrenes troverdighet som er av betydning for kreditorenes ekstinksjonsadgang: Suksessor må registrere sitt erverv for at det skal stå seg overfor debtors kreditorer.

⁷⁴² Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 599.

⁷⁴³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 148.

⁷⁴⁴ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 645 og Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 250.

⁷⁴⁵ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 257 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 646.

⁷⁴⁶ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 646 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 151.

Når et register tillegges rettslig troverdighet, er det behov for at staten står som ansvarlig for registerføringen. Når borgernes rettsposisjon er avhengig av at de registrerte opplysningene er korrekte, må staten ha en kontroll over at registerføringen skjer på en korrekt og tillitsvekkende måte. Private rettighetsregistre, som for eksempel Norid AS' register over norske domenenavn, kan derfor ikke uten videre tillegges rettslig troverdighet når staten ikke har kontroll over registerførselen.⁷⁴⁷

Innføring i et rettsregister bidrar til en høy grad av notoritet. Rettsstiftende dokumenter sendes inn til registerfører, som bekrefter tidspunktet for innlevering og oppbevarer en gjenpart som sikrer bevis for hva disposisjonen gikk ut på, se for eksempel tinglysingsloven §§ 5, 7 og 11. I tillegg er publisiteten som fremskaffes av rettsregistrering høy. Rettsregistrene er ofte offentlig tilgjengelig, se for eksempel tinglysingsforskriften § 23. For at et erverv skal stå seg overfor et kreditorbeslag, er det derfor et vilkår at ervervet er innført i rettsregisteret, jf. for eksempel tinglysingsloven §§ 20 og 23.⁷⁴⁸ Rettsregistrering er dermed *nødvendig* for at suksessor skal etablere kreditorvern. Rettsregistrering er imidlertid ikke alltid *tilstrekkelig* for å etablere kreditorvern. Tinglysning må eksempelvis skje senest dagen før utlegg blir tatt eller konkurs åpnes for at vern skal være etablert rettidig, jf. tinglysingsloven §§ 20 tredje ledd første punktum og 23 første ledd første punktum. Suksessor som har en proforma hjemmel i et rettsregister, nyter heller ikke kreditorvern for sin proforma rettighet. Tinglyste erverv kan også være gjenstand for omstøtelse. Tinglysning gir følgelig ingen absolutt garanti for at suksessors er vernet mot et kreditorbeslag.

Selv om det vil gi mest notoritet og publisitet for kreditorene dersom et rettsregister har full rettslig troverdighet, er det ingen rettsregister som tillegges full rettslig troverdighet.⁷⁴⁹ Flere rettigheter nyter for eksempel kreditorvern uten at de er tinglyst, jf. punkt 7.4.3 og punkt 7.5.4. Rettslig troverdighet er følgelig ikke et spørsmål om enten/eller. Det er tale om *grader* av rettslig troverdighet. Kostnadene ved å tillegge rettsregistre full rettslig troverdighet ville vært svært høy.⁷⁵⁰ Det er en klar vekselvirkning mellom grad av rettslig troverdighet og grad av notoritet: Jo høyere grad av rettslig troverdighet som tillegges et rettsregister, dess høyere grad

⁷⁴⁷ Se www.norid.no/no/omnorid/ for en nærmere beskrivelse av Norids virksomhet (link sist sjekket 29. oktober 2019). Se Forskrift 1. august 2003 nr. 990 om domenenavn under norske landkodedomener (domeneforskriften) § 3 første ledd annet punktum hvor det står: «Registerenheten utøver ikke forvaltningsmyndighet og tildeling [av domenenavn] skjer etter privatrettslige regler.» Se også Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 405-413 for en nærmere gjennomgang av enkelte særtrekk ved domenenavn som formuesgode.

⁷⁴⁸ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 137.

⁷⁴⁹ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 256-257.

⁷⁵⁰ Torgeir Austenå: «Grunnbøkernes positive troverdighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1976 s. 464-484 på s. 465.

av notoritet oppnås gjennom en rettsregistrering. Dersom et rettsregister ikke inneholder komplett informasjon om rettighetsstiftelser i et formuesgode, vil registerets notoritet svekkes som følge av at registeret ikke inneholder uttømmende informasjon om rettsstiftelser i formuesgodet.

Det mest naturlige utgangspunktet for gjennomgangen av de lovfestede reglene om rettsregistrering er tinglysingsloven. Det er flere grunner til at det er naturlig å ta utgangspunkt i disse reglene. For det første er omsetningen av faste eiendommer historisk sett viktige disposisjoner.⁷⁵¹ Kjøp av fast eiendom er for mange den viktigste og mest kostbare investeringen som foretas i løpet av livet. Tinglysingsordningen innehar derfor en sentral posisjon i det norske samfunn.⁷⁵²

For det andre er grunnboken det viktigste rettsregisteret i norsk rett.⁷⁵³ Det henger naturlig nok sammen med viktigheten av å ha et ordnet registreringssystem ved omsetningen av et så kostbart formuesgode som fast eiendom. De øvrige reglene om rettsregistrering er derfor i stor grad utformet etter tinglysingslovens mønster.⁷⁵⁴

Selv om analysene i dette kapitlet tar utgangspunkt i tinglysingsloven, vil analysene fortløpende suppleres og sammenlignes med regler som omhandler andre rettsregister, særlig der andre rettsregister har en ulik regulering av kreditorenes beslagsadgang enn tinglysingslovens regler.⁷⁵⁵

I punktene 7.2 og 7.3 gjennomgås hvilke ulike rettsregister som eksisterer, hvilke rettigheter som kan registreres og hvilke prioritetsystemer som gjelder. I punktene 7.4 og 7.5 gjennomgås grunntrekkene ved reglene i tinglysingsloven. I punktene 7.6-7.14 gjennomgås noen utvalgte problemstillinger om rettsregistrering. Oppsummering og avsluttende refleksjoner fremsettes i punkt 7.15.

7.2 Ulike typer rettsregister

Felles for formuesgoder som kan innføres i et rettsregister, er at det ofte er tale om formuesgoder som har en høy omsetningsverdi, og som skal ha en viss levetid.⁷⁵⁶ Kostnadene ved utvikling

⁷⁵¹ Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 23.

⁷⁵² Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 14-15.

⁷⁵³ Falkanger/Falkanger: *Norsk tingsrett* s. 599 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 73.

⁷⁵⁴ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 15: «Dessuten er tingsrettens regler om overdragelser, nettopp på grunn av fast eiendoms helt sentrale posisjon både juridisk og økonomisk, historisk blitt til og bygget opp først og fremst knyttet til fast eiendom.»

⁷⁵⁵ For en tilsvarende tilnærming, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 49.

⁷⁵⁶ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 599.

og drift av et rettsregister er høy, og det er derfor ikke forsvarlig å føre et rettsregister for formuesgoder som har en lav verdi eller som konsumeres raskt.⁷⁵⁷ Videre vil det virke forstyrrende for omsetningslivet dersom formuesgoder som skal omsettes i et høyt tempo må innføres i et rettsregister. Omsetning av alminnelig løsøre vil for eksempel kunne bli tungvint og uhensiktsmessig dersom rettigheter måtte registreres for å nyte rettsvern, jf. punkt 8.1.2. Det er derfor hovedsakelig formuesgoder som har en viss *varighet* og *verdi* som egner seg som registreringsobjekter i et rettsregister.⁷⁵⁸

Et rettsregister kan organiseres på ulike måter. Register- og oppslagsenheten for et rettsregister er ofte, men ikke alltid, de enkelte formuesgodene. Det innebærer at de fleste rettsregister er realregister, jf. legaldefinisjonen av realregister i panteloven § 1-1 fjerde ledd. Når oppslagsenheten er formuesgodet, kan opplysninger om rettighetsforhold fremskaffes så fremt man kjenner til formuesgodets registerbetegnelse, som for eksempel gårds-, bruksnummer og kommunen til en fast eiendom.⁷⁵⁹ Foruten grunnboken, eksisterer det en rekke andre realregister (lovene som tillegger registrene rettslig troverdighet er innført i parentes), jf. panteloven § 1-1 fjerde ledd: Skipsregisteret og skipsbyggingsregisteret (sjøloven), luftfartøyregisteret (luftfartsloven) og «lignende rettighetsregister ordnet etter de formuesgoder som rettighetene gjelder». Øvrige register som er organisert etter formuesgodet, og som derfor må regnes som et realregister, er petroleumsregisteret (petroleumsloven), akvakulturregisteret (akvakulturloven) og kraftledningsregisteret (kraftledningsregisterloven).⁷⁶⁰ Borettslagsandeler kan også registreres i grunnboken med rettslig virkning overfor tredjemenn (burettslagsloven). Øvrige rettsregister som er organisert etter formuesgode, men som likevel ikke skal regnes som realregister, er patentregisteret (patentloven), plantesortsregisteret (planteforedlerloven) og elsertifikatregisteret (elsertifikatloven), jf. punkt 7.5.3 og punkt 7.7.

Motsvaret til et realregister er et register hvor oppslagsenheten er den enkelte rettighetshaveren, såkalte personregister. Dersom man ønsker informasjon om rettighetsforhold fra et personregister, er det som utgangspunkt nødvendig å kjenne til hvem som er oppført som eier i registeret.⁷⁶¹ Informasjon om rettighetsforhold er dermed vanskeligere tilgjengelig i et personregister enn i et realregister. Personregister tillegges derfor mindre rettslig troverdighet

⁷⁵⁷ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 599.

⁷⁵⁸ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 66.

⁷⁵⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 65-66.

⁷⁶⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 650. Noen særegne problemstillinger tilknyttet skipsbyggingsregisteret behandles nærmere i punkt 8.2.11.4.

⁷⁶¹ Selv om Løsøreregisteret som utgangspunkt er et personregister, er det mulig å søke på biler i Løsøreregisteret gjennom å slå opp på registreringsnummer.

enn realregister. Likevel eksisterer det lovfestede eksempler på at registrering i et personregister tillegges tredjemannsvirkninger i norsk rett, se for eksempel punkt 7.6.

Det følger av panteloven § 1-1 fjerde ledd annet punktum at verdipapirregistre ikke skal regnes som realregister. Verdipapirregister er en betegnelse som ble brukt om rettsregister som fulgte reglene i den gamle verdipapirregisterloven. Begrepet verdipapirregister i panteloven § 1-1 fjerde ledd annet punktum må nå trolig forstås som verdipapirsentraler, ettersom de gamle verdipapirregistrene nå er erstattet av verdipapirsentraler. Trolig er det tale om en manglende språklig oppdatering av panteloven.

Verdipapirregisterloven ble erstattet fra og med 1. januar 2020 av verdipapirsentralloven. I den gamle verdipapirregisterloven § 2-2 ble det åpnet for frivillig registrering av en rekke såkalte finansielle instrumenter, som har til dels svært ulike egenskaper, jf. legaldefinisjonen av finansielle instrumenter i verdipapirhandeloven § 2-2. Selv om verdipapirregisterloven § 2-2 ikke er videreført, er det klart at det fortsatt skal være adgang til å registrere finansielle instrumenter i en verdipapirsentral, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 28.2.2 Dersom et finansielt instrument innføres i en verdipapirsentral, må eventuelle fysiske dokumenter som representerer det finansielle instrumentet, makuleres eller sikres slik at det ikke kommer i omsetning, jf. verdipapirsentralloven § 3-2. Dette slik at man unngår at to konkurrerende legitimasjonsgrunnlag eksisterer for det samme instrumentet.

Verdipapirsentralloven inkorporerer en rekke EU-forordninger om verdipapiroppgjør og verdipapirsentraler som er ansett å være EØS-relevant, jf. verdipapirsentralloven § 1-1 og prop. 7 L (2018-2019) s. 9-10. Formålet med forordningene er blant annet å fremme konkurranse mellom verdipapirsentraler over landegrensene, se prop. 7 L (2018-2019) s. 9. Rettsvernsreglene i verdipapirregisterloven er ikke berørt av forordningene og er videreført i verdipapirsentralloven, jf. prop. 7 L (2018-2019) s. 10.

Det er enkelte særtrekk ved verdipapirsentraler som skiller verdipapirsentraler fra øvrige realregister, og som derfor gjør at sentralene ikke kan regnes som realregister. For det første er ikke registreringsobjektet i en verdipapirsentral et individualisert formuesgode, som tilfellet er for realregister. I stedet er innføringsobjektet generisk bestemt. Det kan for eksempel være tale om fondsandeler eller aksjer. Fondsandeler og aksjer oppgis i art og kvantum, og eksisterer ikke i et unikt eksemplar.⁷⁶²

For det andre skal verdipapirsentraler være organisert som allmennaksjeselskap, jf. verdipapirsentralloven § 2-1 første ledd. Det innebærer at staten ikke er ansvarlig for driften av verdipapirsentraler. I stedet er drift av verdipapirsentraler et konkurranseutsatt marked, og driften skal sikte på å drives med fortjeneste.⁷⁶³ Dette til forskjell fra realregister som er driftet i regi av det offentlige, og som dermed heller ikke har som formål å driftes med profit.⁷⁶⁴

For det tredje kan rettigheter i en verdipapirsentral registreres på to ulike typer kontoer: Enten en enkeltkonto eller en forvalterkonto. Enkeltkontoer lyder på investorens navn, mens en

⁷⁶² Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 28.1.1.

⁷⁶³ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 28.1.1.

⁷⁶⁴ En annen sak er at offentlige avgifter som utløses ved registrering i enkelte realregister kan føre til betydelige inntekter for staten, se for eksempel om dokumentavgiften i punkt 7.14.1.

forvalterkonto kan inneholde finansielle instrumenter som tilhører ulike investorer.⁷⁶⁵ I realregister eksisterer det ikke kontoer som føres over den enkelte rettighetshavers beholdning. Realregister gir i stedet opplysninger om rettighetsforhold tilknyttet konkrete formuesgoder.

For ordens skyld nevnes at rettsvernsakten for å etablere kreditorvern i finansielle instrumenter som er registrert på en forvalterkonto er notifikasjon til kontoforvalteren, og ikke registrering, jf. verdipapirsentralloven § 7-7 første ledd første punktum. Det er derfor erverv av finansielle instrumenter som står på en enkeltkonto som er gjenstand for omtale i dette kapittelet.

For det fjerde er opplysninger om rettighetsforhold tilknyttet den enkelte konto i en verdipapirsentral som utgangspunkt underlagt taushetsplikt, jf. verdipapirsentralloven § 8-1. Dette er begrunnet med at det er ansett som viktig for tilliten til det norske verdipapirmarkedet at slike opplysninger ikke kommer på avveier.⁷⁶⁶ Realregistrene er til sammenligning offentlig tilgjengelige.

7.3 Hva kan registreres i et rettsregister og hvilket prioritetsystem gjelder?

7.3.1 Hvilke rettigheter kan tinglyses?

Grunnboken er et dokumentregister.⁷⁶⁷ Det er derfor dokumenter som innføres i grunnboken, og ikke rettigheter, jf. tinglysingsloven § 5. Et dokument som skal tinglyses i grunnboken, må gå ut på «å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har til gjenstand en fast eiendom i embedskretsen», jf. tinglysingsloven § 12. Ordlyden «som har til gjenstand en fast eiendom» peker på et viktig utgangspunkt for tinglysingsreglene: Det er kun dokumenter som relaterer seg til en fast eiendom, som kan tinglyses i grunnboken. I tillegg må dokumentet gi uttrykk for en «rett». Det er derfor ikke helt presist å omtale grunnboken som et rent dokumentregister. Dokumenter som skal innføres i grunnboken, må omhandle en rettighet i en fast eiendom. Sjøloven § 20 første ledd første punktum og luftfartsloven § 3-22 første ledd har en tilsvarende registreringsbegrensing som tinglysingsloven § 12.

De fleste rettigheter som kan tenkes å omhandle en fast eiendom, kan tinglyses etter tinglysingsloven § 12.⁷⁶⁸ Selv dokumenter som bare bekrefter et rettighetsforhold, som for eksempel en rettskraftig dom som bekrefter eksistensen av en heftelse på eiendommen, kan tinglyses, jf. formulering «anerkjenne» i tinglysingsloven § 12. Rettigheter som bare pålegger personlige forpliktelser for den nåværende grunnbokseieren, og som ikke er ment å hvile som en heftelse på eiendommen, kan ikke tinglyses. Skillet mellom hvilke typer rettigheter som kan

⁷⁶⁵ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 28.2.3.

⁷⁶⁶ Prop.7 L (2018-2019) s. 167.

⁷⁶⁷ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 78.

⁷⁶⁸ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 82 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 142.

og ikke kan være gjenstand for tinglysning, kan ikke trekkes gjennom å sondre mellom obligatoriske og tinglige rettigheter, selv om det tidligere ble fremhevet at tinglige rettigheter hadde tredjemannsvern, mens obligatoriske rettigheter ikke hadde det, jf. punkt 4.3.⁷⁶⁹ En kjøpekontrakt som bare gir grunnlag for en obligatorisk rett, kan for eksempel tinglyses.⁷⁷⁰ Tinglysingsloven § 12 forstås kanskje best i lys av at grunnboken skal ha tredjemannsvirkninger, herunder virkning overfor kreditorene.⁷⁷¹ En uoppfylt kjøpekontrakt skal vanligvis få virkninger overfor tredjepersoner når vilkårene er oppfylt.

Et kreditorbeslag kan klart nok tinglyses etter tinglysingsloven § 12. For utleggstakere er tinglysing av utleggspantet et vilkår for at kreditorekstinksjon skal inntre, jf. punkt 7.4.1. Et konkursbo trenger som utgangspunkt ikke å tinglyse konkursbeslaget for at kreditorekstinksjon skal inntre, selv om enkelte unntak eksisterer fra dette utgangspunktet, jf. punkt 7.5.1 og 7.5.3.

7.3.2 Fra dagbokprioritet til tidsprioritet

Prioritetsreglene i tinglysingsloven har endret seg de siste årene. Før 18. april 2017 var hovedregelen at rettigheter ble innført i grunnboken ved at et papirdokument, som ga uttrykk for rettighetsstiftelsen, ble sendt inn til kartverket for registrering. Dersom det innsendte dokumentet ble godkjent for registrering i grunnboken, fikk rettsstiftelsen som dokumentet ga uttrykk for, prioritet fra dagen dokumentet ble dagbokført. Dokumentet måtte som utgangspunkt ha kommet inn til kartverket før klokken 14.00 for at det skulle bli dagbokført på mottaksdagen. Prioritetskonflikter ble derfor tidligere avgjort på bakgrunn av hvilken dag dokumentet var blitt innført i grunnboken. Dette omtales som prinsippet om dagbokprioritet.

Gjennom endringslov av 20. juni 2014 nr. 45 ble tinglysingslovens system endret slik at dokumenter som skal tinglyses, nå kan sendes til kartverket elektronisk. Statens kartverk gjorde det da mulig for profesjonelle brukere å tinglyse dokumenter gjennom elektronisk tinglysing, såkalt «e-tinglysning». E-tinglysning var et prøveprosjekt fra 2007. E-tinglysning innebærer at dokumenter som kreves tinglyst, kan innsendes elektronisk i stedet for per post, jf. tinglysingsloven § 4 annet ledd. Dokumenter som sendes inn elektronisk kontrolleres automatisk av Kartverket.

Overgangen til elektronisk tinglysing gjør at dagboken ikke lenger eksisterer, jf. tinglysingsloven § 4 hvor det ikke lenger fremgår at Statens kartverk skal føre dagbok.

⁷⁶⁹ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 35.

⁷⁷⁰ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 82 (petit).

⁷⁷¹ I samme retning, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 80.

Dokumentene som skal tinglyses, registreres i stedet direkte i den elektroniske grunnboken og får prioritet etter registreringstidspunkt, jf. tinglysningsloven §§ 5, 6 første ledd annet punktum, 7 første ledd og 20 første ledd. Ettersom dagboken nå er avskaffet, er kampen om prioritet nå i realiteten en sekundstrid. Dette omtales i det følgende som prinsippet om klokkeslettprioritet. Prioritetssystemet i tinglysningsloven er derfor endret fra dagbokprioritet til klokkeslettprioritet gjennom innføringen av elektronisk tinglysing.

Andre rettsregister enn grunnboken opererer fortsatt med dagbokprioritet, se for eksempel luftfartsloven §§ 3-17 og 3-26. Noen av registrene som har en dagbok, følger imidlertid et prinsipp om klokkeslettprioritet, men fikserer prioritetstidspunktet til klokkeslettet rettigheten blir innført i dagboken. Som eksempel kan sjøloven § 14 annet ledd første punktum nevnes. Det følger av denne bestemmelsen at:

«Dokument som kreves registrert, skal snarest mulig føres inn i dagboken etter den dato og det minutt det er mottatt for registrering og skal anses for dagbokført på dette tidspunkt.»

Terminologiene «dagbokprioritet» og «tidsprioritet» kan virke forvirrende. Som sjøloven § 14 annet ledd første punktum illustrerer, kan prioritetssystemet være basert på tidsprioritet, selv om det føres en dagbok. Det avgjørende skillet mellom dagbokprioritet og tidsprioritet er derfor om prioritetstidspunktet settes til dagen rettigheten innføres i dagboken, eller om prioriteten settes til klokkeslettet rettigheten registreres elektronisk eller innføres i dagboken.

Selv om prioritetsreglene i tinglysningsloven er tilpasset elektronisk tinglysing, er ordningen med elektronisk tinglysing først og fremst tilrettelagt for profesjonelle brukere.⁷⁷² For alminnelige brukere er det fortsatt tinglysing via papirinnsendelse som gjelder.⁷⁷³ Papirdokumenter som er mottatt av Statens kartverk før klokken 14.00, får prioritet fra og med klokken 21.00 den dagen dokumentet ble mottatt, jf. forskrift om tinglysing § 11 annet ledd, jf. første ledd annet punktum. Papirdokumenter som er mottatt av kartverket etter klokken 14.00, får som utgangspunkt prioritet fra klokken 21.00 den påfølgende dag, jf. forskrift om tinglysing § 11 første ledd annet punktum.

Det er problematisk at papirregistrering, med de dertil tilpassede prioritetsreglene, fortsatt eksisterer parallelt med elektronisk tinglysing. Profesjonelle brukere kan få umiddelbar prioritet for rettigheter som sendes inn til tinglysing elektronisk, mens private brukere ikke får prioritet

⁷⁷²Se <https://www.kartverket.no/eiendom/elektronisk-tinglysing> (link sist sjekket 29. oktober 2020).

⁷⁷³ Se www.kartverket.no/eiendom/tinglyse-eierskifte/skjote/ (link sist sjekket 29. oktober 2020).

før postforsendelsen har kommet frem til kartverket. Selv etter at postforsendelsen har kommet frem til kartverket, vil klokkeslettprioriteten settes til senere på dagen. Dette gir brukere av elektronisk tinglysing et åpenbart konkurransefortrinn i prioritetskonflikter mot brukere som må sende inn dokumenter til tinglysing per post. Dette kan få rettslige konsekvenser dersom for eksempel en forbrukerkjøper er i et prioritetskappløp med en profesjonell bank.

Utbruddet av Covid-19 (koronaviruset) i første halvdel av 2020 illustrerte hvor uhensiktsmessig det kan være å kjøre et tosporet tinglysingssystem. Under utbruddet varslet Kartverket at de kunne få problemer med å behandle papirdokumenter samme dag som de kom inn, slik forutsatt i tinglysingsloven § 7. Dette ble begrunnet med en fare for høyt arbeidsfravær/hjemmekontor, kombinert med manglende effektiv distribusjon av dokumenter som skulle tinglyses til den enkelte ansatte.⁷⁷⁴ Kommunal- og moderniseringsdepartementet fremmet derfor forslag om å lage en midlertidig forskrift som åpnet for at Kartverket kunne stenge for mottak av elektroniske dokumenter og/eller papirbaserte dokumenter, med hjemmel i koronaloven. Det fremgår klart av høringsnotatet at det mest realistiske scenariet var at elektronisk tinglysing kunne fortsette, men at Kartverket i enkelte perioder kunne være tvunget til å stenge for mottak av papirbaserte dokumenter.⁷⁷⁵ Dette ville i praksis medført at private brukere stod uten muligheter til å tinglyse rettigheter, mens profesjonelle brukere fortsatt kunne tinglyse sine rettigheter elektronisk. En slik situasjon ville vært uholdbar.

Det er ikke ideelt at profesjonelle brukere har en klar prioritetsfordel fremfor private brukere i etterkant av innføringen av elektronisk tinglysing. Det er også uheldig at det kan oppstå situasjoner hvor profesjonelle brukere kan tinglyse, men ikke private brukere, slik utbruddet av Covid-19 illustrerte. Av disse grunner bør Kartverket snarest videreutvikle systemet med elektronisk tinglysing slik at også private brukere får enkel tilgang til å tinglyse dokumenter elektronisk.

⁷⁷⁴ Se høringsnotat med utkast til midlertidig forskrift om unntak fra lov om tinglysing med hjemmel i koronaloven s. 1-2, link: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6bca71082bca4e92a9375be49a1538e1/horingsnotat.pdf> (link sist sjekket 29. oktober 2020).

⁷⁷⁵ Se høringsnotatet s. 2 hvor det står at: «En slik stenging vil være mest aktuelt for papirdokumenter.»

7.4 Etablering av kreditorvern overfor utleggstaker

7.4.1 Rettslig utgangspunkt

Etablering av kreditorvern overfor utleggstakere følger av tinglysingsloven §§ 20 og 21. Tinglysingsloven § 20 første ledd oppstiller utgangspunktet. For sammenhengens skyld siteres hele bestemmelsen:

«Når et dokument er registrert, går det rettserverv som dokumentet gir uttrykk for, i kollisjonstilfelle foran rettserverv som ikke er registrert samtidig eller tidligere.

Rettserverv som er registrert samtidig, er likestillet.

Utledds- og arrestforretninger går foran andre rettserverv som er registrert samme dag.

Er flere utleddsforretninger registrert samme dag, går den eldste foran.»

Øvrige rettsregistreringsregler er formulert på tilsvarende måte som tinglysingsloven § 20, enten gjennom direkte henvisninger til tinglysingsloven § 20, tinglysingsloven kapittel 3 eller gjennom en selvstendig regulering med enkelte språklige variasjoner.⁷⁷⁶ Tinglysingsloven har derfor virket mønsterdannende for utformingen av øvrige rettsregistreringsregler. Det er litt varierende om de ulike rettsregistrene følger et prioritetsystem som er basert på dagbokprioritet eller klokkeslettprioritet, jf. punkt 7.3.2.

Tinglysingsloven § 20 regulerer rettighetskollisjoner mellom «rettserverv». Begrepet «rettserverv» omfatter både frivillige og tvungne stiftelsesgrunnlag.⁷⁷⁷ Et utlegg faller derfor innenfor begrepet «rettserverv».⁷⁷⁸ Utgangspunktet etter tinglysingsloven § 20 er at registrerte rettigheter går foran uregistrerte rettigheter. Tinglysingsloven § 20 medfører derfor at utleggstaker kan ekstingvere eldre og utinglyste rettigheter i en fast eiendom dersom utleggstaker sørger for å tinglyse sitt utleggspant før suksessor. For å etablere kreditorvern mot utleggstaker må derfor suksessor tinglyse sitt erverv før utleggstaker får tinglyst utleggspantet. Dersom suksessor er en omsetningsserverver, må den ervervede rettigheten tinglyses senest dagen før utlegget blir tinglyst for å stå seg mot utleggstaker, jf. tinglysingsloven § 20 tredje ledd, se nærmere om dette i punkt 7.4.2. For ordens skyld nevnes at suksessor også kan være en utleggstaker. Dersom to utlegg kolliderer, vil det være den utleggstakeren som først tinglyste

⁷⁷⁶ Se Sjøloven § 23, luftfartsloven § 3-26, petroleumsloven § 6-1 tredje ledd, akvakulturloven § 18 fjerde ledd, verdipapirsentralloven § 7-3, kraftledningsregisterloven § 9, forsikringsavtaleloven § 17-3, elsertifikatloven § 14 og burettslagsloven § 6-5.

⁷⁷⁷ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 241-242.

⁷⁷⁸ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 241.

sitt utleggspant som får best prioritet. Dersom to utlegg tinglyses samme dag, får utleggspantet som først ble stiftet av namsmannen best prioritet, jf. tinglysingsloven § 20 tredje ledd annet punktum.

Tinglysingsloven § 21 første ledd modifierer adgangen til ekstinksjon etter tinglysingsloven § 20. Det følger av tinglysingsloven § 21 første ledd at:

«Et eldre rettserverv går uten hensyn til § 20 foran et yngre, dersom dette er stiftet ved rettshandel og erververen da hans rett ble registrert, kjente eller burde kjenne den eldre rett.»

Tinglysingsloven § 21 første ledd oppstiller et vilkår om aktsom god tro: Ekstinksjon kan ikke inntreffe dersom ekstinksjonspretendenten kjente eller burde kjenne til en eldre og utinglyst rettighet i eiendommen på tinglysingstidspunktet. Denne bestemmelsen gjelder imidlertid bare dersom ekstinksjonspretendentens rettighet er stiftet ved en «rettshandel». Rettshandel omfatter frivillig stiftede rettigheter, og ikke tvungne rettsstiftelser.⁷⁷⁹ Det er derfor ikke tvilsomt at ekstinksjon fra utleggstakers side kan inntreffe selv om utleggstaker kjente til en eldre og utinglyst rettighet i eiendommen. Dette må ses i sammenheng med at god tro ikke er et relevant vilkår for kreditorekstinksjon, jf. punkt 2.1.

For utleggstakeres del bidrar tinglysingsloven § 20 til at disposisjoner som retter seg mot faste eiendommer får en økt etterprøvbarhet. Utleggstaker kan på en enkel måte få innsikt i hvilke heftelser som foreligger på eiendommen, herunder når disposisjonene ble foretatt. Det blir dermed enkelt for en enkeltsøkende kreditor å avgjøre om eiendommen kan utgjøre et egnet dekningsobjekt, alternativt om utleggstaker bør søke å slå debitor konkurs for å få disposisjonen omstøtt.

7.4.2 Kreditorenes prioritetsfortrinn

Utleggstaker stiller på ett punkt sterkere enn øvrige rettsserververe etter tinglysingsloven § 20: Dersom utleggstaker har tinglyst et utlegg samme dag som et annet rettserverv, får utleggspantet prioritet foran det konkurrerende rettservervet, jf. tinglysingsloven § 20 tredje ledd første punktum. Den samme prioritetsfordelen gjelder for konkursbo, jf. formuleringen «må [...] være registrert senest dagen før konkursåpningen» i tinglysingsloven § 23 første ledd.

Under utarbeidelsen av systemet med elektronisk tinglysing foreslo arbeidsutvalget som utredet spørsmålet, å fjerne utleggstakers prioritetsfordel når utlegget ble registrert samme dag som en

⁷⁷⁹ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 261.

konkurrerende rettighet. Det ble anført at denne prioritetsfordelen var en «unødvendig komplikasjon, og gir minimal fordel for utleggstakere» ved overgangen til klokkeslettprioritet.⁷⁸⁰ Dette møtte imidlertid innsigelser fra Politidirektoratet og Namsfogden i Oslo. Innsigelsene ble fulgt opp av departementet som forkastet forslaget om å oppheve prioritetsfordelen til utleggstakere i tinglysingsloven § 20 tredje ledd.⁷⁸¹ Departementet sluttet seg til at prioritetsfortrinnet var «sentral[t] for å redusere muligheten for kreditorunndragelse».⁷⁸² En eventuell oppheving måtte derfor utredes nærmere.⁷⁸³

Det kan diskuteres om prioritetsfortrinnet til en utleggstaker er velbegrunnet, særlig etter overgangen til e-tinglysing. Namsmannen skal i etterkant av utleggsforretningen omgående sende en utskrift av namsboken til Kartverket, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-20. Dersom namsmannen sender utlegget til tinglysing ved hjelp av elektronisk tinglysing, risikerer erververe som har sendt et papirdokument til tinglysing i forkant av utleggsforretningen å tape prioritetskappløpet med utleggstaker, utelukkende på bakgrunn av at den elektroniske tinglysingen gis umiddelbar prioritet, jf. punkt 7.3.2. Resultatet kan føles urimelig dersom den konkurrerende rettigheten kommer inn til Kartverket samme dag som den elektroniske tinglysingen av utleggspannet finner sted, selv om dokumentet som gir uttrykk for den konkurrerende rettigheten ble postlagt for flere dager siden. Etter innføringen av e-tinglysing er jeg derfor ikke sikker på at faren for kreditorunndragelse er så stor at den rettferdiggjør prioritetsfordelen til utleggstaker.

Utleggstakernes prioritetsfortrinn etter tinglysingsloven sammenfaller i stor grad med reglene som gjelder for øvrige rettsregister. Utleggstakere gis imidlertid *ikke* en slik prioritetsfordel etter verdipapirsentralloven § 7-3, forsikringsavtaleloven § 17-3 og elsertifikatloven § 14. Bakgrunnen for den manglende prioritetsfordelen i verdipapirsentralloven og forsikringsavtaleloven kan kanskje forklares med at det er en nær sammenheng mellom dokumentbaserte omsetningsgjeldsbrev og finansielle instrumenter som kan registreres i en verdipapirsentral og livsforsikringsregisteret. Verdipapirsentralloven § 3-1 krever for eksempel at norske ihendehaverobligasjoner *skal* innføres i en verdipapirsentral. Ihendehaverobligasjoner ble tidligere utstedt som et dokumentbasert omsetningsgjeldsbrev, jf. gjeldsbrevloven § 11 annet ledd nr. 1. Livsforsikringer ble også tidligere utstedt som verdipapirer.⁷⁸⁴ Det er trolig på

⁷⁸⁰ Røsæg m.fl.: *Elektronisk tinglysing. Forslag til endring i tinglysingsloven mv. for å tilrettelegge for elektronisk tinglysing*, arbeidsrapport avgitt til Justis- og politidepartementet 1. juni 2010, s. 67.

⁷⁸¹ Prop.53 L (2013-2014) s. 46.

⁷⁸² Prop.53 L (2013-2014) s. 46.

⁷⁸³ Prop.53 L (2013-2014) s. 46.

⁷⁸⁴ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 63-64.

denne bakgrunn at prioritetsreglene i den gamle verdipapirregisterloven, som er videreført i den nye verdipapirsentralloven, har prioritetsregler som tilsvarer prioritetsreglene til de dokumentbaserte omsetningsgjeldsbrev.⁷⁸⁵ Det er imidlertid vanskelig å finne noen begrunnelse for hvorfor utleggstaker ikke er gitt et prioritetsfortrinn etter elsertifikatloven, se nærmere om dette i punkt 7.5.3.

7.4.3 Rettighetsserverv som nyter vern mot utleggstaker uten tinglysing

Det er en rekke rettighetsserverv som ikke må tinglyses for å nyte kreditorvern, jf. tinglysingsloven §§ 21 og 22. For disse ervervene er ikke tinglysing et vilkår for å etablere kreditorvern. Tilsvarende unntak følger av sjøloven § 24 og luftfartsloven § 3-27. Tinglysingsloven § 21 annet ledd bestemmer at:

«For andre lovbestemte rettigheter enn pant har tinglysing ingen betydning, hvor ikke annet er særlig bestemt. Det samme gjelder rettsserverv ved hevd.»

Tinglysingsloven § 21 annet ledd åpner for negative skår i grunnbokens troverdighet.⁷⁸⁶ Med negative skår i grunnbokens troverdighet forstås at tredjemenn må respektere en rettighet som ikke fremgår av grunnboken.⁷⁸⁷ For utleggstakere medfører tinglysingsloven § 21 annet ledd at enkelte typer rettigheter må respekteres, selv om de ikke er tinglyste. Begrunnelsen for at lovfestede rettigheter ikke må tinglyses for å nyte kreditorvern, er at disse rettighetene er enkle å skaffe seg kunnskap om. Kreditorne bør kunne forventes at slike rettigheter kan være påheftet eiendommen, selv uten at de er tinglyst i grunnboken.⁷⁸⁸ I tillegg skal ofte lovfestede rettigheter og rådighetsinnskrenkninger tjene offentlige interesser. Heftelser som er etablert i allmenhetens interesse bør gis prioritet fremfor å gi kreditorne et bedre dekningsgrunnlag. Eksempler på lovfestede rettigheter som ikke trenger å bli tinglyst for å etablere rettsvern mot utleggstaker, er odelsrettigheter, forkjøpsretter for sameiere, jf. sameieloven § 11, og grunneiers forkjøpsrett ved overdragelse av servitutter, jf. servituttloven § 10.

Etter tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum nyter hevdserverv kreditorvern uten tinglysing. Dette omtales som aksessorisk rettsvernshemd.⁷⁸⁹ Tinglysingsloven §§ 20 og 21 regulerer ikke direkte om hevdede rettigheter må tinglyses for å nyte vern mot et konkursbeslag. Dette reguleres av tinglysingsloven § 23. Det er imidlertid ikke tvilsomt at aksessorisk

⁷⁸⁵ Prop.7 L (2018-2019) s. 153.

⁷⁸⁶ Falkanger/Falkanger: *Tinglysingsloven* s. 645.

⁷⁸⁷ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 118 bruker formuleringen «hull i grunnboken». Det synes utelukkende å være semantiske, og ikke rettslige, forskjeller mellom begrepene «skår» og «hull».

⁷⁸⁸ Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 264-265.

⁷⁸⁹ Høgetveit Berg: «Rettsvernshemd» s. 202 og HR-2017-33-A, avsnitt 53.

rettsvernshevd også kan gjøres gjeldende overfor konkursbo. Dette følger indirekte av tinglysningsloven § 23 første ledd første punktum, ettersom bestemmelsen bare gjelder dersom det er tale om «en rett som er stiftet ved avtale». Et hevdserverv er ikke en rettighet som er stiftet gjennom avtale. Den hevdede rettigheten må følgelig ikke tinglyses for å nyte rettsvern overfor et konkursbo.

Begrunnelsen for at hevdserverv ikke må tinglyses for å etablere kreditorvern, drøftes i forarbeidene til tinglysningsloven fra 1935. Det ble her fremhevet at hevdede rettigheter som ikke ble tinglyst, utgjorde «et ikke ubetydelig skår i grunnbokas troverdighet».⁷⁹⁰ Bakgrunn for at hevdede rettigheter likevel ble tilkjent rettsvern uten tinglysing var at hevd var en viktig ervervsform, særlig i «landsens forhold».⁷⁹¹ Dersom hevdspretendenten måtte tinglyse den hevdede rettigheten for å etablere rettsvern, måtte hevdspretendenten kunne fremlegge en skriftlig godkjenning fra innehaveren av grunnbokshjemmelen eller en rettskraftig dom som anerkjente den hevdede rettigheten.⁷⁹² Et tinglysningskrav ville derfor i realiteten tvinge hevdspretendenten til å reise sak mot innehaveren av grunnbokshjemmelen for å få en rettskraftig dom på at rettigheten hadde blitt hevdet.⁷⁹³ På denne bakgrunn ble det konkludert med at det var «forbundet med overveiende betenkeligheter [...] å søke å bringe hevden inn under tinglysningsreglene».⁷⁹⁴

Tinglysningslovens forarbeider er utarbeidet på 1930-tallet. Hevd sin betydning som ervervsgrunnlag har endret seg siden den gang.⁷⁹⁵ Grunnboken og matrikkel er blitt mer tilgjengelig etter at de gikk fra å være fysiske bøker til elektroniske register. I forarbeidene til forslaget til ny tinglysningslov fra 1982 ble det derfor reist spørsmål ved hevd sin betydning som ervervsform, i lys av den utviklingen som hadde skjedd etter at tinglysningsloven ble vedtatt.⁷⁹⁶ Det ble særlig fremhevet at det var «skapt større klarhet i eiendoms- og rettighetsforhold» etter at tinglysningsloven trådte i kraft.⁷⁹⁷ Det ble likevel ikke foreslått at hevdsumntaket i tinglysningsloven § 21 annet ledd annet punktum skulle fjernes. Dette skyldtes at utvalget mente det hadde blitt vanskeligere å gjennomføre hevdserverv enn da tinglysningsloven trådte i kraft. Etter utvalgets syn ville klarheten i hjemmelsforhold gjøre det vanskelig å oppfylle blant annet

⁷⁹⁰ Ot.prp.nr.9 (1935–1936) s. 37.

⁷⁹¹ Ot.prp.nr.9 (1935–1936) s. 37.

⁷⁹² Ot.prp.nr.9 (1935–1936) s. 37–38.

⁷⁹³ Ot.prp.nr.9 (1935–1936) s. 38.

⁷⁹⁴ Ot.prp.nr.9 (1935–1936) s. 38.

⁷⁹⁵ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 61-65 og Gunnar Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet», *Lov og rett* nr. 3/2002 (volum 41) s. 164-175 på s. 174-175.

⁷⁹⁶ NOU 1982:17 s. 134.

⁷⁹⁷ NOU 1982:17 s. 134.

vilkåret til aktsom god tro i hevdsloven § 4.⁷⁹⁸ Tinglysingsutvalget argumenterte dermed implisitt for at unntaket i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum kunne opprettholdes på grunn av at unntaket åpnet for beskjedne skår i grunnbokens troverdighet.

Selv om det kan diskuteres hvorvidt det er behov for unntaket i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, er det ikke tvilsomt at det må en lovendring til for at hevdede rettigheter ikke skal nyte kreditorvern uten tinglysing. *Brækhus* uttaler på denne bakgrunn at:

«Mener man at hevdsinstituttet fremdeles er nyttig, slik eiendomsforholdene arter seg i Norge, må man godta at hevdservervene står seg uten tinglysing.»⁷⁹⁹

Det foreligger få holdepunkter som tilsier at det er aktuelt å fjerne hevdsunntaket i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, selv om unntaket har vært problematisert i teorien.⁸⁰⁰

Enkelte øvrige unntak fra tinglysingskravet oppstilles i tinglysingsloven § 21 tredje ledd og tinglysingsloven § 22. Disse unntakene gjelder også overfor konkursbo, jf. tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum. Unntakene i tinglysingsloven § 21 tredje ledd og tinglysingsloven § 22 behandles derfor i punkt 7.5.4. I tillegg gjelder det enkelte særegne unntak fra registreringskravet i skipsregisteret for såkalt sjøpant. Sjøpant er en særegen panteordning for skip som har dype historiske røtter.⁸⁰¹ Krav som kan gjøres gjeldende under reglene om sjøpant sikres automatisk med en panterett i skipet eller lasten. Denne panteretten har «fortrinnsrett foran alle andre heftelser» i henholdsvis skipet og lasten, jf. sjøloven §§ 52 første ledd og 62 første ledd. Det er følgelig ingen krav til registrering i skipsregisteret for at sjøpantrettigheter skal oppnå kreditorvern.⁸⁰² Sjøpantrettigheter kan derfor heller ikke registreres i skipsregisteret etter sjøloven § 20 første ledd annet punktum.⁸⁰³

7.4.4 Eksproprierte rettigheter

Det kan diskuteres om eksproprierte rettigheter må tinglyses for å stå seg overfor en utleggstaker. I forarbeidene til tinglysingsloven er det lagt til grunn at «tinglysing av ekspropriasjon skal være nødvendig for å skaffe rettsvern», selv om det ble fremhevet at

⁷⁹⁸ NOU 1982:17 s. 134.

⁷⁹⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 216.

⁸⁰⁰ For en kritisk gjennomgang av tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 59-65.

⁸⁰¹ Se Thor Falkanger og Hans Jakob Bull: *Sjørett*, 8. utgave, Oslo 2016 s. 105 flg. for en nærmere redegjørelse for den historiske bakgrunnen for sjøpant.

⁸⁰² Falkanger og Bull: *Sjørett* s. 105.

⁸⁰³ Innstilling VI fra Sjølovkomiteén s. 56.

eksproprierte rettigheter «gjelder efter almindelig opfatning mot alle selv om den ikke er tinglyst».⁸⁰⁴ Dette ble antatt å være rimelig i forarbeidene ettersom rettsvern uten tinglysing kunne føre til rettighetstap for godtroende erverver som innrettet seg etter grunnboken.⁸⁰⁵ Teorien har i stor grad fulgt opp forarbeidenes standpunkt. Det har derfor vært hevdet at eksproprierte rettigheter må tinglyses for å etablere kreditorvern overfor utleggstakere, jf. tinglysingsloven § 20.⁸⁰⁶

Konsekvensen av at utleggstaker får tinglyst sitt utlegg før den eksproprierte rettigheten, er at eksproprianten må betale et nytt vederlag til utleggstaker dersom ekspropriasjonsvederlaget allerede har blitt utbetalt til ekspropriaten.⁸⁰⁷ Eksproprianten risikerer dermed ikke å tape den eksproprierte rettigheten dersom han eller hun er villig til å betale ekspropriasjonsvederlaget to ganger.

Det kan problematiseres om det er heldig at eksproprierte rettigheter må tinglyses for å stå seg overfor en utleggstaker. Det er kun rettigheter som er «stiftet ved avtale», som må tinglyses for å stå seg overfor et konkursbo. Selv om «stiftet ved avtale» nå antakeligvis skal forstås som «frivillig stiftet rett» i etterkant av HR-2017-33-A, jf. punkt 7.5.1, vil ikke eksproprierte rettigheter være en frivillig stiftet rett.⁸⁰⁸ Frivillighet er ikke et vilkår for å ekspropriere. Ekspropriasjon kan tvert imot tvinges gjennom mot hjemmelshavers vilje, jf. oreigningslova § 1. Konsekvensen er at eksproprierte rettigheter står seg overfor et konkursbo uten tinglysing, jf. tinglysingsloven § 23.⁸⁰⁹

Regler som oppstiller ulike rettsvernsakter overfor utleggtakere og konkursbo er fremmed, vilkårlig og lite egnet.⁸¹⁰ En slik situasjon bidrar til dårlig koherens og oppfordrer til et dekningskappløp mellom kreditorene: Kreditorene oppfordres til å forfølge kravet sitt enkeltvis fremfor at det foretas et generalbeslag i form av en konkurs.⁸¹¹

Dersom tinglysingsloven §§ 20 og 23 skal samsvare, *kan* tinglysingsloven § 20 tolkes innskrenkende slik at eksproprierte rettigheter ikke må tinglyses for å etablere vern overfor utleggstakere. Alternativt *kan* tinglysingsloven § 23 tolkes utvidende slik at eksproprierte

⁸⁰⁴ Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) s. 35-36.

⁸⁰⁵ Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) s. 36.

⁸⁰⁶ Se Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 243-244 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 287-288.

⁸⁰⁷ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 224-225 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 244.

⁸⁰⁸ Se også HR-2017-33-A, avsnitt 40 hvor Høyesterett i et *obiter dictum* gir uttrykk for at ekspropriasjon ikke omfattes av tinglysingsloven § 23.

⁸⁰⁹ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 225 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 288.

⁸¹⁰ Marthinussen: «Forusstranda» s. 91, Marthinussen: «Hevd som rettsvernssurrogat?» s. 267-268 og Salvesen: «Selvstendig rettsvernshævd i lys av HR-2017-33-A» s. 220.

⁸¹¹ Om terminologien «dekningskappløp», se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 184-186.

rettigheter må tinglyses for å etablere vern overfor et konkursbo. Den manglende faren for kreditorsvik ved ekspropriasjon kan tale for at tinglysingsloven § 20 bør tolkes innskrenkende. Ekspropriasjon krever et vedtak fra departement, fylkesmannen eller post- og teletilsynet, jf. oreigningslova § 2, jf. delegering av samtykkekompetanse etter oreigningslova § 5 med tilhørende forskrifter.⁸¹² Et ekspropriasjonsvedtak gis derfor ikke av hensyn til debitor. Det er følgelig liten fare for at en ekspropriasjon kan benyttes til å unndra midler fra et kreditorbeslag.⁸¹³ Notoriteten omkring en ekspropriasjon vil også være god ettersom det er mulig å etterprøve *om* ekspropriasjonsvedtaket er truffet, *når* vedtaket ble truffet og *hva* som er innholdet i vedtaket.⁸¹⁴ Utleggstaker lider heller ikke nødvendigvis noen fare for rettstap dersom eksproprierte rettigheter nyter kreditorvern uten tinglysing. Utleggstaker kan ta utlegg i andre formuesgoder enn den eksproprierte eiendommen. Videre kan ikke en ekspropriasjon skje uten at eiendommen skal brukes til et offentlignyttig formål, jf. oreigningsloven § 2. Det vil derfor være i allmennhetens interesse å gi eksproprierte rettigheter prioritet fremfor en enkeltsøkende kreditor. Utleggstakeren vil utelukkende ivareta egne interesser gjennom utlegget.

Hensynet til publisitet kan tale mot en innskrenkende tolkning av tinglysingsloven § 20. Utleggstakere har behov for å få innsyn i hvilke formuesgoder som kan utgjøre potensielle dekningsobjekter. Dersom eksproprierte rettigheter må tinglyses, slipper utleggstaker å iverksette en tvangsinndrivelse i den tro at eiendommen kan utgjøre et potensielt dekningsobjekt, for deretter å bli skuffet når det viser seg at eiendommen er beheftet med en ekspropriert rettighet som ikke er tinglyst. Et konkursbo har ikke i like stor grad behov for den publisitetsskapende effekten som en tinglysing gir. En konkurs åpnes ikke på bakgrunn av konkursboets mulighet for å få dekning i en enkelt gjenstand.

Etter min mening taler en overvekt av hensyn i favør av en innskrenkende tolkning av tinglysingsloven § 20. Det er likevel tvilsomt om en slik løsning kan legges til grunn *de lege lata*. Forarbeidene og teorien er forholdsvis klar på at eksproprierte rettigheter må tinglyses for å stå seg overfor en utleggstaker. *De lege lata* må derfor eksproprierte rettigheter trolig tinglyses

⁸¹² Forskrift 2. juni 1960 nr. 1, Forskrift 15. april 1977 nr. 3, Forskrift 19. august 1983 nr. 2150 og Forskrift 31. mars 2009 nr. 392.

⁸¹³ Se NOU 1982:17 s. 153 hvor det sies at: «Kreditorsvik i forbindelse med et ekspropriasjonserverv er ikke tenkelig.»

⁸¹⁴ Jeg tolker også Lilleholt i denne retning når han sier følgende i *Godtruerverv og kreditorvern* på s. 224: «[i]ngen notoritetsomsyn skulle tilseie eit krav om tinglysing her». Lilleholt skriver likevel i *Allmenn formuerett* på s. 287 at: «Erverv ved ekspropriasjon må tinglysast for å ha vern etter tinglysingsloven § 20, enda ervervet er notorisk nok».

for å stå seg overfor en utleggstaker. Tinglysning er imidlertid ikke nødvendig for at en ekspropriert rettighet skal stå seg overfor et konkursbo. Løsningen er uheldig og bidrar til en klar svekkelse av hensynet til koherens. Lovgiver bør vurdere endringer på dette punktet. En mulig løsning kan være å innta eksproprierede rettigheter i unntaksbestemmelsen i tinglysingsloven § 21 annet ledd.

7.4.5 Forholdet mellom utleggstaker og konkursbo

Utlegg har prioritet foran andre rettserverv dersom rettighetene tinglyses samme dag, jf. tinglysingsloven § 20 tredje ledd første punktum.⁸¹⁵ Dekningsloven § 5-8 modererer imidlertid dette utgangspunktet dersom det oppstår en suksesjonskonflikt mellom utleggstaker og et konkursbo. Utleggstakers prioritet overfor konkursboet må ses i lys av dekningsloven § 5-8. Bestemmelsen sier følgende:

«Panterett stiftet ved utlegg hos skyldneren senere enn tre måneder før frisdagen har ingen rettsvirkning overfor boet.

Utlegg som skyldnerens nærstående har ervervet tidligere, men senere enn to år før frisdagen, har ingen rettsvirkning overfor boet, dersom det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent da utlegget ble gitt. Denne regel gjelder likevel ikke utlegg for forfalt underholdsbidrag til noen som på utleggstiden eller senere ikke har tilhørt skyldnerens husstand.»

Selv om dekningsloven § 5-8 er en omstøtelsesregel, har bestemmelsen klare likhetstrekk med rettsvernsregler.⁸¹⁶ Omstøtelsesfristen i dekningsloven § 5-8 begynner først å løpe når utleggspantet er registrert i et realregister, jf. dekningsloven § 5-10 annet punktum. Utleggstakere må derfor registrere utlegget i et realregister senest tre måneder før konkursbegjæringen kom inn til tingretten, eventuelt senest to år før konkursbegjæringen kom inn til tingretten dersom utlegget faller innenfor virkeområdet til dekningsloven § 5-8 annet ledd, for at utlegget skal stå mot et konkursbeslag.

Dersom dekningsloven § 5-8 kommer til anvendelse, har utlegget ingen «rettsvirkning» overfor konkursboet. I de øvrige omstøtelsesreglene er rettsvirkningen at disposisjonen «kan omstøtes», jf. punkt 3.1.2. Denne diskrepansen medfører neppe noen realitetsforskjell, utover at omstøtelse av utlegg trolig inntreer automatisk fra og med konkursåpningen, uten at omstøtelse må

⁸¹⁵ Se også Sjøloven § 23 tredje ledd annet punktum, luftfartsloven § 3-26 annet ledd annet punktum, petroleumsloven § 6-1 tredje ledd, akvakulturloven § 18 fjerde ledd og kraftledningsregisterloven § 9. Motsatt verdipapirsentralloven § 7-3, forsikringsavtaleloven § 17-3 og elsertifikatloven § 14.

⁸¹⁶ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 249 og Falkanger/Falkanger: *Tinglysing* s. 646 (petit).

påberopes av konkursboet.⁸¹⁷ Omstøtelsesoppgjøret inntreer imidlertid ikke automatisk, og må iverksettes gjennom aktive handlinger fra boets side.⁸¹⁸ Virkningen av at utleggspantet omstøtes er at boet trer inn i utleggstakers prioritet.⁸¹⁹ Panthavere på etterstående prioritet rykker følgelig ikke opp når utleggspantet omstøtes. Konsekvensen av dekningsloven § 5-8 er at utleggstaker i realiteten må ha tinglyst eller registrert utlegget senest tre måneder før konkursbegjæringen ble mottatt for å stå seg overfor et konkursbeslag.

7.5 Etablering av kreditorvern overfor konkursbo

7.5.1 Rettslig utgangspunkt

Tinglysningsloven § 23 regulerer hvordan kreditorvern etableres i fast eiendom overfor et konkursbo. Det følger av bestemmelsen at:

«For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg overfor konkurs, må rettsstiftelsen utenfor de tilfeller som er nevnt i § 21 tredje ledd og § 22, være registrert senest dagen før konkursåpningen. Har det vært åpnet forhandling om tvangsakkord under en umiddelbart forutgående gjeldsforhandling, jf. lov om fordringshavernes dekningsrett § 1-4 sjette ledd, må rettsstiftelsen være registrert senest dagen før åpningen av forhandling om tvangsakkord. Når rettsstiftelsen er foretatt med samtykke av gjeldsnemnda, er likevel dens gyldighet overfor konkursboet ikke avhengig av tinglysing.

For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg ved tvangsakkord, må rettsstiftelsen utenfor de tilfeller som er nevnt i § 21 tredje ledd og § 22, være registrert senest dagen før åpningen av forhandling om tvangsakkord.»

Etter ordlyden er det kun rettigheter «som er stiftet ved avtale», som må tinglyses senest dagen før konkursåpningen for å stå seg overfor et konkursbeslag. En nærliggende tolkning av tinglysningsloven § 23 er at rettigheter som *ikke* er stiftet ved avtale, nyter kreditorvern overfor et konkursbo uten tinglysing.

Formuleringen «stiftet ved avtale» går ikke igjen i øvrige rettsregistreringsregler om etablering av kreditorvern overfor et konkursbo. Sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 bestemmer for eksempel at enhver «frivillig stiftet rett» må være registrert senest dagen

⁸¹⁷ Kristian Huser: *Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3 – Omstøtelse*, Bergen 1992 s. 39-48, se særlig s. 46-47.

⁸¹⁸ Huser: *Gjeldsforhandling og konkurs* 3 s. 47.

⁸¹⁹ Rt. 2014 s. 883, avsnitt 31-32, Skoghøy: *Panterett* s. 214, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 815, NOU 1972:20 s. 295 og Ot.prp.nr. 26 (1998-1999) s. 158.

før konkursåpningen for at rettigheten skal stå seg overfor konkursboet. Avtalefriheten i norsk rett medfører at avtaler er frivillige disposisjoner.⁸²⁰ Det er imidlertid ikke sikkert at enhver frivillig stiftet rett kan betegnes som en avtale. Begrepet «avtale» synes å forutsette at det foreligger en gjensidig disposisjon mellom to parter. Det eksisterer imidlertid en rekke frivillig stiftede rettigheter som kan foretas gjennom en ensidig disposisjon fra avhenders side, se nærmere om dette nedenfor.

Begrepet «avtale» er ikke definert noen steder i tinglysningsloven. Avtalelovens systematikk er kanskje det nærmeste man kommer en legaldefinisjon av avtale. Avtaleloven er bygd opp rundt tilbud og aksept-modellen. Det innebærer at en bindende avtale inngås når det foreligger et tilbud fra selger, og en aksept fra kjøper som dekker tilbudet. Dersom kjøper gir en aksept som går utover tilbudet til selger, må selger akseptere det nye tilbudet til kjøper. Tilbud og aksept-modellen legger dermed opp til at en avtale forutsetter enighet mellom to parter.

Det foreligger ingen omforent definisjon av avtalebegrepet i teorien. *Johan Giertsen* mener et kjennetegn ved avtaler er at de er «[g]jensidige disposisjoner [...] der begge parter har bundet seg».⁸²¹ Videre mener *Giertsen* at avtalen må regulere «rettsforhold», uten å utdype nærmere hva som ligger i dette begrepet.⁸²²

Geir Woxholth mener at avtaler fungerer «som ‘instrument’ for å stifte, endre og bevirke opphør av rett- og pliktforhold».⁸²³ Han mener også at «det [er] liten tvil om at avtaler (kontrakt) er det viktigste grunnlaget for stiftelse, endring, opphør og overføring (omsetning) av formuesrettigheter».⁸²⁴

Erlend Haaskjold er av den oppfatning at kontraktsforpliktelser kjennetegnes ved at de har utgangspunkt i et avtaleforhold, og at det er «enigheten mellom partene som binder dem, og de blir bundet så langt enigheten rekker».⁸²⁵ Det sentrale, ifølge *Haaskjold*, er derfor «partenes frihet til å velge om man skal forplikte seg rettslig, sammen med friheten til å bestemme forpliktelsens innhold».⁸²⁶

Marthinussen har tatt til orde for at det foreligger en «fast og langvarig tradisjonsbunden forståelse av avtalebegrepet til en frivillig etablering av et rettsforhold mellom to parter», og at

⁸²⁰ Erlend Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser*, 2. utgave, Oslo 2013 s. 13.

⁸²¹ Johan Giertsen: *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 1.

⁸²² Giertsen: *Avtaler* s. 1.

⁸²³ Woxholth: *Avtalerett* s. 116.

⁸²⁴ Woxholth: *Avtalerett* s. 23.

⁸²⁵ Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser* s. 13.

⁸²⁶ Haaskjold: *Kontraktsforpliktelser* s. 13.

det derfor er «vanskelig å forstå [tinglysingsloven § 23] på noen annen måte» enn at det er denne forståelsen av avtalebegrepet som det vises til når begrepet «avtale» benyttes i tinglysingsloven § 23.⁸²⁷

På bakgrunn av avtalelovens system og oppfatningene i teorien synes ordlyden i tinglysingsloven § 23 *isolert sett* å sikte til at «rett stiftet ved avtale» må være en gjensidig disposisjon mellom to parter.⁸²⁸ Høyesterett måtte i HR-2017-33-A blant annet ta stilling til om en overdragelse av en fast eiendom gjennom fisjon var å anse som en rettighet «stiftet ved avtale». Bakgrunnen for at Høyesterett måtte drøfte om selskapsrettslig fisjon var omfattet av ordlyden «rett stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23, var at de selskapsrettslige fisjonene hadde skjedd gjennom en ensidig beslutning av generalforsamlingen til aksjeselskapet som ble delt, jf. aksjeloven § 14-6 første ledd og punkt 5.2.3. Fisjonsoverdragelsen var følgelig ikke basert på en enighet mellom to parter.⁸²⁹

Innledningsvis i sin tolkning av tinglysingsloven § 23 fastslo Høyesterett at:

«Verken tinglysingsloven eller andre lover inneholder noen definisjon av begrepet ‘avtale’. En vanlig oppfatning er at en avtale er en gjensidig disposisjon som binder to parter, se eksempelvis Johan Giertsen, *Avtaler*, 2. utgave, 2012 side 1. Det kan ikke oppstilles spesielle formkrav for at det skal foreligge en avtale.»

Høyesterett syntes innledningsvis å presisere at en selskapsrettslig fisjon falt utenfor ordlyden «stiftet ved avtale», ettersom fisjonsoverdragelsen hadde skjedd gjennom en ensidig beslutning av generalforsamlingen til aksjeselskapet. Høyesterett gikk deretter over til å tolke tinglysingsloven § 23 i lys av øvrige rettskilder. Etter mitt skjønn kunne Høyesterett tydeligere presisert innledningsvis at dersom en fisjon skulle anses å falle innenfor ordlyden «avtale» i tinglysingsloven § 23, forutsatte det en utvidende tolkning av ordlyden. Rettsvernsreglene har en preseptorisk karakter, noe som medfører at en utvidende tolkning bare bør skje dersom hensynene bak kreditorvernreglene taler klart i favør en utvidende tolkning, jf. punkt 5.2.3.⁸³⁰

⁸²⁷ Marthinussen: «Forusstranda» s. 71.

⁸²⁸ I samme retning, se Aagaard: «Kommentar til advokatene Berge og Stensholdt» s. 256-258, jf. s. 253 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 194, note 278.

⁸²⁹ En fisjon kan skje gjennom at deler av et selskap overføres til et eksisterende selskap. Fisjon krever da beslutning om fisjon fra både det overdragende og det overtakende selskap, jf. aksjeloven § 14-6 annet ledd. Det kan være mer nærliggende å omtale slike fisjoner som avtaler. Dette ble ikke problematisert i HR-2017-33-A ettersom fisjonsoverdragelsene ble foretatt til et nystiftet selskap.

⁸³⁰ Marthinussen: «Forusstranda» s. 71-72.

I den videre tolkningen av tinglysingsloven § 23 viste Høyesterett til at forarbeidene ga liten veiledning for tolkningen av bestemmelsen. Høyesterett mente imidlertid at «annen lovgivning» ga «vesentlige holdepunkter for forståelsen» av avtalebegrepet.⁸³¹ Høyesterett sammenlignet tinglysingsloven § 23 med kreditorvernreglene som gjelder for øvrige rettsregistre. Det ble i den anledning vist til sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11. Som nevnt ovenfor krever disse bestemmelsene at enhver «frivillig stiftet rett» må registreres i det angjeldende rettsregisteret senest dagen før konkursåpning for at rettigheten skal stå seg overfor et konkursbeslag. Det er ikke tvilsomt at en selskapsrettslig fisjon må regnes som en «frivillig stiftet rett» ettersom en fisjon ikke kan skje uten et vedtak fra generalforsamlingen. Høyesterett vurderte derfor om «stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23 burde forstås som «frivillig stiftet rett», i lys av reguleringene i sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11.⁸³²

Slik jeg tolker Høyesterett på dette punkt, impliseres det at regler om rettsregistrering bør tolkes mest mulig likt. Høyesterett synes dermed å bygge på hensynet til koherens når det vises til reguleringene i sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 ved tolkningen av tinglysingsloven § 23.⁸³³ Hensynet til koherens kunne hypotetisk sett i forkant av HR-2017-33-A talt for to tolkningsalternativer av tinglysingsloven § 23. Det første tolkningsalternativet var at sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 skulle tolkes i samsvar med tinglysingsloven § 23. Det ville i så fall innebære at «frivillig stiftet rett» i sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 skulle forstås som «rett stiftet ved avtale». Det faktum at øvrige rettsregistreringsregler er utformet etter tinglysingslovens mønster, kunne talt for at sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 måtte tolkes i samsvar med tinglysingsloven § 23, jf. punkt 7.4.1.

Det andre tolkningsalternativet som hensynet til koherens kunne talt for i forkant av HR-2017-33-A, var at tinglysingsloven § 23 skulle tolkes i samsvar med sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11. Dette tolkningsalternativet ville medført at «rett stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23 skulle forstås som «frivillig stiftet rett». Det faktum at sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 alle bruker formuleringen «frivillig stiftet rett», samt at lovene er av nyere dato enn tinglysingsloven, talte for at det andre

⁸³¹ HR-2017-33-A, avsnitt 37.

⁸³² Marthinussen synes å ha gått inn for en slik tolkning av tinglysingsloven § 23 i forkant av HR-2017-33-A, se *Tredjemannsproblemene*, 1. utgave, Oslo 2016 s. 176-181. Konklusjonen har senere blitt justert i den nyere utgaven, se *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 192.

⁸³³ Om koherens som hensyn, se Tørum: «Konsekvens i formueretten» s. 338-339 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 105.

tolkningsalternativet var mest nærliggende. Hensynet til koherens utpekte følgelig ikke noe klart og tydelig tolkningsalternativ av tinglysingsloven § 23: Begge tolkninger var plausible.⁸³⁴ Høyesterett mente imidlertid at «lovforarbeider og rettspraksis» hadde lagt til grunn at begrepet «frivillig stiftet rett» svarte til begrepet «stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23.⁸³⁵ Førstvoterende i HR-2017-33-A viste til en uttalelse av førstvoterende i Rt. 1998 s. 268. I Rt. 1998 s. 268 ble det uttalt at:

«Ankemotparten har anført at det her dreier seg om en ervervstype som ikke omfattes av uttrykket 'frivillig stiftet rett' i denne bestemmelsen. Nevnte uttrykk svarer til uttrykket 'stiftet ved avtale' i tinglysingsloven § 23, jf. Innstilling VI fra Sjølovkomitéen side 59 under omtalen av utkastets § 24.»⁸³⁶

Høyesteretts henvisning til «lovforarbeider og rettspraksis» i HR-2017-33-A må forstås som en henvisning til sitatet fra Rt. 1998 s. 268 ovenfor. Ettersom førstvoterende i Rt. 1998 s. 268 bare viser til innstillingen fra Sjølovkomitéen, må det være denne forarbeidsuttalelsen som inngår i henvisningen til «lovforarbeider».

Førstvoterende sin uttalelse i Rt. 1998 s. 268 omhandler forståelsen av sjøloven § 25 første ledd, og ikke tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum. Videre er uttalelsen fra Sjølovkomitéen, som førstvoterende i Rt. 1998 s. 268 viste til, trolig følgende uttalelse:

«Denne paragrafen gjelder rettsvern i konkurs og svarer til tinglysingsloven § 23, med de endringer som følger av at prioriteten regnes fra innleveringstidspunktet.»⁸³⁷

Uttalelsen fra Sjølovkomitéen kan ikke nødvendigvis tas til inntekt for at begrepet «avtale» i tinglysingsloven § 23 må forstås som «frivillig stiftet rett». Det faktum at sjøloven § 25 «svarer til» tinglysingsloven § 23, er ikke ensbetydende med at bestemmelsene skal tolkes likt. Formuleringen «svarer til» kan forstås som at tinglysingsloven § 23 og sjøloven § 25 regulerer det samme rettslige problemet, nemlig hvordan kreditorvern etableres overfor et konkursbo. Førstvoterendes uttalelse om at «lovforarbeider og rettspraksis» har lagt til grunn at formuleringen «frivillig stiftet rett» i sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 tilsvarer «stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23, kunne derfor vært nærmere begrunnet.⁸³⁸

⁸³⁴ I samme retning se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 188.

⁸³⁵ HR-2017-33-A, avsnitt 39

⁸³⁶ Se HR-2017-33-A, avsnitt 39 med henvisning til Rt. 1998 s. 268, s. 274.

⁸³⁷ Innstilling VI fra Sjølovkomitéen, s. 59. Henvisningen til uttalelsen finnes i Rt. 1998 s. 268 på s. 274.

⁸³⁸ HR-2017-33-A, avsnitt 38 og 39.

Førstvoterende i HR-2017-33-A identifiserte videre at formålet til tinglysingsloven § 23 var å hindre kreditorsvik. Høyesterett mente faren for kreditorsvik var «til stede ved alle former for frivillige disposisjoner fra debtors side».⁸³⁹ Dette talte etter Høyesteretts syn for at begrepet «avtale» måtte omfatte frivillige disposisjoner, mens tvungne disposisjoner, der notoriteten ville være sikret på andre måter, falt utenfor.

Den ankende part i saken hadde anført at de selskaps- og regnskapsrettslige reglene om fisjon bidro til å sikre den nødvendige notoriteten rundt overdragelsen av eiendommene, se blant annet reglene om fisjonsplan i aksjeloven § 14-4. Høyesterett var ikke enig i denne anførselen og viste til at «det ikke gjelder noe krav om identifikasjon av den enkelte eiendom som omfattes av en fisjon, i selskapsbeslutninger eller i offentlig tilgjengelige regnskap».⁸⁴⁰ For å få informasjon om hvilke eiendommer som var overdratt mente Høyesterett at det krevdes «en analyse av regnskaper og underliggende dokumenter».⁸⁴¹ Høyesterett påpekte til slutt at en fisjon ikke skilte seg vesentlig fra «andre frivillige eiendomsoverdragelser», og at «kravet om tinglysing [gjelder] selv om det i det enkelte tilfelle ikke er tvil om hvilke disposisjoner som er foretatt».⁸⁴² Konklusjonen ble følgelig at overføringen av eiendommene gjennom fisjon var omfattet av begrepet «rett som er stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum.

I etterkant av HR-2017-33-A har *Hans Fredrik Marthinussen* kritisert Høyesterett for sin metodiske tilnærming til tolkningen av begrepet «avtale» i tinglysingsloven § 23.⁸⁴³ *Marthinussen* mener Høyesterett skulle ha understreket mye tydeligere at en selskapsrettslig fisjon i utgangspunktet faller utenfor en naturlig forståelse av begrepet «avtale». Etersom Høyesterett unnlot å formulere dette utgangspunktet, mener *Marthinussen* at Høyesterett også unnlot å fremheve at tinglysingsloven § 23 måtte tolkes utvidende for at en fisjon skal kunne regnes som en «rett stiftet ved avtale».⁸⁴⁴

Metodisk sett er jeg enig med *Marthinussen* i at det kunne vært ønskelig at Høyesterett presiserte at en selskapsrettslig fisjon – etter ordlyden – vanskelig kunne sies å falle innenfor begrepet «avtale». En slik presisering kunne hatt betydning for tolkningen av bestemmelsen, ettersom adgangen til å tolke kreditorvernbestemmelser utvidende må være smal på bakgrunn av suksessors behov for forutberegnelighet, jf. punkt 5.2.3.⁸⁴⁵ Høyesteretts argumentasjon om

⁸³⁹ HR-2017-33-A, avsnitt 40.

⁸⁴⁰ HR-2017-33-A, avsnitt 42

⁸⁴¹ HR-2017-33-A, avsnitt 43

⁸⁴² HR-2017-33-A, avsnitt 43

⁸⁴³ Hans Fredrik Marthinussen: «Forusstranda», se særlig s. 70-78.

⁸⁴⁴ Marthinussen: «Forusstranda» s. 72

⁸⁴⁵ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 63.

nødvendigheten av å tinglyse overdragelser etter selskapsrettslige fisjoner, er likevel helt i tråd med premissene i Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268. I begge disse sakene var det ikke tvilsomt at overdragelsene som hadde skjedd var lojale og notoriske. Likevel mente Høyesterett at suksessor måtte foreta den lovfestede rettsvernsakten for å være vernet mot debtors konkursbo. Hensynet til notoritet kunne ikke tilfredsstilles på alternative måter. Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 omhandlet riktig nok en innskrenkende tolkning av lovfestede kreditorvernregler, og ikke en utvidende tolkning, slik HR-2017-33-A gjorde. Faren for kreditorsvik står imidlertid sentralt i drøftelsen til Høyesterett i samtlige av dommene.

Dersom fisjonsoverdragelsen hadde stått seg overfor kreditorbeslaget i HR-2017-33-A, ville selskaper med likviditetsproblemer kunne tappe selskapet for faste eiendommer gjennom å fisjonere selskapet med en påfølgende overdragelse av eiendommene til det overtakende selskapet. En slik kreditorfiendtlig disposisjon vanskeliggjøres av at en selskapsfisjon krever tilslutning fra to tredjedeler av de avgitte stemmene på generalforsamlingen, samt to tredjedeler av aksjekapitalen som er representert på generalforsamling, jf. aksjeloven § 14-6 første ledd, jf. § 5-18 første ledd annet punktum. Flertallskravet i aksjeloven § 14-6 første ledd eliminerer imidlertid ikke risikoen for at en selskapsrettslig fisjon kan brukes som et verktøy for å unndra faste eiendommer fra et kreditorbeslag. Dersom Høyesterett hadde kommet til at tinglysing ikke var nødvendig på bakgrunn av at notoriteten var tilstrekkelig ivaretatt gjennom fisjonen, mener jeg Høyesterett hadde gått lenger i å godta disposisjoner som åpner for kreditorsvik, enn dersom disposisjonene i Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 hadde stått seg mot et kreditorbeslag, jf. punkt 5.2.2.

Etter HR-2017-33-A er det klart at tinglysingsloven § 23 nå må forstås på samme måte som de tilsvarende kreditorvernbestemmelsene i blant annet sjøloven § 25 og luftfartsloven § 3-31. Høyesteretts uttalelse om at «lovens begrep 'avtale' ikke innebærer noen begrensning utover at det som omfattes, er frivillige disposisjoner», åpner ikke for tvil på dette punkt.⁸⁴⁶ Denne klargjøringen fra Høyesterett medfører at ensidige beslutninger fra debtors side om å overføre formuesrettigheter i fast eiendom rammes av tinglysingsloven § 23.⁸⁴⁷ Det er følgelig ikke grunnlag for å diskutere om sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 kan

⁸⁴⁶ HR-2017-33-A, avsnitt 40.

⁸⁴⁷ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 192.

tolkes innskrenkende, slik at virkeområdet til disse bestemmelsene avgrenses til rettigheter «stiftet ved avtale».⁸⁴⁸

Høyesteretts tolkning av begrepet «stiftet ved avtale» i HR-2017-33-A kan være et eksempel på at Høyesterett forholder seg funksjonelt til rettslige begreper: Selv om begrepet avtale har en klar betydning, trenger ikke begrepet å tillegges det samme rettslige innholdet i enhver sammenheng. Begrepet må tolkes kontekstuellt, jf. punkt 4.2. Ved tolkningen av «avtale» i tinglysingsloven § 23 i HR-2017-33-A synes Høyesterett å legge til grunn at det er viktigere å vanskeliggjøre kreditorsvik enn å følge en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd. Implikasjonen i Høyesteretts resonnement i HR-2017-33-A er dermed at en utvidende tolkning av kreditorvernreglene – til gunst for kreditorene – er mindre betenkelig enn å tolke kreditorvernreglene innskrenkende til ugunst for kreditorene. Som drøftet i punkt 5.2.3 kan en slik tolkning problematiseres. Høyesterett tolker derfor, etter mitt skjønn, lovfestede kreditorvernregler på en svært kreditorvennlig måte.

7.5.2 Konkursåpningens funksjon som sikringsakt og rettsvernsakt

Tinglysingsloven § 23 kan vurderes fra to perspektiver: Suksessors perspektiv og konkursboets perspektiv. Fra suksessors perspektiv oppstilles tinglysning som et vilkår for beskyttelse mot en senere kreditorekstinksjon fra boets side, jf. formuleringen «må rettsstiftelsen [...] være registrert senest dagen før konkursåpning». Tinglysning oppstilles følgelig som en rettsvernsakt for suksessor. Fra boets perspektiv oppstiller tinglysingsloven § 23 boåpningen som en sikringsakt: Tinglysning må skje senest dagen før konkursåpning for å «stå seg overfor konkurs». Konkursåpningen sørger for at utinglyste rettigheter ekstingveres. Tinglysingsloven § 23 sier imidlertid ikke noe *om* hvorvidt konkursboet må foreta noe, og i så fall *hva*, for å verne konkursbeslaget mot en senere godtroekstinksjon. Fra perspektivet til boet er derfor bestemmelsen taus om konkursåpningens funksjon som rettsvernsakt.

Tinglysingsloven § 20 inneholder en generell regel om at tinglyste «rettserverv» skal gå foran utinglyste «rettserverv», jf. punkt 7.4.1. Tinglysingsloven § 20 oppstiller tinglysning som både en sikringsakt og rettsvernsakt. Det kan drøftes om bestemmelsen i tinglysingsloven § 20 hypotetisk sett kan tenkes å utfylle tinglysingsloven § 23. Ettersom tinglysingsloven § 23 er taus om konkursbeslagets vern mot en etterfølgende godtroekstinksjon, kunne det *de lege ferenda* tenkes at tinglysingsloven § 20 utfyller tinglysingsloven § 23. Konsekvensen vil i så

⁸⁴⁸ Dette ble drøftet av Marthinussen i *Tredjemannsproblemene*, 1. utgave, Oslo 2016 s. 178-182. Marthinussen har justert drøftelsen i etterkant av HR-2017-33-A, se *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 192-193.

fall være at en konkursåpning ek스팅verer utinglyste rettigheter, men at konkursbeslaget må tinglyses for å etablere rettsvern mot en etterfølgende godtroekstinksjon av konkursbeslaget, se nærmere om dette i punkt 7.11.

Dersom tinglysingsloven § 20 skal komme til anvendelse overfor et konkursbo, er det en forutsetning at et konkursbeslag skal regnes som et «rettserverv», jf. tinglysingsloven § 20 første ledd. Begrepet «rettserverv» har ikke vært gjenstand for grundig analyse i teorien. Det er vanskelig å utlede fra en ordlydsfortolkning av begrepet «rettserverv» om et konkursbeslag omfattes. En mulig tolkning av tinglysingsloven § 20 er at bestemmelsen regulerer prioriteten mellom alle rettigheter som kan tinglyses i grunnboken, jf. tinglysingsloven § 12. Et konkursbeslag kan klart nok tinglyses, jf. forutsetningsvis konkursloven § 79 annet ledd nr. 3. Dette kan tale for at et konkursbeslag må regnes som et «rettserverv». Dette kan underbygges av at både frivillige og tvungne stiftelsesgrunnlag må kvalifisere som «rettserverv».⁸⁴⁹

Det er likevel enkelte særegne trekk ved et konkursbeslag som gjør at dette stiftelsesgrunnlag skiller seg fra andre typer frivillige og tvungne stiftelsesgrunnlag. Et konkursbeslag er et generalbeslag som tas i hele debtors formuesmasse. Det kan kanskje være litt anstrengt å omtale en slik universalsuksjon som et «erverv», ettersom konkursboet avleder sin rettsstilling fra debitor.⁸⁵⁰ Utlegg stiftes til sammenligning bare i et eller flere bestemte formuesgoder, jf. tvangfullbyrdelsesloven § 7-18 første ledd. Når rettsstiftelsen relaterer seg til et bestemt formuesgode, er det nærliggende å kreve tinglysing for at ervervet skal stå seg mot et yngre konkurrerende erverv. Det er imidlertid ikke like nærliggende å oppstille det samme kravet overfor et generalbeslag. Det vil ofte ta noe tid for et konkursbo å få oversikt over hele debtors formuesmasse. I tidsperioden mellom konkursåpningen og frem til konkursåpningen blir tinglyst, vil svikaktige overdragelser fra konkursdebtors side kunne inntreffe. Debitor kan for eksempel ha overført grunnbokshjemmelen til noen andre i etterkant av konkursåpningen, uten at dette enkelt lar seg avdekke. Dersom konkursåpningen må tinglyses for at konkursbeslaget skal være vernet mot en etterfølgende godtroekstinksjon, åpnes det derfor for kreditorskadelige disposisjoner. Dette taler for at tinglysing av et konkursbeslag ikke er nødvendig for at beslaget skal nyte rettsvern mot en etterfølgende godtroekstinksjon.

⁸⁴⁹ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 241-242 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 725.

⁸⁵⁰ Se til sammenligning følgende uttalelse i HR-2020-1129-A, avsnitt 27: «Noen omsetning etter [merverdiavgiftsloven § 9-2] andre ledd eller overdragelse etter tredje ledd er det heller ikke tale om – konkursen er et generalbeslag i skyldnerens formue. Eiendomsretten forblir hos skyldneren, men rådigheten går over til boet [...]»

Som utgangspunkt er det *de lege lata* lite tvilsomt at tinglysingsloven § 20 *ikke* kommer til anvendelse overfor et konkursbo. *Lilleholt* mener dette «følger av reglane om at avtaleervert må vera registrert seinast dagen før konkursopninga for å stå seg i konkurs (tinglysingsloven § 23), men vi kan like gjerne sjå det slik at det ikkje er gjeve nokon regel om godtruerverv, og at konkursbuets rett har vern utan registrering».⁸⁵¹ Forutsetningen for å «sjå det slik at det ikkje er gjeve nokon regel om godtruerverv», er at tinglysingsloven § 20 *ikke* kommer til anvendelse overfor et konkursbo.

De fleste øvrige regler om rettsregistrering stiller, i likhet med tinglysingsloven, ingen krav om sikringsakt for at ekstinksjon skal inntre for et konkursbo, jf. sjøloven § 25 første ledd, luftfartsloven § 3-31 første ledd første punktum, petroleumsloven § 6-1 tredje ledd, akvakulturloven § 18 fjerde ledd og kraftledningsregisterloven § 9. Ingen av de øvrige reglene inneholder heller noen forutsetninger om at konkursboet må foreta en rettsvernsakt for å verne beslaget mot en senere ekstinksjon. Enkelte regler om rettsregistrering forutsetter likevel at et konkursbeslag må registreres for at konkursåpningen skal ha ekstinktive virkninger, jf. punkt 7.5.3. I punkt 7.11 vil jeg også drøfte om det, i noen ytterst få unntakstilfeller, kan være mulig for en aktsomt godtroende omsetningsserverver å ekstingvere et konkursbeslag av en fast eiendom.

7.5.3 Sikringsakt ved konkursbeslag i verdipapir, elsertifikat og livsforsikring

Reglene i verdipapirsentralloven, elsertifikatloven og reglene om livsforsikringsregisteret i forsikringsavtaleloven inneholder, i motsetning til de øvrige reglene om rettsregistrering, ingen regler som fritar boet fra å gjennomføre en sikringsakt. Utgangspunktet om at registrerte rettigheter går foran uregistrerte rettigheter, gjelder uinnskrenket for formuesgoder som kan registreres i verdipapirsentraler, elsertifikatregisteret og livsforsikringsregisteret, jf. verdipapirsentralloven § 7-3, elsertifikatloven § 14 og forsikringsavtaleloven § 17-3. Et konkursbo må følgelig registrere konkursbeslaget i en verdipapirsentral, elsertifikatregisteret eller livsforsikringsregisteret for at kreditorekstinksjon skal inntre.⁸⁵²

Lilleholt mener kreditorvernreglene for livsforsikringsregisteret er usikre, ettersom forsikringsavtaleloven ikke inneholder noen særegen bestemmelse om at registrering er nødvendig for å etablere kreditorvern, og forarbeidene heller ikke behandler problemstillingen, se «Allmenn formuerett» s. 275. *Lilleholt* mener man enten må følge tinglysingslovens regler, eller fastslå at avtalen står seg mot kreditorene uten registrering. Standpunktet begrunnes ikke nærmere. Etter mitt skjønn *kan* forsikringsavtaleloven § 17-3 første ledd tenkes å regulere adgangen til kreditorekstinksjon ved et konkursbeslag: Bestemmelsen sier at registrerte «rettsserverv» går foran rettsserverv som ikke er journalført samme dag. Et konkursbeslag kan tenkes å falle innenfor ordlyden «rettsserverv», jf. punkt 7.5.2.

⁸⁵¹ *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 193.

⁸⁵² Prop. 101 L (2010-2011) s. 52 og Ot.prp.nr.39 (2001-2002) s. 112. Se også Prop.7 L (2018-2019) s. 153 hvor det fremgår at kollisjonsreglene i verdipapirregisterloven videreføres i verdipapirsentralloven.

Ettersom forsikringsavtaleloven ikke inneholder noen spesialregulering av avtaleerverters stilling overfor et konkursbo, slik som for eksempel tinglysningsloven § 23, kan det hevdes at forsikringsavtaleloven § 17-3 første ledd regulerer prioritetsforholdet mellom alle former for erverv, herunder også et konkursbeslag. Til støtte for denne tolkningen kan det vises til at forsikringsavtaleloven § 17-3 annet ledd presiserer at aktsom god tro bare er et vilkår for ekstinksjon dersom det yngre ervervet er stiftet «ved frivillig disposisjon». Dersom forsikringsavtaleloven § 17-3 første ledd kommer til anvendelse også overfor et konkursbo, er konsekvensen at et konkursbeslag må registreres for å ekstingvere en konkurrerende rettighet. En ytterligere konsekvens av denne tolkningen er at et erverv av en livsforsikring ikke nyter kreditorvern mot et konkursbo uten registrering.

Bakgrunnen for at konkursboet må registrere konkursbeslaget for at ekstinksjon skal inntre etter verdipapirsentralloven og forsikringsavtaleloven, skyldes reglene om dokumentbaserte gjeldsbrev.⁸⁵³ Som nevnt i punkt 7.4.2 er det en nær sammenheng mellom dokumentbaserte gjeldsbrev og finansielle instrumenter som kan innføres i et rettsregister. Etter gjeldsbrevloven § 14 kan den som har et omsetningsgjeldsbrev i hende, overdra omsetningsgjeldsbrevet til en aktsomt godtroende erverver med ekstinktive virkninger, selv om overdrageren «vantar rett til å rå over brevet». Det har vært antatt at en godtroekstinksjon av fysiske verdipapirer og kontanter vil kunne gjøres gjeldende overfor et konkursbo.⁸⁵⁴ For at konkursboet skal effektivere beslaget, må derfor bostyreren så raskt som mulig ta verdipapirene og kontantene i sin forvaring, se ordensregelen i konkursloven § 80 annet ledd.⁸⁵⁵ Kollisjonsreglene til de registrerbare verdipapirene synes å være utformet etter mønster fra kollisjonsreglene til de dokumentbaserte verdipapirene. Konkursboet må registrere konkursbeslaget for at kreditorekstinksjon skal inntre etter verdipapirsentralloven og forsikringsavtaleloven. Det er imidlertid vanskelig å forstå hvorfor et konkursbeslag må registreres i elsertifikatregisteret for at ekstinksjon skal inntre. Det er klart at elsertifikat ikke har likhetstrekk med dokumentbaserte verdipapir.⁸⁵⁶ Forarbeidene til elsertifikatloven begrunner ikke hvorfor et konkursbo må registrere konkursbeslaget for at ekstinksjon skal inntre, utover å konstatere at registrering av konkursbeslaget er nødvendig for at ekstinksjon skal inntre.⁸⁵⁷

Det kan problematiseres om det er heldig at et konkursbo må gjennomføre en sikringsakt for at ekstinksjon skal inntre etter verdipapirsentralloven, forsikringsavtale og elsertifikatloven. Regler som åpner for godtroekstinksjon av et konkursbeslag er mest brukt når rettsvernsakten har sammenheng med den fysiske besittelsen av formuesgodet, jf. godtroervervloven § 1 første ledd første punktum og gjeldsbrevloven § 14.⁸⁵⁸ Det motsatte er imidlertid tilfellet for regler om rettsregistrering: Et konkursbeslag i fast eiendom kan som utgangspunkt ikke ekstingveres

⁸⁵³ NOU 2000:10 s. 129 og ot.prp. nr. 39 (2001-2002) s. 105.

⁸⁵⁴ Vibeke Irene Løvold: *Brækhus' omsetning og kreditt I. Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*, Oslo 2015 s. 232 med videre henvisninger.

⁸⁵⁵ Løvold: *Brækhus' omsetning og kreditt I* s. 232.

⁸⁵⁶ Prop. 101 L (2010-2011) s. 45.

⁸⁵⁷ Prop. 101 L (2010-2011) s. 52.

⁸⁵⁸ Løvold: *Brækhus' omsetning og kreditt I* s. 233.

av en godtroende tredjemann. Tinglysingsloven § 23 gir ingen hjemmel for godtroekstinksjon av konkursbeslaget, se nærmere om dette i punkt 7.11. Det kan riktig nok fremsettes andre argumenter som taler for at kreditorene bør konkurrere på lik linje med øvrige erververe av verdipapir. Verdipapir er ofte gjenstand for hyppige overdragelser, og kan gjerne omsettes flere ganger samme dag.⁸⁵⁹ Register som føres over verdipapir bør derfor ha en høy grad av troverdighet. Troverdigheten til disse registrene svekkes dersom et uregistrert konkursbeslag har ekstinktiv virkning. Likevel bryter det med systematikken til øvrige regler om rettsregistrering å kreve at et konkursbeslag registreres for at kreditorekstinksjon skal inntre. Hensynet til koherens svekkes som følge av reguleringen i verdipapirsentralloven, elsertifikatloven og forsikringsavtaleloven.

7.5.4 Rettigheter som ikke må tinglyses for å stå seg overfor konkursbeslag

7.5.4.1 Innledning

Dersom en rettighetsstiftelse faller utenfor virkeområdet til tinglysingsloven § 23, vil den ervervede rettigheten ha kreditorvern overfor et konkursbo uten tinglysing. I forlengelsen vil heller ikke rettigheten måtte stiftes senest én dag før konkursåpningen for å nyte vern overfor et konkursbeslag. Dersom suksessor har stiftet sin rettighet sekunder før konkursåpningen, vil suksessor være vernet mot en kreditorekstinksjon.

Tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum nevner spesifikt at «de tilfeller som er nevnt i tinglysingsloven § 21 tredje ledd og § 22» faller utenfor virkeområdet til tinglysingsloven § 23. Foruten de tilfellene som nevnes i tinglysingsloven §§ 21 tredje ledd og 22, er det også øvrige rettighetsstiftelser som faller utenfor tinglysingsloven § 23 sitt virkeområde.

7.5.4.2 Forbehold ved overføring av grunnbokshjemmel

Tinglysingsloven § 21 tredje ledd omhandler «rettsstiftelse som skjer gjennom forbehold ved avhendelse eller annen eiendomsovergang». Forutsetningen for at selger skal kunne etablere kreditorvern for slike rettigheter uten tinglysing, er at forbeholdet fremgår av den nye eierens hjemmelsdokument, eller at forbeholdet er tinglyst samme dag som hjemmelsoverdragelsen, jf. tinglysingsloven § 21 tredje ledd. I forarbeidene nevnes panterrett, bruksrett og løsningsrett som mulige rettigheter som selger kan etablere gjennom forbehold, uten at denne opplistingen er uttømmende.⁸⁶⁰ Bakgrunnen for bestemmelsen er enkel: Dersom forbeholdet er et vilkår for at selger skal gå med på overdragelsen, bør rettighetshavere som senere utleder rett fra kjøperen,

⁸⁵⁹ Se NOU 2000:10 s. 129 med henvisning til Ot.prp. nr. 83 (1984-1985) s. 46.

⁸⁶⁰ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 38.

måtte respektere tidligere hjemmelshavers forbehold i like stor grad som kjøperen.⁸⁶¹ Forbeholdet trenger ikke bare stifte rettigheter i favør selger, men kan også stifte rettigheter i favør for tredjepersoner som ikke er part i eiendomsoverdragelsen.⁸⁶²

Et tilsvarende unntak fra tinglygingskravet oppstilles i de fleste øvrige regler om rettsregistrering, se for eksempel sjøloven § 24 tredje ledd og luftfartsloven § 3-27 tredje ledd. Verdipapirsentralloven og forsikringsavtaleloven inneholder imidlertid ingen unntak som tilsvarer tinglygingsloven § 21 tredje ledd. Foruten at selger kan tenkes å ha interesse i å stifte pant for salgssummen, kan det vanskelig tenkes at selger vil forbeholde seg noen rettigheter i et finansielt instrument. Selger kan uansett oppnå pant i finansielle instrumenter som er registrert i en verdipapirsentral eller livsforsikringer som er registrert i livsforsikringsregisteret gjennom å registrere panterettigheten, jf. panteloven § 4-1 tredje og fjerde ledd.

7.5.4.3 Overdragelse og frempantsettelse av panterettigheter

Rettighetsstiftelser som er nevnt i tinglygingsloven § 22, må ikke tinglyses for at kreditorvern skal etableres, jf. tinglygingsloven § 23 første ledd første punktum. Det følger av tinglygingsloven § 22 nr. 1 at tinglygingsloven § 20 ikke kommer til anvendelse ved «overdragelse av panterettigheter, når panteretten er registrert på annet grunnlag enn elektronisk innsending». Tinglygingsloven kommer heller ikke til anvendelse ved «håndpantsettelse av pantobligasjon som følger reglene for omsetningsgjeldsbrev og pantsettelse av en panterett som er knyttet til et innløsningspapir som ikke er et omsetningsgjeldsbrev, samt på utlegg i panterett knyttet til slike dokumenter», jf. tinglygingsloven § 22 nr. 2. For sammenhengens skyld vil jeg kort behandle reglene i tinglygingsloven § 22 nr. 1 og nr. 2, selv om jeg i utgangspunktet har jeg avgrenset mot å behandle overdragelse av panterettigheter og frempantsettelse, jf. punkt 1.5.

Ved innføringen av systemet med elektronisk tinglysing ble tinglygingsloven § 22 nr. 1 endret. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse på panterettigheter som er tinglyst gjennom elektronisk tinglysing. Overdragelse av panterettigheter som er tinglyst elektronisk, må derfor tinglyses for at suksessor skal etablere kreditorvern for panteretten.⁸⁶³

Bakgrunnen for at overdragelse og frempantsettelse av pantekrav som er dokumentbaserte, ikke må tinglyses for å etablere kreditorvern, har historisk sett vært at det tidligere var en nær

⁸⁶¹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 733.

⁸⁶² Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 735.

⁸⁶³ Prop. 6 L (2016-2017) s. 40.

sammenhengen mellom panterettigheten og pantekravet, jf. legaldefinisjonen av panterett i panteloven § 1-1 første ledd, hvor også pantekrav indirekte defineres.⁸⁶⁴ *De lege ferenda* kunne det tenkes en løsning hvor panteretten fulgte reglene i tinglysingsloven, mens pantekravet fulgte reglene i gjeldsbrevloven, og *vice versa*.⁸⁶⁵ En slik regel har blitt ansett som retts teknisk uheldig. Løsningen har derfor blitt at panteretten og pantekravet følger kreditorvernreglene for det aktuelle verdipapiret eller innløsningspapiret etter at panteretten har blitt tinglyst av den som først etablerte panterettigheten.⁸⁶⁶ Det kan diskuteres om tinglysingsloven § 22 nr. 1 og nr. 2 er velbegrunnet i dag, særlig sett i lys av at panterettigheter ofte er abstrakte og ikke er aksessoriske til et krav.⁸⁶⁷ Panterettigheter fremgår også sjeldent i dag av dokumenter med rettslige egenskaper.⁸⁶⁸ En konsekvens av tinglysingsloven § 22 nr. 1 og nr. 2 er at grunnboken ikke nødvendigvis gir opplysninger om hvem som har rett til å råde over panteretten. Bestemmelsen fører likevel ikke til en stor svekkelse av grunnbokens troverdighet. Det viktigste for potensielle erververe og kreditorer er å kunne fastslå *at* det hefter en panterett på eiendommen, og ikke nødvendigvis *hvem* som er rettighetshaver.⁸⁶⁹

Frepantsettelse av panterettigheten i fast eiendom som fremgår av et omsetningsgjeldsbrev eller innløsningspapir, får kreditorvern etter reglene om håndpant, se panteloven § 2-5 annet ledd, jf. §§ 4-1 og 4-2 og punkt 8.3.2.⁸⁷⁰ Utlegg i panterettigheter tilknyttet fast eiendom som fremgår av et omsetningsgjeldsbrev eller innløsningspapir får også kreditorvern gjennom håndpant, jf. panteloven § 5-7 første og annet ledd med videre henvisninger.⁸⁷¹ Det eksisterer ingen lovhjemmel som regulerer hvordan kreditorvern etableres ved overdragelse av panterettigheter som er tilknyttet dokumenter med rettslige egenskaper. Kreditorvernreglene for slike dokumenter gjennomgås nærmere under punkt 8.5. Ved overdragelse av en panterett i fast eiendom som ikke følger av et omsetningsgjeldsbrev, er det omdiskutert hvordan kreditorvern etableres.⁸⁷² En mulig løsning er at eieren av den faste eiendommen må varsles om

⁸⁶⁴ Terminologien «pantekrav» er ikke entydig. Enkelte sonderer for eksempel mellom «det underliggende forhold» og pantekravet, mens andre bare opererer med sontringen panterett og pantekrav, se nærmere om denne diskusjonen i Marthinussen: *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet* s. 23-26 med videre henvisninger.

⁸⁶⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 692. Merk at Falkanger og Falkanger synes å bruke betegnelsene «det tinglyse kravet» om panteretten og «det obligatoriske kravet» om pantekravet.

⁸⁶⁶ Brækhus: *Omsetning og kreditt 2* s. 49-50 og Falkanger/Falkanger: *Tinglysing* s. 737.

⁸⁶⁷ Se nærmere om dette i Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 199-200.

⁸⁶⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 200.

⁸⁶⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 2* s. 50.

⁸⁷⁰ For innløsningspapirer gjelder et tilleggsvilkår for rettsvern at «melding [er gitt] til den forpliktete etter papiret etter regelen i [panteloven] § 4-5», jf. panteloven § 4-2 annet ledd første punktum.

⁸⁷¹ Også ved etablering av rettsvern for utleggspant i innløsningspapirer gjelder det et tilleggsvilkår om notifikasjon, se panteloven § 5-7 annet ledd.

⁸⁷² Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 200.

overdragelsen av panteretten.⁸⁷³ En alternativ løsning er at det må gis en notifikasjon til den som er debitor etter gjeldsbrevet.⁸⁷⁴ Ettersom jeg i utgangspunktet har avgrenset mot å behandle problemstillinger knyttet til overdragelse av pant, går jeg ikke nærmere inn på denne problemstillingen her, jf. punkt 1.5.

7.5.4.4 Bruksrettigheter

Tinglysingsloven § 22 nr. 3 omhandler stiftelse og overdragelse av bruksrettigheter i fast eiendom. Med bruksrett forstås i tinglysingsloven § 22 nr. 3 totale bruksrettigheter, det vil si bruksrettigheter hvor rettighetshaveren har overtatt besittelsen av hele eller deler av eiendommen.⁸⁷⁵ Det kan tenkes at boet vil tre inn i bruksrettsavtaler i henhold til dekningsloven § 7-3 første ledd første punktum, for eksempel dersom det er tale om en leieavtale som er gunstig for boet. Tinglysingsloven § 22 nr. 3 får liten betydning dersom boet trer inn i bruksrettsavtalen.

Etter tinglysingsloven § 22 nr. 3 nyter bruksrettigheter i fast eiendom rettsvern uten tinglysing dersom bruksrettigheten er stiftet for høyst tre måneder, kan sies opp med tre måneders varsel eller kan sies opp til vanlig flyttetid med sedvanlig varsel, jf. tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum med henvisning til tinglysingsloven § 22. Videre må «bruken [være] tiltrådt» for at bruksrettshaveren skal nyte rettsvern uten tinglysing.

Begrunnelsen for unntaket i tinglysingsloven § 22 nr. 3 er at det vil føre til en uhensiktsmessig situasjon dersom alle bruksrettigheter i fast eiendom må tinglyses for at rettsvern skal etableres. Tinglysingskravet vil være særlig uhensiktsmessig for leierettigheter.⁸⁷⁶ Ettersom tinglysingsloven § 22 nr. 3 forutsetter at bruksrettigheten kan sies opp, åpner bestemmelsen for begrensede skår i grunnbokens troverdighet.⁸⁷⁷

Tiltredelse av bruksrettigheten bærer etter tinglysingsloven § 22 nr. 3 preg av å ha funksjon som en rettsvernsakt.⁸⁷⁸ Det er ikke tvilsomt etter ordlyden i tinglysingsloven § 22 nr. 3 at bruksrettshaver risikerer å få bruksrettigheten ekstingvert i perioden mellom rettighetsstiftelsen og frem til bruksretten tiltres. Tiltredelsen er en ytre markering som gir en viss indikasjon på

⁸⁷³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 200

⁸⁷⁴ Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter» s. 100.

⁸⁷⁵ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 286.

⁸⁷⁶ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 37 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 285.

⁸⁷⁷ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 37 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 738.

⁸⁷⁸ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 287 og Andenæs: *Konkurs* s. 250.

eksistensen av bruksretten.⁸⁷⁹ Hensynene til notoritet og publisitet ivaretas derfor litt av brukstiltredelsen, om enn ikke i like stor grad som en tinglysing gjør.

Det kan diskuteres om bruksrettshaver må opprettholde bruken – etter at bruken er tiltrådt – for å ivareta rettsvernet. Et eksempel kan være at en leietaker reiser fra leieboligen for en lengre periode som følge av en ferie. Hensynene til notoritet og publisitet kan tale for at et langvarig opphør av bruken kan føre til tap av rettsvern. Det vil være vanskelig for potensielle erververe å få innsikt i eksistensen av bruksretten dersom rettighetshaver ikke bruker eiendommen. På den annen side vil det bli en retsteknisk svært vanskelig regel dersom bruksrettshaver må sørge for å tinglyse bruksretten dersom det oppstår en periode hvor bruken opphører etter tiltredelsen. I tillegg vil ikke en påheftende bruksrett nødvendigvis medføre et verdiminus for eiendommen, noe som ytterligere demper kreditorenes behov for å kunne ekstingvere slike rettigheter.⁸⁸⁰ På denne bakgrunn må utgangspunktet være at tiltrådte bruksrettigheter nyter rettsvern, selv om bruken opphører for en periode etter tiltredelsen.

Ordlyden i tinglysingsloven § 22 nr. 3 kan tilsi at bruksrettigheter som ikke kan sies opp med en frist på tre måneder eller mindre, må tinglyses for å nyte kreditorvern. Det kan imidlertid diskuteres om innehaver av slike bruksrettigheter bør stilles som om bruksretten var oppsigelig.⁸⁸¹ Begrunnelsen for å verne bruksrettshaver kan søkes i et «fra det mer til det mindre»-argument: Bruksrettshaver med et sterkt oppsigelsesvern bør i det minste stilles likt med en bruksrettshaver som har et svakere oppsigelsesvern.⁸⁸² Argumentet er logisk. Det gir liten mening at bruksrettshaver skal straffes overfor utleiers kreditorer for å ha skaffet seg et godt oppsigelsesvern.⁸⁸³ Likevel er tinglysingsloven § 22 tredje ledd forholdsvis klar i sin ordlyd: Bruksrettigheter som overstiger oppsigelsesfristen etter bestemmelsen, må tinglyses for å nyte rettsvern. Den positivrettslige karakteren til kreditorvernreglene yter klar motstand mot å gi bruksrettshaver kreditorvern uten tinglysing i tilfeller hvor bruksrettigheten faller utenfor ordlyden i tinglysingsloven § 22 tredje ledd, jf. punkt 5.2.2. Hensynet til pragmatiske og rimelige løsninger spiller vanligvis en liten rolle ved tolkningen av lovfestede kreditorvernregler. *Kåre Lilleholt* mener likevel uoppsigelige bruksrettigheter må nyte samme

⁸⁷⁹ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 286 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 738.

⁸⁸⁰ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 286 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 761.

⁸⁸¹ Kåre Lilleholt: *Personskifte i husleigeforhold*, Bergen 1986 s. 353-356 og Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 58.

⁸⁸² Lilleholt: *Personskifte i husleigeforhold* s. 355 og Andenæs: *Konkurs* s. 251

⁸⁸³ Lilleholt: *Personskifte i husleigeforhold* s. 355-356. I motsatt retning Andenæs: *Konkurs* s. 252.

vern som oppsigelige bruksrettigheter.⁸⁸⁴ Det fremstår litt inkonsekvent at *Lilleholt* går inn for en så pragmatisk tolkning av tinglysingsloven § 22 tredje ledd når han andre steder betoner at rettsvernsreglene må være «absolutte», under henvisning til blant annet Rt. 1997 s. 1050.⁸⁸⁵

For min egen del mener jeg Høyesterett gikk for langt i å betone kreditorvernreglens positivrettslige karakter i Rt. 1997 s. 1050, jf. punkt 5.2.2. En så absolutt tolkning av kreditorvernreglene som Høyesterett gikk inn for Rt. 1997 s. 1050 bidrar i liten grad å fremme noe annet enn retts tekniske hensyn, jf. punkt 10.3. Etter mitt skjønn bør ikke kreditorvernreglene tolkes så absolutt at de forhindrer løsninger som opplagt er god. Etter mitt skjønn bør derfor uoppsigelige bruksrettigheter nyte det samme kreditorvernet som bruksrettigheter som faller innenfor virkeområdet til tinglysingsloven § 22 tredje ledd. Løsningen er likevel ikke sikker på bakgrunn av Høyesteretts tidligere uttalelser om behovet for å tolke kreditorvernreglene absolutt, jf. punkt 5.2.2. Ordlyden i tinglysingsloven § 22 tredje ledd bør for sikkerhets skyld endres slik at det er klart at også uoppsigelige bruksrettigheter nyter kreditorvern uten tinglysing i en oppsigelsesperiode på tre måneder.

Det er ingen unntak fra tinglysingskravet for bruksrettigheter i borettslagsloven. Bruksrettigheter til boliger i borettslag står svært svakt etter borettslagsloven. Dette må forstås i lys av det overordnede «brukareigeprinsippet» som ligger til grunn for borettslagsloven.⁸⁸⁶ Prinsippet innebærer blant annet at boligen som hovedregel bare skal brukes av andelseieren og hans eller hennes familie.⁸⁸⁷ Boligen kan derfor som utgangspunkt ikke utleies uten samtykke fra styret, jf. borettslagsloven § 5-3.

7.5.4.5 Tvungne disposisjoner

Det fremgår ikke eksplisitt av tinglysingsloven § 23 om andre rettigheter, foruten de rettighetene som fremgår av tinglysingsloven § 21 tredje ledd og § 22, faller utenfor tinglysingsloven § 23 sitt virkeområde. Høyesterett uttalte følgende i HR-2017-33-A om hvilke disposisjoner som faller utenfor virkeområdet til tinglysingsloven § 23:

«Motsetningen, det som ikke omfattes [av tinglysingsloven § 23], er tvungne disposisjoner der notoriteten normalt vil være sikret på annen måte. Dette vil være blant

⁸⁸⁴ Lilleholt: *Personskifte i husleigeforhold* s. 355-356. For ordens skyld nevnes at Lilleholt innleder med å skrive at «[s]varet på disse spørsmåla er ikkje opplagt», se *Personskifte i husleigeforhold* s. 355.

⁸⁸⁵ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 170.

⁸⁸⁶ NOU 2000:17 Buretslovene s. 69-70.

⁸⁸⁷ NOU 2000:17 s. 129 og s. 133 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 155.

annet ved lovbestemte rettigheter og erverv ved tvangssalg, odelsløsning, ekspropriasjon og skifte.»⁸⁸⁸

De konkrete eksemplene på «tvungne disposisjoner» som Høyesterett nevner, forutsetter en frivillighet fra suksessors side. Odelsløsning aktualiseres for eksempel ikke før odelshaver krever odelsløsning, jf. odelslova § 60 hvor det står at «[d]en som *vil* løyse sin eigedom på odel [...]» (min kursivering). Det er synes derfor først og fremst å være disposisjoner som hjemmelshaver kan tvinges til å godta som faller utenfor virkeområdet til tinglysningsloven § 23. Begrunnelsen kan søkes i at faren for kreditorsvik er liten når hjemmelshaver ikke selv har tatt initiativ til å foreta disposisjonen.⁸⁸⁹ Tvungne disposisjoner vil ofte være et virkemiddel for å ivareta offentligrettslige formål, og foretas ikke av hensyn til, eller på initiativ fra, hjemmelshaver. De tvungne disposisjonene er derfor ikke velegnede virkemidler til å foreta kreditorskadelige disposisjoner.

I tillegg vil tvungne disposisjoner kreve et hjemmelsgrunnlag. Dersom noen skal gripe inn i hjemmelshavers rettighetsposisjon, må det oppstilles en hjemmel for det. Oftest vil hjemmelsgrunnlaget for slike tvungne disposisjoner være lov. Etersom lovteksten inneholder vilkår og fremgangsmåten for å utløse de tvungne disposisjonene, vil notoriteten og publisiteten til en viss grad ivaretas ved at det kan etterprøves om vilkårene i lovteksten er oppfylt.⁸⁹⁰

Foruten de tilfellene som er gjennomgått ovenfor, kan det nevnes at hevdserverv ikke må tinglyses for å nyte rettsvern, jf. punkt 7.4.3. Det kan også diskuteres om den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd åpner for at rettighetshaver kan etablere kreditorvern uten tinglysing i noen få unntakstilfeller. Selvstendig rettsvernshevd er gjenstand for nærmere analyse i punkt 7.12.

7.6 Tingsinnbegrepspant som beslagsobjekter

7.6.1 Driftstilbehørs- og varelagerpant

I panteloven §§ 3-4 til 3-7 og panteloven §§ 3-11 til 3-13 er det gitt regler om pantsettelse av henholdsvis driftstilbehør og varelager. Disse panterettighetene omtales ofte som tingsinnbegrepspant.⁸⁹¹ Tingsinnbegrep skiller seg fra øvrige typer formuesgoder ved at en formuesmasse regnes som ett formuesgode.⁸⁹² Et driftstilbehørs- eller varelagerpant knytter seg

⁸⁸⁸ HR-2017-33-A, avsnitt 40.

⁸⁸⁹ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 190-192.

⁸⁹⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 728 og HR-2017-33-A, avsnitt 40.

⁸⁹¹ Skoghøy: *Panterett* s. 36 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 22.3.

⁸⁹² Skoghøy: *Panterett* s. 21 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 22.3.

derfor ikke til et konkret formuesgode, men knytter seg i stedet til en nærmere definert samling av formuesgoder.

Kreditorvern for panterettigheter i driftstilbehør og varelager etableres gjennom tinglysing på eierens blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven §§ 3-6 og 3-12 første ledd. Ettersom rettsvernsakten er registrering, og ikke for eksempel overlevering, beholder pantsetteren rådigheten over de enkelte formuesgodene som inngår i tingsinnbegrepet, samtidig som at panthaver etablerer kreditorvern for sitt tingsinnbegrepspant. Etablering av rettsvern etter panteloven medfører ikke en beskyttelse mot ekstinksjon etter godtroervervloven, jf. panteloven § 1-2 fjerde ledd.⁸⁹³ En tinglysing av et driftstilbehørs- eller varelagerpant vil derfor først og fremst ha den funksjon at panthaver etablerer kreditorvern for tingsinnbegrepspantet.⁸⁹⁴

Pantsetter mister ikke adgangen til å råde over de enkelte formuesgodene som inngår i et driftstilbehørs- eller varelagerpant, jf. panteloven §§ 3-7 første ledd og 3-13 første ledd. En næringsdrivende må kunne disponere over driftstilbehøret og varelageret sitt på en måte som er driftsmessig forsvarlig, selv etter at disse tingsinnbegrepene er pantsatt. I motsatt fall ville tingsinnbegrepspantet virke hemmende for virksomhetens drift. Pantet kan følgelig øke eller reduseres i omfang etter hvert som nytt driftstilbehør eller nye varer anskaffes, utskiftes eller selges. Det er derfor den samlede beholdningen av formuesgoder – slik samlingen til enhver tid fremstår – som utgjør det relevante sikringsobjektet for panthaver, og ikke det enkelte formuesgodet. Dette innebærer at driftstilbehørs- og varelagerpant er formuesgoder med en *dynamisk karakter*.

Ordlyden i tinglysingsloven § 34 tredje ledd første punktum og panteloven § 1-2 fjerde ledd er motstridende. Etter tinglysingsloven § 34 tredje ledd første punktum får tinglysingsloven § 20 anvendelse i de tilfellene tinglysing i Løsøreregisteret er tillagt rettsvirkninger. Etter tinglysingsloven § 20 går registrerte rettigheter foran uregistrerte rettigheter. Tinglysing vil føre til en beskyttelse mot godtroerverv etter tinglysingsloven § 20. Dette strider mot utgangspunktet i panteloven om at godtroerverv av løsøre ikke hindres gjennom at en panterett får rettsvern etter panteloven, jf. panteloven § 1-2 fjerde ledd. Trolig må tinglysingsloven § 34 første ledd første punktum på dette punkt være avgjørende: Etablering av rettsvern etter panteloven er ikke tillagt rettsvirkning overfor godtroerverv, og tinglysing i Løsøreregisteret vil derfor heller ikke beskytte mot godtroekstinksjon, se i samme retning Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 388-389. Problemstillingen behandles ikke nærmere ettersom godtroervervloven uansett kommer til anvendelse dersom gjenstander som inngår i et driftstilbehørs- eller varelagerpant selges i strid med panthavers rett, jf. panteloven § 3-7 tredje ledd annet punktum og panteloven § 3-13 tredje ledd.

⁸⁹³ Etablering av rettsvern etter panteloven *kan* verne mot ekstinksjon etter godtroervervloven dersom det «er uttrykkelig bestemt i loven», jf. panteloven § 1-2 fjerde ledd. Det følger ikke av loven at tinglysing av driftstilbehørs- eller varelagerpant sørger ikke for at det etableres et vern mot ekstinksjon etter godtroervervloven.

⁸⁹⁴ For ordens skyld nevnes at panteloven tillegger registrering i løsøreregisteret virkninger overfor omsetningserververe enkelte steder. Dette gjelder registrering av avtalepant (enkeltvis pantsettelse), salgspant og utleggspant i motorvogn, jf. panteloven §§ 3-8 annet ledd, 3-17 tredje ledd og 5-5.

Driftstilbehør- og varelagerpant åpner for underpantsettelse av løsøre. I forarbeidene til panteloven ble det fremhevet at adgangen til å underpantsette driftstilbehør og varelager ikke skulle medføre at private parter kunne pantsette «privat innbo og andre private bruksting».⁸⁹⁵ Disse gjenstandene må pantsettes etter reglene om håndpant, jf. punkt 8.3.2. Driftstilbehør og varelager kan derfor bare underpantsettes av «næringsdrivende». Hvem som skal anses som næringsdrivende, følger uttømmende av panteloven § 3-5.⁸⁹⁶ Etersom private gjenstander ikke skal kunne underpantsettes, er det bare driftstilbehør og varelager som inngår som en del av «næringsvirksomhet» som kan pantsettes som tingsinnbegrep, jf. panteloven §§ 3-4 første ledd og 3-11 første ledd.⁸⁹⁷

Det faktum at driftstilbehørs- og varelagerpant har en dynamisk karakter, åpner for flere rettslige problemstillinger som er av relevans for kreditorenes beslagsadgang. For det første kan det oppstå spørsmål om når formuesgoder som tidligere *ikke* var en del av tingsinnbegrepspantet, går over til å bli en del av tingsinnbegrepspantet. Dette kan omtales som problemstillinger tilknyttet formuesgoder «på vei inn» i pantsetters driftstilbehør eller varelager. For det andre kan det oppstå problemstillinger tilknyttet formuesgoder som overdras fra pantsetter til en suksessor. Dette kan omtales som problemstillinger tilknyttet formuesgoder «på vei ut» av driftstilbehøret eller varelageret. Ingen av disse to problemstillingene relaterer seg direkte til spørsmål om etablering av kreditorvern: Det er her tale om å fastlegge omfanget av panthavers tingsinnbegrepspant, og ikke hvorvidt tingsinnbegrepspantet har beskyttelse mot et kreditorbeslag. Som tidligere nevnt vil kreditorvern for driftstilbehørs- og varelagerpant etableres gjennom tinglysning på eierens blad i Løsøreregisteret. Likevel vil spørsmålet om omfanget av panthavers driftstilbehørs- eller varelagerpant få betydning for panthavers kreditorvern: Verdien av den vernede panteretten vil variere på bakgrunn av omfanget til tingsinnbegrepspantet. Av denne grunn vil jeg i det følgende først vurdere når formuesgoder som er på vei inn til pantsetter driftstilbehør og varelager, skal anses å være omfattet av tingsinnbegrepspantet. Deretter vil jeg vurdere når driftstilbehørs- og varelagerpantet faller bort fra gjenstander som er på vei ut fra pantsetter.

Panteloven inneholder ingen regulering av når formuesgoder som er «på vei inn» til pantsetter skal anses å inngå i et driftstilbehørs- eller varelagerpant. Det kan her være grunnlag for å sonde

⁸⁹⁵ Ot.prp.nr. 39 (1977–1978) s. 47.

⁸⁹⁶ Skoghøy: *Panterett* s. 56 og Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 289.

⁸⁹⁷ Ot.prp.nr. 39 (1977–1988) s. 47.

mellom ulike typer stiftelsesgrunnlag for pantsetters rett til formuesgodet, samt hvilket type formuesgode som er på vei inn til pantsetters driftstilbehør eller varelager.

En rekke immaterielle rettigheter inngår som en del av et driftstilbehørspant, jf. panteloven § 3-4 annet ledd bokstav b. Immaterielle rettigheter er ofte et resultat av skapende virksomhet fra pantsetters side. Slike formuesgoder kan derfor være ervervet gjennom et originært erverv, jf. punkt 2.4.⁸⁹⁸ Formuesgoder som pantsetter frembringer gjennom et originært erverv, vil utvilsomt inngå som en del av driftstilbehørs- eller varelagerpantet fra tidspunktet rettigheten oppstår, forutsatt at formuesgodet faller innenfor pantets rammer.⁸⁹⁹

Pantsetter kan også erverve formuesgoder som inngår i driftstilbehørs- eller varelagerpantet gjennom derivative erverv. Dette kan være aktuelt for både løsørengjenstander og immaterielle rettigheter, jf. panteloven §§ 3-4 annet ledd og 3-11 annet ledd. Dersom et derivativt ervervet formuesgode er på vei inn til pantsetters driftstilbehør eller varelager, må det fastsettes et skjæringspunkt for når formuesgodet skal anses å inngå i tingsinnbegrepspantet. Denne problemstillingen reguleres ikke direkte i panteloven. Det er likevel ikke tvilsomt at reglene om stansing her må være avgjørende: Dersom overdrager har stansingsretten sin i behold, inngår ikke formuesgodet i driftstilbehørs- eller varelagerpantet, og *vice versa*.⁹⁰⁰ Konflikten mellom overdrager og pantsetter minner derfor om en hjemmelsmannskonflikt, jf. punkt 2.2.⁹⁰¹

Dommen inntatt i Rt. 1997 s. 1438 underbygger at konflikten mellom overdrager og panthaver skal løses etter reglene om stansing. I Rt. 1997 s. 1438 var et parti med utstyr til storkjøkken sendt til kjøpers varelager. Kjøper hadde pantsatt hele sitt varelager. Ettersom kjøper hadde betalingsproblemer, besluttet leverandøren at kjøkkenutstyret skulle lagres på et avsperrert område på kjøpers varelager. Området på kjøpers varelager ble avsperrert med en vaier og en låst dør som bare speditøren hadde nøkkel til. Da kjøperen gikk konkurs, ble de avsperrerte gjenstandene solgt av kjøpers panthaver. Det oppstod tvist mellom leverandøren og panthaveren om hvorvidt det avsperrerte kjøkkenutstyret inngikk i panthavers varelagerpant.

Høyesterett vurderte saken ut fra stansingsreglene i dekningsloven § 7-2 og kjøpsloven § 61 annet ledd. Det avgjørende etter begge bestemmelsene var om tingene var «overgitt» kjøper.⁹⁰²

⁸⁹⁸ Det kan virke anstrengt å omtale originært ervervede formuesgoder som «på vei inn» til pantsetter. Selv om terminologien ikke er helt presis, er det etter mitt skjønn mer naturlig å omtale dette som et spørsmål om formuesgodet er «på vei inn» i tingsinnbegrepspantet enn å omtale det som et spørsmål om formuesgodet er «på vei ut» av tingsinnbegrepspantet.

⁸⁹⁹ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 211.

⁹⁰⁰ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 212.

⁹⁰¹ Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 211.

⁹⁰² Rt. 1997 s. 1438 på s. 1442.

Høyesterett konkluderte med at gjenstandene måtte anses «overgitt» til kjøperen, og at de derfor inngikk i pantnavers varelagerpant. Dette ble begrunnet med at ordningen med et «lager innen kjøperens lager» ikke tilfredstilte de krav som måtte stilles til «klarhet og notoritet i forholdet og grunnlaget for dette, særlig med hensyn til rådighet og kontroll» i den konkrete saken.⁹⁰³ Det ble blant annet vektlagt at kjøpers aksept av ordningen ikke var klar nok, at avsperringen ikke var tilstrekkelig effektiv og at kontrollen over de avspærrede varene var for dårlig.⁹⁰⁴ Selv om Rt. 1997 s. 1438 spesifikt omhandlet varer på vei inn i et *varelagerpant*, må de samme betraktningene også gjelde for et *driftstilbehørspant*.⁹⁰⁵

Panteloven §§ 3-7 og 3-13 oppstiller regler om pantsetters rett til å disponere over formuesgoder som inngår i henholdsvis et driftstilbehørs- eller varelagerpant. Dersom pantsetter selger et formuesgode som inngår i tingsinnbegrepet, og salget er i samsvar med reglene i panteloven §§ 3-7 og 3-13, er den rettslige konsekvensen av salget at driftstilbehørs- eller varelagerpantet som heftet på formuesgodet faller bort, jf. panteloven §§ 3-7 tredje ledd første punktum og 3-13 tredje ledd. Driftstilbehørs- eller varelagerpantet reduseres følgelig. Panteloven §§ 3-7 og 3-13 regulerer dermed tidspunktet for bortfall av panterett i formuesgoder som er «på vei ut» av henholdsvis driftstilbehøret og varelageret. For ordens skyld nevnes at tidspunktet for bortfall er likt for driftstilbehør- og varelager, se panteloven § 3-13 tredje ledd med henvisning til panteloven § 3-7 tredje ledd.

Gjenstander som inngår i driftstilbehørs- eller varelagerpant, kan avhendes eller utskiftes «så langt dette er i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer pantnavers sikkerhet», jf. panteloven § 3-7 første ledd. Det følger av panteloven § 3-13 første ledd at varer som inngår i et pantsatt varelager «kan avhendes fritt innenfor rammen av pantsetterens vanlige næringsvirksomhet». Ordlyden i panteloven § 3-13 første ledd er litt knappere enn ordlyden i panteloven § 3-7 første ledd. Innholdet i bestemmelsene er likevel likt. Det avgjørende etter begge bestemmelsene er at overdragelsen må skje som ledd i pantsetters alminnelige og forsvarlige drift. Det vil vanligvis være en større adgang til å omsette innholdet i et varelagerpant enn innholdet i et driftstilbehørspant. Det skyldes at omsetningshastigheten på varelageret normalt sett er større enn omsetningshastigheten på driftstilbehøret.⁹⁰⁶

⁹⁰³ Rt. 1997 s. 1438 på s. 1442.

⁹⁰⁴ Rt. 1997 s. 1438 på s. 1442-1444.

⁹⁰⁵ Hvordan stansingsretten skal praktiseres overfor immaterielle rettigheter som kan inngå i et driftstilbehørspant, er litt usikkert ettersom slike rettigheter ikke kan fysisk overleveres. Trolig må det være tilstrekkelig at erverver har rett til å utnytte den immaterielle rettigheten etter avtalen med overdrageren, se nærmere om dette i Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 212-213 med videre henvisninger.

⁹⁰⁶ Andreassen: *Factoringpant* s. 62.

Pantnavers tingsinnbegrepspant står seg frem til pantsetter «ikke lenger har rådigheten over [formuesgodet]», jf. panteloven § 3-7 tredje ledd første punktum. Spørsmålet er dermed når pantsetter fratras rådigheten over formuesgodet. Ordlyden i bestemmelsen kan tolkes på flere måter: Må pantsetter fratras den fysiske rådigheten over gjenstanden, eller er det tilstrekkelig at pantsetter er avskåret fra å råde juridisk over gjenstanden?

Innledningsvis kan det være grunn til å fremheve at spørsmålet om bortfall av tingsinnbegrepspant har en nær sammenheng med spørsmålet om løseørekjøpers kreditorvern. Dersom det ikke er sammenfall, vil løseørekjøper potensielt kunne være vernet mot pantsetters alminnelige kreditorer, men ikke mot innehaver av tingsinnbegrepspantet.⁹⁰⁷ Kreditorvernregler som bare beskytter suksessor mot enkelte typer kreditorer, men ikke alle, er vilkårlig og ukjent i norsk rett. *Skoghøy* mener derfor det bør være samsvar mellom reglene om bortfall av driftstilbehør- og varelagerpant og kreditorvernregelen som gjelder ved alminnelig løseøresalg.⁹⁰⁸ Det er antatt i teorien at etablering av kreditorvern for eiendomsrett i løseøre som utgangspunkt etableres gjennom et rådighetstap av løseøregjenstanden, jf. punkt 8.2.1.

Dersom reglene om bortfall av driftstilbehør- og varelagerpant bør sammenfalle med regelen om løseørekjøpers kreditorvern, kan det oppstå enkelte tolkningsutfordringer. Forarbeidene til panteloven synes å forutsette at tap av rådighet etter panteloven § 3-7 tredje ledd må forstås som tap av fysisk rådighet. Det ble fremhevet i forarbeidene til panteloven at «notoritetshensyn taler mot en regel om at kjøperen skal være vernet i og med avtalen», men at det var «noe uklart hva gjeldende rett går ut på».⁹⁰⁹ Departementet konkluderte med at «kjøperen først er vernet når han har fått tingen *overgitt* til seg på en slik måte at selgeren har mistet rådigheten over den» (min kursivering), og viste samtidig til at dette samsvarte med utkastet til godtroervervloven som forelå på dette tidspunkt.⁹¹⁰ For ordens skyld nevnes at ekstinksjon inntreffer etter godtroervervloven § 1 første ledd første punktum når «mottakeren [har fått løseøretingen] overlevert til seg».

Forarbeidsuttalelsene til panteloven åpner for tolkningstvil. For det første er det flere immaterielle rettigheter som kan omfattes av et driftstilbehørpant, jf. panteloven § 3-4 annet ledd bokstav b.⁹¹¹ Immaterielle rettigheter kan ikke fysisk overleveres ettersom formuesgodet

⁹⁰⁷ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 303.

⁹⁰⁸ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 303-304.

⁹⁰⁹ Ot.prp.nr. 39 (1977-1978) s. 116-117.

⁹¹⁰ Ot.prp.nr. 39 (1977-1978) s. 117.

⁹¹¹ Om pantssettelse av immaterielle rettigheter som driftstilbehørpant, se Løtveit: *Pantssettelse av immaterielle rettigheter*, kapittel 5 (s. 175-222).

ikke eksisterer i en fysisk form. Bortfall av immaterielle rettigheter som er på vei ut av pantsetters driftstilbehør må derfor skje på et annet tidspunkt enn ved fysisk overlevering. Trolig bortfaller pantsetters driftstilbehørspant i immaterielle rettigheter allerede på tidspunktet pantsetter inngår en overdragelsesavtale med suksessor.⁹¹²

For det andre er det merkelig at forarbeidene til panteloven viser til reglene om godtroekstinksjon, særlig ettersom det ville vært mer nærliggende å se bortfallsregelen i sammenheng med spørsmålet om kreditorvern. Godtroekstinksjon og kreditorekstinksjon bygger på ulike hensyn og ulike rettslige grunnlag.⁹¹³ Det er mulig å tenke seg at løsørekjøper *kan* etablere kreditorvern overfor pantsetters alminnelige kreditorer før en fysisk overlevering av løsøret har skjedd, jf. punkt 8.2.4. Etter godtroervervloven er fysisk overlevering av løsøre et nødvendig vilkår for ekstinksjon. Forarbeidenes henvisning til lovforslaget for godtroerverv er derfor litt uheldig.

Videre er reglene om løsørekjøpers kreditorvern ulovfestet og omdiskutert, jf. punkt 8.2.1. *Skoghøy* legger til grunn at løsørekjøper som utgangspunkt må få løsøregjenstanden overlevert til seg for å etablere kreditorvern.⁹¹⁴ *Skoghøy* mener imidlertid det må gjelde enkelte unntak fra dette overleveringskravet, deriblant tilfeller hvor «leveringstid er kommet, selgeren er klar til å levere, og det beror på kjøperen at levering ikke er gjennomført».⁹¹⁵ Konsekvensen av *Skoghøys* resonnement er derfor at de samme unntakene fra overleveringskravet som oppstilles ved løsørekjøp, også må gjelde ved vurderingen av bortfall av driftstilbehør- og varelagerpant.⁹¹⁶ Som jeg skal komme nærmere tilbake til i punkt 8.2.6-8.2.9, kan det *de lege lata* argumenteres for flere tenkelige skjæringstidspunkter for løsørekjøpers kreditorvern. Hvilke unntak som skal gjelde fra en eventuell overleveringsregel, er heller ikke klart. Tolkningstvilen om når rådigheten skal anses bortfalt etter panteloven § 3-7 tredje ledd, løses derfor ikke nødvendigvis ved å vise til den ulovfestede regelen om løsørekjøpers kreditorvern, supplert med eventuelle unntak.

Kreditorvernregler bør inngå i en koherent og logisk helhet. For å oppfylle dette idealet ved tolkningen av reglene om bortfall av driftstilbehør- og varelagerpant, må rettsanvenderen være kjent med diskusjonene om løsørekjøpers kreditorvern. Det kan i seg selv være utfordrende nok å identifisere kobling mellom kreditorvernreglene ved løsørekjøp og bortfallsreglene i

⁹¹² Se nærmere om dette i Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 213-215.

⁹¹³ Se til illustrasjon panteloven § 1-2 fjerde ledd.

⁹¹⁴ *Skoghøy: Panteloven med kommentarer* s. 303.

⁹¹⁵ *Skoghøy: Panteloven med kommentarer* s. 303.

⁹¹⁶ *Skoghøy: Panteloven med kommentarer* s. 303.

panteloven §§ 3-7 og 3-13. Selv om rettsanvenderen er kjent med denne koblingen, er det fortsatt vanskelig å avgjøre sikkert når driftstilbehør- eller varelagerpantet bortfaller. Hovedregelen for etablering av kreditorvern for eiendomsrett i løsøre er uklar, noe som smitter over på bortfallsreglene i panteloven §§ 3-7 og 3-13. Reglene om bortfall av driftstilbehør- og varelagerpant illustrerer derfor utfordringene som kan oppstå når reglene om kreditorvern er fragmentert og kasuistisk utformet, jf. punkt 1.3.2, punkt 4.4 og punkt 10.4.

7.6.2 Factoringpant

Factoring har tradisjonelt sett blitt brukt som en betegnelse på en finansieringsform.⁹¹⁷ Factoring som finansieringsform går ut på at et finansieringsselskap (factor) overtar alle kundefordringer til en næringsdrivende (klienten) mot at factor utbetaler en større andel av fordringenes pålydende som forskudd til klienten.⁹¹⁸ Factor har deretter ansvar for å administrere og inndrive fordringsmassen. Etter hvert som fordringene betales av klientens kunder (*debitor cessus*), foretas et etteroppgjør hvor factor blant annet godskrives vederlag for kredittytelsen til klienten, kostnadene ved inndrivelsen m.m.⁹¹⁹ Denne formen for factoring omtales ofte som factoring i «egentlig forstand» eller «tradisjonell factoring».⁹²⁰

Panteloven åpner for at næringsdrivende kan foreta en pantsettelse av «de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som han har eller får i sin virksomhet eller i særlig del av denne», jf. panteloven § 4-10 første ledd første punktum. En panterett etter panteloven § 4-10 første ledd trenger ikke å være basert på en tradisjonell factoringavtale som er beskrevet i det foregående avsnittet.⁹²¹ Panteloven § 4-10 forutsetter ikke at pantøver overtar noen del av rådigheten over fordringene på sikringsstadiet. Pantøver trenger heller ikke å drive inn pengene på vegne av pantsetter. Pantets omfang er videre knyttet til en dynamisk formuesmasse, og ikke de enkelte kundefordringene som klienten har overdratt til factor. Samlet pantsettelse av en utestående fordringsmasse etter panteloven § 4-10, som skjer

⁹¹⁷ For en nærmere beskrivelse av factoring som finansieringsordning, se Skoghøy: *Panterett* s. 88-89 og HR-2020-837-A, avsnitt 51.

⁹¹⁸ Skoghøy: *Panterett* s. 88 og HR-2020-837-A, avsnitt 51.

⁹¹⁹ Se nærmere om tradisjonell factoring i Skoghøy: *Panterett* s. 88-89. Se også generelt om factoring i Claes Martinson: *Kreditsikkerhet i fakturafordringer – en förmögenhetsrättslig studie*, Uppsala 2002 s. 109-111.

⁹²⁰ Skoghøy: *Panterett* s. 88, Rt. 1987 s. 35 på s. 35 og HR-2020-837-A, avsnitt 51.

⁹²¹ Høyesterett avgjorde i Rt. 1987 s. 35 at panteloven § 4-10 gjelder selv om avtalen som etablerer panteretten ikke var å regne som en avtale om factoring i tradisjonell forstand. Det innebærer for eksempel at panteloven § 4-10 også gjelder ved pantsettelse av samlet fordringsmasse hvor pantsetter beholder rådigheten over fordringene etter pantsettelsen, se nærmere om dette i Andreassen: *Factoringpant* s. 294-315.

uavhengig av tradisjonell factoring, omtales som factoringpant.⁹²² Factoringpant er å regne som et tingsinnbegrepsant.⁹²³

Factoringpantets omfang er avgrenset til de enkle pengekrav som den næringsdrivende «har eller får i sin virksomhet». Med enkle pengekrav forstås enkle fordringer som ikke er knyttet til verdipapir, innløsningspapir eller finansielle instrumenter registrert i en verdipapirsentral, jf. panteloven § 4-10 tredje ledd med videre henvisninger og punkt 9.2.1.⁹²⁴ En alminnelig fakturafordring kan være et eksempel på et enkelt pengekrav. Factoringpantets omfang kan avgrenses på ulike måter, uten at jeg går nærmere inn på det her.⁹²⁵

Kreditorvern for factoringpant etableres som utgangspunkt gjennom tinglysing på den næringsdrivendes blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 4-10 annet ledd første punktum. Det har imidlertid vært diskutert om kreditorvern for factoringpant *også* kan etableres gjennom reglene om pantsettelse av enkle pengekrav. Panteloven § 4-4 første ledd åpner for at eksisterende og fremtidige enkle pengekrav kan pantsettes enkeltvis, og ikke som et tingsinnbegrep. Rettsvern for panterett i enkle pengekrav etableres gjennom at skyldneren får melding om pantsettelsen fra pantsetter eller panthaver, jf. panteloven § 4-5 første ledd første punktum. Et aktuelt rettslig spørsmål er hvorvidt rettsvern for factoringpant *bare* kan etableres gjennom tinglysing på pantsetters blad i Løsøreregisteret, eller om rettsvern for factoringpant *alternativt* kan oppnås gjennom at *debitor cessus* gis et varsel om at factor har en panterett i alle nåværende og fremtidige kundefordringer som klienten vil få. Dette var tema for prøving i HR-2020-837-A. Før jeg gjennomgår HR-2020-837-A, vil jeg redegjøre litt nærmere for oppbygningen av panteloven §§ 4-4, 4-5 og 4-10, samt rettskildebildet som forelå i forkant av dommen. Denne gjennomgangen danner en kontekst for analysen av HR-2020-837-A, ettersom enkelte av de tidligere rettsoppfatningene utfordres av HR-2020-837-A.

Panteloven § 4-10 annet ledd bestemmer at et factoringpant «får rettsvern ved tinglysing på den næringsdrivendes blad i Løsøreregisteret». Ordlyden i bestemmelsen åpner ikke for at rettsvern for factoringpant kan etableres på alternative måter. Dette støttes av en uttalelse i Rådsegn 8 hvor det sies at:

⁹²² Skoghøy: *Panterett* s. 88, Andreassen: *Factoringpant* s. 37 og HR-2020-837-A, avsnitt 51.

⁹²³ Skoghøy: *Panterett* s. 36.

⁹²⁴ Skoghøy: *Panterett* s. 92. Det bemerkes at henvisningen i panteloven § 4-10 tredje ledd til panteloven § 4-4 annet ledd, trolig er feil, se Skoghøy: *Panterett* s. 92. I stedet skal henvisningen i panteloven § 4-10 tredje ledd være til panteloven § 4-4 tredje ledd som inneholder en definisjon av enkle pengekrav.

⁹²⁵ Se nærmere om avgrensningen av factoringpantets omfang i Skoghøy: *Panterett* s. 96-97.

«Tinglysing er naudsynleg i alle tilfelle for ei avtale som går inn under paragrafen. Ein kan t.d. tenkja seg det tilfelle at eit føretak har samband med berre nokre få avtakarar, og at det er krav på desse som vert overførde. Tinglysing trengst her og.»⁹²⁶

Det har imidlertid vært en alminnelig praksis at factor har sendt ut melding til klientens kunder om at alle fordringer som klienten har eller kommer til å få mot eksisterende kunder, er overført til factor.⁹²⁷ Slike meldinger omtales i det følgende som forhåndsmeldinger. Bakgrunnen for at factor ofte søker å etablere rettsvern gjennom en forhåndsmelding, er at varselet sørger for å verne factor mot godtroekstinksjon av de enkelte fordringene som inngår i pantet, jf. panteloven § 4-5 første ledd og gjeldsbrevloven § 29 annet ledd.⁹²⁸ Tinglysing på pantsetters blad i løsereregisteret sørger *ikke* for å verne panthaver mot godtroekstinksjon av panthavers rett til de enkelte fordringene som inngår i factoringpantet, jf. panteloven § 4-10 annet ledd annet punktum.

Det kan problematiseres om panteloven § 4-4 første ledd annet punktum stenger for at rettsvern for et factoringpant kan etableres gjennom forhåndsmeldinger. Det følger av panteloven § 4-4 første ledd annet punktum at pantsettelse av fremtidige enkle fordringer må knytte seg til «enkle pengekrav som noen kommer til å få mot navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold». Panteloven § 4-4 første ledd annet punktum forutsetter at navnet på *debitor cessus*, samt rettsgrunnlaget for de fremtidige kravene, angis i forhåndsmeldingen.⁹²⁹ Dette omtales som et vilkår om individualisering.⁹³⁰ Dersom et factoringpant *kan* tinglyses etter panteloven § 4-10, er det usikkert etter pantelovens system om factoringpant kan oppnå rettsvern gjennom en forhåndsmelding som *ikke* oppfyller vilkåret til individualisering i panteloven § 4-4 første ledd annet punktum.

To alternative tolkninger av panteloven §§ 4-4 første ledd annet punktum, 4-5 første ledd og 4-10 første og annet ledd kan presenteres allerede nå. Den første tolkningen er at pantsettelse av enkle krav bare kan oppnå rettsvern gjennom forhåndsvarsling dersom varselet oppfyller vilkårene i panteloven § 4-4 første ledd annet punktum. Forutsetningen for denne tolkningen er at panteloven § 4-5 forstås som en forlengelse av panteloven § 4-4, og at disse to bestemmelsene derfor ses i sammenhengen. Den andre tolkningen av bestemmelsene er at panteloven § 4-5 må

⁹²⁶ NUT 1970:2 s. 108.

⁹²⁷ Brækhus: *Omsetning og kreditt 2* s. 168.

⁹²⁸ Brækhus: *Omsetning og kreditt 2* s. 169-170, Andreassen: *Factoringpant* s. 330 og Skoghøy: *Panteloven* s. 458.

⁹²⁹ HR-2020-837-A, avsnitt 47.

⁹³⁰ HR-2020-837-A, avsnitt 47. Se til sammenligning om individualiseringsvilkåret ved kjøp av løsøre i punkt 8.2.8.

forstås som en selvstendig rettsvernsregel. Dersom panteloven § 4-5 forstås som en selvstendig rettsvernsregel, kan det drøftes om kreditorvern for et factoringpant kan etableres gjennom forhåndsvarsel, selv om panthaver *også* kan etablere kreditorvern gjennom tinglysing i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 4-10 annet ledd første punktum.⁹³¹

Synspunktene i teorien syntes i forkant av HR-2020-837-A å være at forhåndsmeldinger fra factor om overdragelse av fremtidige og ikke-individualiserte fordringer ville sørge for å etablere rettsvern for factoringpantet i henhold til panteloven §§ 4-4 første ledd, jf. 4-5 første ledd.⁹³² *Skoghøy* mente factoringpanthaver hadde behov for å kunne oppnå rettsvern mot godtroekstinksjon, noe som bare kunne fremskaffes gjennom en notifikasjon, og ikke gjennom tinglysing.⁹³³ I tillegg mente *Skoghøy* at notifikasjonen fremskaffet den nødvendige notoriteten rundt pantsettelsen.⁹³⁴ *Sjur Brækhus* synes også å ha vært av samme oppfatning som *Skoghøy*. *Brækhus* fremhevet for eksempel at factor hadde lite å vinne på å tinglyse factoringavtalen fremfor å gi *debitor cessus* en notifikasjon:

«Eftersom factor i alle tilfeller bør blokkere klientens overførings- og kvitteringslegitimasjon ved notifikasjon, er det ikke så meget factor vinner ved å tinglyse factoringavtalen.»⁹³⁵

Skoghøy mente at rettsvern ikke bare burde kunne etableres gjennom en melding om at eksisterende fordringer inngikk i factoringpantet, men også gjennom et forhåndsvarsel om at ikke-individualiserte fordringer inngikk i factoringpantet.⁹³⁶ Begrunnelsen for at fordringene ikke måtte individualiseres i varselet, var – etter *Skoghøys* syn – at et vilkår om individualisering var upraktisk for factoringpantavtaler.⁹³⁷ Pantsetters fordringsmasse kan være gjenstand for hyppige endringer som følge av at nye avtaler inngås, se nærmere om dette nedenfor. Det kan derfor være upraktisk for pantsetter eller panthaver å gi løpende varslinger til eksisterende kunder om at nyoppståtte fordringer inngår i factoringpantet.

Brækhus mente en fordel ved å tinglyse factoringpantet var at factor oppnådde rettsvern for panterett i fordringer som stammet fra nye kunder som klienten hadde fått i etterkant av at

⁹³¹ Andreassen: *Factoringpant* s. 319.

⁹³² *Brækhus*: *Omsetning og kreditt 2* s. 169-170, Andreassen: *Factoringpant* s. 320 og s. 326 og *Skoghøy*: *Panteloven* s. 458-459 og 498-499.

⁹³³ Andreassen: *Factoringpant* s. 319.

⁹³⁴ Andreassen: *Factoringpant* s. 319.

⁹³⁵ *Brækhus*: *Omsetning og kreditt 2* s. 170.

⁹³⁶ Andreassen: *Factoringpant* s. 320-321 (petit) og s. 326.

⁹³⁷ Andreassen: *Factoringpant* s. 320-321 (petit).

factoringavtalen var inngått.⁹³⁸ Dette synspunktet kunne kanskje talt for at *Brækhus* mente en individualisering av fordringene som inngikk i factoringpantet var nødvendig for at kreditorvern skulle etableres gjennom forhåndsvarselet. Det synes imidlertid å være liten grunn til å tolke *Brækhus* i denne retning, ettersom det ikke er tvilsomt at nye kunder må gis et varsel om factoringpantet for at rettsvern skal kunne etableres. Det tvilsomme er først og fremst om rettsvern i fremtidige krav hos eksisterende kunder kan oppnås gjennom forhåndsnotifikasjon.⁹³⁹ *Brækhus* mente også at dersom «det bare [foreligger] en generell forhåndsnotifisering av vedkommende kunde, er det denne notifikasjonen som bestemmer omfanget av de overføringer som kunden må respektere (og som har rettsvern i andre relasjoner)». ⁹⁴⁰ Den siste uttalelsen synes klart å trekke i retning av at *Brækhus* ikke oppfattet individualisering som et nødvendig vilkår for å oppnå rettsvern gjennom forhåndsvarsel. På denne bakgrunn synes både *Skoghøy* og *Brækhus* å ha vært av den oppfatning at rettsvern for et factoringpant kunne etableres gjennom et forhåndsvarsel, selv om fordringene som inngikk i factoringpantet ikke var individualisert i varselet.

Høyesterett berørte i Rt. 1989 s. 1209 og i Rt. 1993 s. 1295 hvorvidt pantlover kunne etablere rettsvern for et factoringpant gjennom varsling til *debitor cessus*. I Rt. 1989 s. 1209 hadde factor og klient inngått en avtale om factoring som ikke var tinglyst i henhold til panteloven § 4-10. Da klienten gikk konkurs, oppstod det tvist mellom factor og konkursboet om to fakturaer som inngikk i factoringpantet kunne beslaglegges av konkursboet. *Debitor cessus* hadde i forkant av konkursåpningen fått varsel om at fakturaene var overdratt til factor. Spørsmålet som Høyesterett drøftet var blant annet om factoringavtalen måtte tinglyses i henhold til panteloven § 4-10 annet ledd første punktum for at factor skulle etablere rettsvern, eller om rettsvern kunne etableres gjennom varsel til *debitor cessus* i henhold til panteloven § 4-4, jf. § 4-5.

Høyesterett konkluderte med at rettsvern for de angjeldende fordringene ble etablert gjennom varselet fra factor til *debitor cessus*. Høyesterett mente det ikke var noen indikasjon på at panteloven § 4-10 skulle tolkes i retning av at pantlover ikke kunne etablere rettsvern for enkle fordringer etter reglene i panteloven §§ 4-4 og 4-5, selv om fordringene inngikk i et factoringpant som kunne vært tinglyst. Rt. 1989 s. 1209 avgjorde dermed at factor kunne etablere rettsvern i individualiserte fordringer gjennom et varsel, selv om fordringene inngikk i en factoringavtale som kunne vært tinglyst etter panteloven § 4-10.

⁹³⁸ *Brækhus: Omsetning og kreditt 2 s. 170.*

⁹³⁹ Se HR-2020-837-A, avsnitt 118-119 (mindretallet).

⁹⁴⁰ *Brækhus: Omsetning og kreditt 2 s. 170.*

Høyesterett uttalte også i Rt. 1989 s. 1209 at en tinglysning av en factoringpantavtale ville vært nødvendig for å etablere rettsvern for «den utvidede muligheten for å oppnå sikkerhet i enkle krav i forhold til det som gjaldt [før innføringen av panteloven § 4-10]». ⁹⁴¹ Den utvidede sikkerheten som fulgte av panteloven § 4-10 ble av Høyesterett definert som at «factor [får] sikkerhet også i de fordringer medkontrahenten måtte erverve i fremtiden, og han får sikkerhet – i forhold til medkontrahentens kreditorer – uten hensyn til om debitorerne etter fordringene underrettes om pantsettelsen eller overdragelsen». ⁹⁴² Denne uttalelsen kan tolkes på minst to måter. Den første tolkningen av uttalelsen er at factor *bare* kan få sikkerhet i fremtidige og ikke-individualiserte fordringer gjennom tinglysning. Dersom factor ønsker å etablere sikkerhet i fordringer som oppstår i etterkant av at factoringavtalen er inngått uten å tinglyse avtalen, må *debitor cessus* gis løpende varsel om at de nyutstedte fordringene inngår i pantet. Den andre måten uttalelsen til Høyesterett kan forstås på er at factor kan etablere rettsvern i fremtidige og ikke-individualiserte fordringer både gjennom tinglysning og gjennom en forhåndsmelding. Begge tolkninger er etter mitt skjønn like plausible. Ettersom factor i Rt. 1989 s. 1209 hadde varslet *debitor cessus* om overdragelsen av fordringene i etterkant av at fordringene hadde oppstått, må uttalelsene om utvidet sikkerhet i fremtidige fordringer i Rt. 1989 s. 1209 anses som et *obiter dictum*.

I Rt. 1993 s. 1295 hadde namsmannen tatt utlegg i «salgsinntekter vedrørende utgivelse» av en avis. ⁹⁴³ Utleggsforretningen ble påklaget. Det ble blant annet anført at utgiver hadde inngått et «fakturerings- og innfordringsoppdrag når det gjaldt betaling fra avisforhandlerne» med et annet selskap, og at dette oppdraget etter hvert også innebar at tilgodehavende for avissalget ble overdratt fra utgiver til selskapet med fakturerings- og innfordringsoppdraget. ⁹⁴⁴ Kundene til utgiver hadde ikke blitt varslet om overdragelsen. Overdragelsen var heller ikke tinglyst i Løsøreregisteret. Høyesterett mente at «overdragelse av fordringer som ennå ikke er oppstått, men som overdrager fremtidig måtte erverve i sin virksomhet, [bare kan] få rettsvern ved tinglysning», jf. panteloven § 4-10 annet ledd. ⁹⁴⁵ Kjæremålsutvalget påpekte at adgangen til å etablere rettsvern i fremtidige fordringer utgjorde «en utvidelse i forhold til det som gjaldt

⁹⁴¹ Rt. 1989 s. 1209 på s. 1213.

⁹⁴² Rt. 1989 s. 1209 på s. 1213.

⁹⁴³ Rt. 1993 s. 1295 på s. 1295.

⁹⁴⁴ Rt. 1993 s. 1295 på s. 1296-1297.

⁹⁴⁵ Rt. 1993 s. 1295 på s. 1297.

tidligere», under henvisning til Rt. 1989 s. 1209.⁹⁴⁶ Konklusjonen var følgelig at «[r]ettsvern oppnås i disse tilfelle ikke ved forhåndsnotifikasjon til debitor etter [panteloven] § 4-5».⁹⁴⁷

Enkelte rettslige implikasjoner kan kanskje utledes av Rt. 1993 s. 1295. Høyesterett avgjorde at fremtidige og ikke-individualiserte fordringer «bare kan få rettsvern gjennom tinglysing», under henvisning til panteloven § 4-10.⁹⁴⁸ En implikasjon av at Høyesterett mente at panteloven § 4-10 var rettslig grunnlag for å etablere rettsvern for factoringpant i fremtidige og ikke-individualiserte krav, kan være at rettsvern ikke kan etableres gjennom forhåndsmelding.⁹⁴⁹ Det rettslige grunnlaget for å etablere pant i enkle pengekrav gjennom forhåndsmelding er som tidligere nevnt panteloven § 4-4 første ledd annet punktum, jf. § 4-5 første ledd første punktum. Rt. 1993 s. 1295 ble imidlertid kritisert i teorien. *Skoghøy* mente blant annet at Høyesteretts uttalelse om at rettsvern ikke kunne etableres «ved forhåndsnotifikasjon til debitor etter § 4-5», måtte anses som et *obiter dictum* ettersom verken tinglysing eller forhåndsnotifikasjon var gitt i saken.⁹⁵⁰ *Skoghøy* mente også at uttalelsen ikke kunne være riktig.⁹⁵¹ Dette begrunnet han med at rettsvern kunne etableres gjennom forhåndsvarsel ved enkeltvis pantsettelse av enkle pengekrav, og det samme burde gjelde ved samlet pantsettelse av enkle pengekrav.⁹⁵² *Brækhus* synes ikke å ha vært like kritisk til Rt. 1993 s. 1295 som *Skoghøy*, men mente at Høyesterett «for sikkerhets skyld» burde ha nevnt at pantthaver kunne få rettsvern gjennom notifikasjon «i enkle pengekrav som pantsetteren kommer til å få mot skyldneren i særskilt nevnt rettsforhold».⁹⁵³ Som nevnt tidligere i dette punktet var det imidlertid andre uttalelser hos *Brækhus* som talte for at et forhåndsvarsel til *debitor cessus* ikke trengte å være individualisert dersom det var tale om et factoringpant.

Rettstilstanden i forkant av HR-2020-837-A synes på denne bakgrunn å ha vært at rettsvern for factoringpant kunne etableres gjennom forhåndsmelding dersom forhåndsmeldingen hadde individualisert pengekravene som inngikk i pantsettelsen. Hvorvidt rettsvern kunne etableres gjennom forhåndsmelding for ikke-individualiserte krav, var mer usikkert etter Rt. 1993 s. 1295, men oppfatningen i teorien trakk klart i retning av at forhåndsmeldingen ikke trengte å tilfredsstillende vilkåret til individualisering i de tilfellene forhåndsmeldingen gjaldt en samlet

⁹⁴⁶ Rt. 1993 s. 1295 på s. 1297.

⁹⁴⁷ Rt. 1993 s. 1295 på s. 1297.

⁹⁴⁸ Rt. 1993 s. 1295 på s. 1297.

⁹⁴⁹ I samme retning, se Andenæs: *Konkurs* s. 259.

⁹⁵⁰ *Skoghøy: Panteloven med kommentarer* s. 498-499 og Rt. 1993 s. 1295 på s. 1297.

⁹⁵¹ *Skoghøy: Panteloven med kommentarer* s. 499.

⁹⁵² *Skoghøy: Panteloven med kommentarer* s. 499.

⁹⁵³ *Brækhus: Omsetning og kreditt 2* s. 170 (petit).

pantsettelse av pantsetters fremtidige fordringer mot en eksisterende kunde. HR-2020-837-A er foreløpig siste dom fra Høyesterett som behandler problematikken omkring etablering av rettsvern for factoringpant gjennom forhåndsmelding.

I HR-2020-837-A hadde et banksyndikat ytt et rammelån på 700 millioner dollar til et dansk konsern. Konsernet drev med salg av tungoljer som skulle benyttes som drivstoff til skip. Som sikkerhet for rammelånet fikk banksyndikatet pant i konsernselskapets kundefordringer. I henhold til sikkerhetsavtalen, skulle det danske konsernet varsle alle sine kunder om inngåelsen av panteavtalen. Dette ble gjort gjennom at konsernet sendte en epost som ga kundene deres beskjed om at:

«This letter constitutes notice to you that under the Security Agreement we have assigned by the way of security to ING Bank N.V. [...] all our rights in respect of the supply contract between us ... (the *Contract*).»⁹⁵⁴

Eposten inneholdt verken en angivelse av hvilke kundeforhold som inngikk i pantet, ei heller en angivelse av det rettsforhold kravet måtte springe ut fra for å inngå i pantet.

Det danske konsernet gikk konkurs etter inngåelsen av låneavtalen. Et av selskapene i konsernet var norsk. Det norske selskapet gikk også konkurs som følge av sammenbruddet i konsernet. Banksyndikatet meldte et krav på 653 millioner dollar i konkursboet til det norske selskapet, og hevdet at de hadde sikkerhet for kravet i kundefordringene til det norske selskapet på bakgrunn av panteavtalen. Boet bestred at banksyndikatet hadde noen pantesikkerhet og gjorde gjeldende at panterettigheten manglet rettsvern. Høyesterett måtte derfor ta stilling til om rettsvern var etablert for panteretten. Spørsmålet ble avgjort med dissens (tre mot to). For ordens skyld nevnes at Høyesteretts kjæremålsutvalg hadde avgjort at norske domstoler hadde kompetanse til å avgjøre saken, samt at rettsvernsspørsmålet skulle avgjøres etter norsk rett.⁹⁵⁵

Førstvoterende fastslo innledningsvis at låneavtalen oppfylte vilkårene for factoringpant i panteloven § 4-10 første ledd.⁹⁵⁶ Videre var det rettskraftig avgjort av lagmannsretten at varselet som ble gitt til konsernets kunder per epost i forbindelse med pantsettelsen, ikke tilfredstilte individualiseringsvilkåret i panteloven § 4-4 første ledd annet punktum.⁹⁵⁷ Spørsmålet var derfor om en factoringpantavtale som kunne oppnå rettsvern gjennom tinglysing i

⁹⁵⁴ HR-2020-837-A, avsnitt 7.

⁹⁵⁵ HR-2017-1297-A.

⁹⁵⁶ HR-2020-837-A, avsnitt 55.

⁹⁵⁷ HR-2020-837-A, avsnitt 56.

Løsøreregisteret, jf. panteloven § 4-10 annet ledd første punktum, *også* kunne oppnå rettsvern gjennom forhåndsmelding etter panteloven § 4-5 første ledd første punktum.

Førstvoterende la til grunn at panteloven § 4-5 måtte forstås i lys av panteloven § 4-4: Bestemmelsene måtte ses som «parhester».⁹⁵⁸ Konsekvensen av denne forståelsen var at rettsvern for pant i enkle krav enten måtte etableres i henhold til panteloven §§ 4-4 og 4-5, eller etter panteloven § 4-10.⁹⁵⁹ Verken tinglysingsloven § 4-10 annet ledd annet punktum, som bestemmer at tinglysning av factoringpant ikke verner mot godtroerverv, eller panteloven § 5-7 femte ledd, som åpner for at utleggspant i debtors samlede enkle pengekrav kan få rettsvern gjennom melding, talte for at kreditorvern i ikke-individualiserte krav kunne etableres gjennom en forhåndsmelding.⁹⁶⁰

Førstvoterende mente videre at Rt. 1989 s. 1209 og Rt. 1993 s. 1295 talte i favør av at rettsvern etter panteloven § 4-5 bare kunne etableres dersom panteavtalen oppfylte vilkåret til individualisering i panteloven § 4-4.⁹⁶¹ I tillegg mente førstvoterende at drøftelsene i juridisk teori var «sporadiske og ikke nærmere begrunnet».⁹⁶² Heller ikke reelle hensyn talte i favør av at rettsvern kunne etableres gjennom en forhåndsmelding.⁹⁶³ Konklusjonen var følgelig at rettsvern for et factoringpant ikke kunne etableres gjennom en forhåndsmelding som ikke tilfredsstilte individualiseringsvilkåret i panteloven § 4-4 første ledd annet punktum.⁹⁶⁴ Factoringpantet manglet følgelig kreditorvern overfor konkursboet.

Andrevoterende tok utgangspunkt i at panteloven opererte med en sontring mellom regler som ga hjemmel for å foreta en gyldig pantsettelse, og regler som omhandlet etablering av rettsvern for allerede gyldig stiftede panterettigheter.⁹⁶⁵ Ettersom det ikke var tvilsomt at panteloven § 4-10 ga hjemmel for å stifte factoringpantet, aktualiserte saken først og fremst spørsmålet om rettsvern var gyldig etablert.⁹⁶⁶ Andrevoterende tok i sin videre gjennomgang utgangspunkt i at oppbyggingen av panteloven kapittel 4 isolert sett kunne tale for at kreditorvern for factoringpant bare kunne etableres gjennom tinglysning.⁹⁶⁷ Oppbyggingen av pantelovens kapittel 4 ble imidlertid ikke tillagt noe avgjørende vekt av andrevoterende. Andrevoterende

⁹⁵⁸ HR-2020-837-A, avsnitt 57.

⁹⁵⁹ HR-2020-837-A, avsnitt 58.

⁹⁶⁰ HR-2020-837-A, avsnitt 62-64.

⁹⁶¹ HR-2020-837-A, avsnitt 65-79.

⁹⁶² HR-2020-837-A, avsnitt 95.

⁹⁶³ HR-2020-837-A, avsnitt 96-98.

⁹⁶⁴ HR-2020-837-A, avsnitt 99.

⁹⁶⁵ HR-2020-837-A, avsnitt 104.

⁹⁶⁶ HR-2020-837-A, avsnitt 105-108.

⁹⁶⁷ HR-2020-837-A, avsnitt 110-112.

vektla i stedet at panthaver ikke kunne verne seg mot godtroekstinksjon uten å gi *debitor cessus* en notifikasjon.⁹⁶⁸ Andrevoterende vektla videre at en forhåndsmelding til *debitor cessus* måtte være tilstrekkelig for å etablere rettsvern, ettersom det ville være upraktisk om en melding bare kunne omfatte eksisterende krav.⁹⁶⁹ Dersom meldingen bare kunne omfatte eksisterende krav, ville panthavers rettsvern være avhengig av at pantsetter løpende ga meldinger til kundene om at nyoppståtte krav inngikk i panteretten.⁹⁷⁰ Konklusjonen til mindretallet var følgelig at lagmannsrettens dom måtte oppheves.⁹⁷¹

Førstvoterende synes å legge vekt på pantelovens «systematikk» i sin argumentasjon.⁹⁷² Henvisningen til pantelovens «systematikk» må oppfattes som en henvisning til et systemhensyn: Det tolkningsalternativet som best passer inn i pantelovens system, bør foretrekkes. Etter førstvoterendes skjønn la panteloven opp til en systematikk hvor panteloven § 4-5 måtte forstås i forlengelsen av panteloven § 4-4. Det kan imidlertid problematiseres om førstvoterendes forståelse av panteloven §§ 4-4, 4-5 og 4-10 er det eneste tolkningsalternativet som passer til pantelovens system. Minst to alternative systembetraktninger kan fremheves.

Den første alternative systembetraktningen som kan fremheves, er at en tinglysing etter panteloven § 4-10 ikke gir factor et tilstrekkelig vern. Som nevnt vil ikke en tinglysing etter panteloven § 4-10 annet ledd første punktum gi factor et vern overfor godtroende tredjemenn, jf. panteloven § 4-10 annet ledd annet punktum. For at factor skal ha en reell mulighet til å verne seg mot en fremtidig godtroekstinksjon, må det åpnes for at factor kan etablere rettsvern gjennom en forhåndsmelding etter panteloven § 4-5, selv om factoringavtalen ikke tilfredsstillende vilkårene til pantsettelse i panteloven § 4-4. Det vil videre være upraktisk at factor eller klienten må gi kunder løpende varsler om at fordringer som oppstår i etterkant av pantsettelsen, inngår i factoringpantet. Et factoringpant er av natur gjenstand for hyppige endringer. Factor vil få en svært usikker posisjon om factor eller klienten må sørge for å gi løpende varslinger etter hvert som nye fordringer oppstår. I lys av en slik forståelse av pantelovens system, kan panteloven § 4-5 forstås som en *selvstendig* rettsvernshjemmel som ikke er tilknyttet panteloven § 4-4. Rettsvernsregelen i panteloven § 4-10 annet ledd første punktum kan derfor suppleres med rettsvernsregelen i panteloven § 4-5 første ledd. En slik systemforståelse av panteloven synes å ligge til grunn for mindretallets votum, samt synspunktene som har vært fremhevet i teorien av

⁹⁶⁸ HR-2020-837-A, avsnitt 113-115.

⁹⁶⁹ HR-2020-837-A, avsnitt 129.

⁹⁷⁰ HR-2020-837-A, avsnitt 129.

⁹⁷¹ HR-2020-837-A, avsnitt 142.

⁹⁷² HR-2020-837-A, avsnitt 57-58.

Skoghøy og Brækhus.⁹⁷³ Jeg har, i motsetning til førstvoterende i HR-2020-837-A, vanskelig for å se at synspunktene til *Skoghøy og Brækhus* på dette punkt er særlig uklare.⁹⁷⁴

Den andre alternative systembetraktningen som kan fremheves, er at regelen om factoringpant i panteloven § 4-10 bør samsvare i størst mulig grad med øvrige regler om tingsinnbegrepspant. Etter panteloven §§ 3-6 og 3-12 etableres kreditorvern for pant i henholdsvis driftstilbehør og varelager gjennom tinglysning på pantsetters blad i Løsøreregisteret, jf. punkt 7.6.1. Tinglysning av driftstilbehørpantet eller varelagerpantet etablerer ikke rettsvern mot godtroekstinksjon, jf. panteloven § 3-7 tredje ledd annet punktum, panteloven § 3-13 tredje ledd og panteloven § 1-2 fjerde ledd. Panthaver har heller ingen alternativ måte å verne seg mot godtroekstinksjon av underpantsatt driftstilbehør eller varelager. Panthaver *kan* verne seg mot godtroekstinksjon av pant i motorvogn gjennom tinglysning i løsøreregisteret, men det er da tale om enkeltvis pantsettelse av motorvogn, og ikke pantsettelse av motorvogn som en del av et tingsinnbegrepspant, jf. panteloven § 3-8 annet ledd annet punktum. I lys av at panthaver av et underpantsatt driftstilbehør og varelagerpant ikke kan verne seg mot godtroekstinksjon, kan det hevdes at det vil være i tråd med pantelovens system dersom heller ikke factoringpanthaver kan verne seg mot godtroekstinksjon.

Gjennomgangen ovenfor viser at det er minst tre plausible måter forholdet mellom panteloven §§ 4-4, 4-5 og 4-10 kan forstås på. HR-2020-837-A illustrerer i en metodisk sammenheng at det kan være problematisk å bygge et domsresultat på systemhensyn. Hvilken vekt systemhensyn skal tillegges, vil være avhengig av hvilken systematikk rettsanvenderen legger til grunn.⁹⁷⁵ Det kan da være problematisk å ta utgangspunkt i systemhensyn ved tolkningen av enkeltbestemmelser, slik førstvoterende synes å gjøre i HR-2020-837-A.

Høyesteretts avgjørelse i HR-2020-837-A medfører at en factor bare kan få kreditorvern for panterett i ikke-individualiserte fordringer gjennom en tinglysning av factoringavtalen. Det er ikke i seg selv problematisk at kreditorvern og rettsvern mot godtroekstinksjon etableres på forskjellige måter. Det er ulike hensyn og vilkår som ligger til grunn for henholdsvis kreditorekstinksjon og godtroekstinksjon, jf. punkt 3.2. Det kan likevel diskuteres hvor praktisk det er å individualisere enkle krav ved forhåndsvarsling i factoringforhold. I flere bransjer vil

⁹⁷³ Se HR-2020-837-A, avsnitt 103-142, Andreassen: *Factoringpant* s. 318-321 (se særlig petit på s. 321) og s. 330, Skoghøy: *Panteloven* s. og Brækhus: *Omsetning og kreditt 2* s. 169-170.

⁹⁷⁴ Se også i samme retning andrevoterende i avsnitt 131-139.

⁹⁷⁵ I samme retning, se Marthinussen: *Tredjemannsprobleme* s. 188: «Systemhensynet er imidlertid ikke alltid entydig. Som vist i kapittel 5.2 er det ikke alltid gitt hvilken bestemmelse som må tilpasses, i de tilfellene hvor to bestemmelser tilsynelatende gir ulike resultater, men de helst må tilpasses hverandre.»

det løpende oppstå nye fordringer. I detaljhandel vil det for eksempel være tilnærmet umulig for factor å gi et forhåndsvarsel som tilfredsstillende vilkåret til individualisering, samtidig som at varselet sørger for å gi factor et tilstrekkelig vern i klientens fremtidige fordringer. I tilfeller hvor avtalen ikke er en factoringavtale i tradisjonell forstand, vil ikke factor kunne føre en løpende kontroll over hvilke fordringer som klienten til enhver tid har. I den grad det er ønskelig at factor skal kunne etablere rettsvern for factoringpant gjennom varsling etter panteloven §§ 4-4 og 4-5, noe som synes forutsatt i Rt. 1989 s. 1209, er det uheldig at vilkåret til individualisering gjør forhåndsvarsling upraktisk i en rekke tilfeller.

Det kan også problematiseres om resultatet i HR-2020-837-A er heldig i lys av at forhåndsvarsling synes å være forholdsvis utbredt innenfor finansbransjen.⁹⁷⁶ Faktum i HR-2020-837-A er illustrerende: Panteavtalen som var inngått mellom factor og klient hadde utspring i en låneavtale som var inngått med et banksyndikat ledet av ING Bank N.V., en betydelig aktør innenfor internasjonal bankvirksomhet. Partene var riktig nok enige om at avtalen skulle være underlagt engelsk rett, og regnet dermed trolig med at pantesikkerhet skulle etableres etter engelsk rett. Det er likevel uheldig om norsk rett på dette punkt ikke samsvarer med en praksis som følges av store internasjonale finansaktører.

Førstvoterendes votum i HR-2020-837-A kan også danne grunnlag for noen metodiske merknader. Førstvoterende tar i sin argumentasjon utgangspunkt i at panteloven «tematisk og språklig [er] bygget opp på en måte som gjør det naturlig å se §§ 4-4 og 4-5 som ‘parhester’».⁹⁷⁷ Førstvoterende viser i liten grad til supplerende kilder eller argumenter som taler i *favør* en slik tolkning, foruten å vise til at ordlyden og lovens oppbygging må tillegges betydelig vekt på et positivrettslig område som dette.⁹⁷⁸ I stedet tar førstvoterende for seg supplerende rettskilder som kan tale *mot* en slik tolkning.⁹⁷⁹ Etter mitt skjønn burde argumentasjonen vært snudd: Fokus bør være på rettskilder og argumenter som taler i *favør* det tolkningsalternativet som fremheves. I tillegg foretar førstvoterende en isolert analyse av ulike rettskilder, og ser rettskildene i liten grad i sammenheng. Førstvoterendes gjennomgang av juridisk teori kunne også vært grundigere. Enkeltuttalelser fremheves uten at de, etter mitt skjønn, plasseres i en riktig sammenheng. Dette gjelder i særlig grad førstvoterendes gjennomgang av *Skoghøys* synspunkter.⁹⁸⁰

⁹⁷⁶ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 168.

⁹⁷⁷ HR-2020-837-A, avsnitt 57.

⁹⁷⁸ HR-2020-837-A, avsnitt 58.

⁹⁷⁹ HR-2020-837-A, avsnitt 58-64.

⁹⁸⁰ HR-2020-837-A, avsnitt 87-94.

Lovgiver kan kanskje avhjelpe utfordringene som har oppstått i etterkant av HR-2020-837-A gjennom to mulige endringer av panteloven § 4-10. En mulighet er at panteloven § 4-10 endres slik at tinglysing i Løsøreregisteret også sørger for å verne factor mot godtroekstinksjon. På denne måten vil det ikke være nødvendig for factor å gi *debitor cessus* et varsel i henhold til panteloven § 4-5 for å verne seg mot godtroekstinksjon. Denne løsningen forutsetter at Løsøreregisterets rettslige troverdighet utbygges. En slik endring trenger ikke nødvendigvis å komme bardust på finansbransjen.⁹⁸¹

Den andre mulige endringen som kan foretas, er at det eksplisitt inntas i panteloven § 4-10 at rettsvern for factoringpant kan etableres gjennom en ikke-individualisert forhåndsmelding. Rettsteknisk sett er det etter mitt skjønn uheldig å utforme en rettsvernsregel som legger opp til at rettsvern kan etableres på alternative måter. Det er heller ikke vanlig at rettsvern for avtalebaserte rettigheter kan etableres på alternative måter. Likevel kan det synes som om det er et praktisk behov i finansbransjen for å kunne etablere rettsvern gjennom forhåndsmeldinger. Ettersom reglene i panteloven § 4-10 er utviklet på bakgrunn av forretningslivets behov, bør også reglene tilpasses den praksis som forretningslivet følger.⁹⁸² Det er foreløpig ingen indikasjoner på at en endring av panteloven § 4-10 er aktuell.

7.7 Kort om rettsregister for immaterielle rettigheter

Enkelte immaterielle rettigheter kan registreres i særegne rettsregister. Selv om disse rettighetsregistrene er organisert etter formuesgodene som kan registreres, er det lagt til grunn at disse registrene ikke skal regnes som realregister.⁹⁸³ Bakgrunnen for at disse registrene ikke skal anses som realregister, er at de tidligere har tjent et annet formål enn å sørge for en materiell beskyttelse av rettserverv.⁹⁸⁴ Registrene har derfor en begrenset negativ og positiv rettslig troverdighet, og oppfyller derfor ikke vilkåret «lignende rettighetsregister ordnet etter de formuesgoder som rettigheten gjelder» i panteloven § 1-1 fjerde ledd første punktum.⁹⁸⁵

⁹⁸¹ Se for eksempel Andreassen: *Factoringpant* s. 334-336 hvor det drøftes om en omsetningsserverver kan være i aktsomt god tro uten å sjekke Løsøreregisteret. Han konkluderer på s. 336 med at: «Etter min mening må det legges til grunn at en omsetningsserverver som er forretningsdrivende, normalt ikke kan anses å være i aktsomt god tro dersom han ikke har undersøkt Løsøreregisteret».

⁹⁸² For en nærmere gjennomgang av factoringpantets historiske bakgrunn, se Andreassen: *Factoringpant* s. 34-37 og s. 67.

⁹⁸³ Se Astri M. Lund: *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, utredning avgitt til justis- og politidepartementet 12. desember 2011 s. 126, Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 249-250 og Kåre Lilleholt: «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens Venner* 1996 s. 69-97 på s. 76. I motsatt retning, se NOU 1972:20 s. 100.

⁹⁸⁴ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 249-250.

⁹⁸⁵ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 252-259.

Det har vært diskutert om de tingsrettslige prioritetsnormene ved rettighetskollisjoner er en egnet løsningsmodell for rettighetskollisjoner i immaterielle rettigheter.⁹⁸⁶ Bakgrunnen for denne diskusjonen er at immaterielle rettigheter har en forholdsvis unik karakter. Det har blant annet vært hevdet at immaterielle rettigheter i prinsippet kan utnyttes av en ubegrenset krets rettighetshavere samtidig, uten at det nødvendigvis oppstår noen rettighetskollisjon.⁹⁸⁷ Denne betraktningen er imidlertid for enkel, særlig ettersom den økonomiske verdien av immaterielle rettigheter ofte er knyttet til at rettighetshaver har en eksklusiv adgang til å benytte seg av den immaterielle rettigheten.⁹⁸⁸ I dag synes det ikke tvilsomt at de tingsrettslige løsningsmodellene *de lege lata* får anvendelse på immaterielle rettigheter i norsk rett.⁹⁸⁹ Dette underbygges av at enkelte rettsregister for noen typer immaterielle rettigheter er utarbeidet etter mønster fra tinglysingsloven.

Det første rettsregisteret for en immateriell rettighet som ble tillagt kreditorvernvirksomheter, var reglene om patentregisteret i patentloven av 2015.⁹⁹⁰ Det følger av patentloven § 44 a første ledd at dersom enkelte typer rettighetsoverdragelser i patenter kolliderer, går det rettsvervet som først ble mottatt til anmerkning i patentregisteret eller det særskilte registeret over europeiske patentsøknader, foran erverv som «ikke er mottatt samme dag eller tidligere».⁹⁹¹ Patentloven § 44 a annet ledd første punktum presiserer at rettsverv som er mottatt samme dag, er likestilt. Patentloven § 44 a annet ledd annet punktum gir likevel utlegg og arrest i patenter et særskilt prioritetsfortrinn: Disse rettighetene går foran øvrige rettigheter som er registrert samme dag. Etter patentloven § 44 a fjerde ledd gis også blant annet tinglysingsloven § 23 anvendelse, noe som medfører at erverv av visse typer rettigheter i en patent må registreres senest dagen før konkursåpningen for at ervervet skal stå seg, jf. punkt 7.5.1. Reglene om kreditorvernvirksomhetene av registrering i plantesortsregisteret følger reglene patentloven § 44 a, jf. planteforedlerloven § 26 annet ledd fjerde punktum med henvisning til patentloven § 44a. Registrering i plantesortsregisteret etablerer følgelig kreditorvern.

Ingen av de øvrige rettsregistrene som eksisterer for immaterielle rettigheter, det vil si varemerkeregisteret og designregisteret, er p.t. tillagt kreditorvernvirksomheter.⁹⁹² Registrering av

⁹⁸⁶ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 225-233 med videre henvisninger.

⁹⁸⁷ Ragnar Knoph: *Åndsretten*, Oslo 1936 s. 9-10.

⁹⁸⁸ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 226.

⁹⁸⁹ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 229-233.

⁹⁹⁰ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 252.

⁹⁹¹ Det er ikke alle typer rettighetsverv som omfattes av prioritetsbestemmelsen i patentloven § 44 a, se nærmere om dette i Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 254-256.

⁹⁹² For ordens skyld nevnes at registrering av rettigheter i designregisteret er tillagt virkninger overfor omsetningsserververe, jf. designloven § 54 fjerde ledd.

utleggspant i varemerkeregisteret og designregisteret er imidlertid tillagt kreditorvern virkninger etter panteloven § 5-9. Det er antatt at ved overdragelse av immaterielle rettigheter som ikke er tilknyttet et rettsregister med rettslig troverdighet, vil suksessor etablere kreditorvern allerede fra avtaleinngåelsen.⁹⁹³ Spørsmålet har ikke vært viet mye oppmerksomhet i teorien. Hensynene til notoritet og publisitet har ikke hatt en veldig fremtredende rolle ved diskusjonene om etablering av kreditorvern i immaterielle rettigheter. Løsningen for immaterielle rettigheter har i stedet vært å la prinsippet om «først i tid, best i rett» gjelde uinnskrenket.

Skoghøy har tatt til orde for at rettigheter i design og varemerker må registreres i henholdsvis design- og varemerkeregisteret for at slike rettigheter skal nyte kreditorvern, jf. punkt 6.4.2.⁹⁹⁴ Dette synspunktet har møtt motstand.⁹⁹⁵ For min egen del mener jeg det bør utvises forsiktighet med å tillegge registrering i disse registrene kreditorvern virkninger uten en lovendring. De lovfestede kreditorvernreglene er utpreget positivrettslige, jf. punkt 5.2.3. Det er i utgangspunktet lovgivers oppgave å tillegge et realregister rettsvirkninger overfor kreditorene. Suksessors behov for å kunne innrette seg i tillit til de gjeldende kreditorvernreglene bør vektlegges tyngre enn notoritetshensynet. På denne bakgrunn bør det utvises forsiktighet med å tillegge et rettsregister kreditorvern virkninger uten at dette har hjemmel i lov. Jeg er enig med *Marthinussen* i at notoritetshensynet alene ikke kan være grunnlag for å oppstille rettsvernsregler på ulovfestet grunnlag.⁹⁹⁶

Det foreligger et lovforslag om å tillegge registrering av enkelte typer rettigheter i varemerkeregisteret rettsvirkninger overfor kreditorene.⁹⁹⁷ Forslaget har enda ikke tredd i kraft.⁹⁹⁸ Utviklingen i lovgivningen synes derfor å gå i retning av at avtalen alene ikke vil være tilstrekkelig for å verne erverver av immaterielle rettigheter, men at en rettsregistrering er nødvendig. Dette kan tyde på at immaterielle rettigheter begynner å tilpasse seg de tingsrettslige kollisjonsreglene om rettsregistrering.

⁹⁹³ Prop. 101 L (2013-2014) s. 33, Astrid M. Lund: *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter* s. 14, Erik Wold: «Immaterialrettigheter som dekningsobjekt», *Lov og Rett* nr. 5/2006 (volum 45) s. 272-297, s. 286-287, Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 214 og Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 304.

⁹⁹⁴ Skoghøy: «Pantsettelse av immaterielle rettigheter» s. 935-945 på s. 943 og Skoghøy: *Panterett* s. 78 (petit).

⁹⁹⁵ Se Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 214-215 og s. 283-285 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213-215.

⁹⁹⁶ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 214.

⁹⁹⁷ Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 252, jf. s. 168-170.

⁹⁹⁸ Se den nye varemerkeloven § 56 b i lov 12. juni 2020 nr. 67 om endringer i varemerkeloven og tolloven mv. [trer i kraft fra den tid kongen bestemmer].

7.8 Tolkning av regler om rettsregistrering i lys av rettslige prinsipper fra andre deler av formueretten

Rettslige prinsipper og reelle hensyn har ikke et statisk innhold. Bruken av rettslige prinsipper og reelle hensyn kan variere fra rettsområde til rettsområde.⁹⁹⁹ Innenfor formueretten er det ikke uvanlig at rettslige prinsipper og reelle hensyn fra et rettsområde, ikke nødvendigvis vektlegges på samme måte innenfor et annet rettsområde. Prinsipper og hensyn innenfor spesielle deler av formueretten kan tenkes å yte bidrag til å avgjøre om rettsregistreringsregelen kommer til anvendelse.¹⁰⁰⁰ Ved tolkningen av rettsregistreringsregler kan det, i enkelte tilfeller, oppstå et tolknings spørsmål som er i kontakt med et generelt metodespørsmål: Hvilken vekt kan rettslige prinsipper eller reelle hensyn fra et tilgrensende rettsområde tillegges ved tolkningen av en lovfestet eller ulovfestet rettsregistreringsregel? Rt. 1994 s. 775 og HR-2017-33-A illustrerer hvordan hensyn fra tilgrensende rettsområder kan få betydning for tolkningen av tredjemannsregler.

I Rt. 1994 s. 775 måtte Høyesterett blant annet ta stilling til om panthaver på første prioritet hadde adgang til å opplåne en eksisterende panterett i adkomst dokumenter til en borettslagsleilighet til fortrengsel for panthaver på andre prioritet. Høyesterett formulerte følgende utgangspunkt for adgangen til opplåning:

«For fremtidige krav som er sikret under et skadesløsbrev eller en gjort pantobligasjon, er utgangspunktet at prioriteten i forhold til kolliderende rettsstiftelser regnes fra rettsvernstidspunktet. Senere rettsstiftelser som omfattes av panteretten, får derfor prioritet foran mellomliggende rettsstiftelser som er sikret ved en etterstående panterett.»¹⁰⁰¹

Utgangspunktet talte derfor for at panthaver på første prioritet hadde en tilnærmet uinnskrenket adgang til opplåning. Høyesterett la imidlertid til grunn at utgangspunktet kunne fravikes gjennom avtale mellom panthaver på første prioritet og panthaver på andre prioritet.¹⁰⁰² Det var imidlertid på det rene at det ikke forelå noen eksplisitt avtale mellom panthaverne om at panthaver på første prioritet ikke kunne foreta en opplåning på bekostning av panthaver på

⁹⁹⁹ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 49-51.

¹⁰⁰⁰ Lilleholt omtaler regler om rettighetskollisjoner som «allmenn formuerett», ettersom spørsmål i forbindelse med rettighetskollisjoner «er allmenne for alle typer av formuesgode», se Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 18. Når jeg bruker formuleringen «prinsipper og hensyn fra den spesielle formueretten», sikter jeg derfor til rettslige prinsipper og hensyn som gjelder ved erverv av enkelte typer formuesgoder eller innenfor enkelte avgrensede fagområder i formueretten.

¹⁰⁰¹ Rt. 1994 s. 775 på s. 781.

¹⁰⁰² Rt. 1994 s. 775 på s. 781.

andre prioritet. Likevel mente Høyesterett at det kunne være andre forhold som talte for en begrenset adgang til opplåning. Om dette uttalte Høyesterett at:

«Dersom den foranstående panthaver ikke har en bestemt interesse i å utvide sitt engasjement under pantet, vil det være i strid med det *lojalitetsprinsipp* som må gjelde mellom konkurrerende rettighetshavere om han skal kunne gjøre dette til fortrensel for den prioritet den etterstående panthaver er tilsagt.» [min kursivering]¹⁰⁰³

I sitatet ovenfor la Høyesterett til grunn at foranstående panthaver kan ha en lojalitetsplikt overfor etterstående panthaver til å unnlate og foreta en opplåning. Forutsetningen for at en slik lojalitetsplikt skulle foreligge, var at foranstående panthaver «på en tilstrekkelig klar måte var blitt gjort kjent med» at en opplåning ville føre til at etterstående panthaver ikke fikk sin tilkjente prioritet.¹⁰⁰⁴ Høyesterett la til grunn at foranstående panthaver visste at en opplåning ville føre til at etterstående panthaver ikke ville få den tilkjente prioriteten som avtaleforholdet med pantsetter tilsa.¹⁰⁰⁵ Foranstående panthaver var derfor forpliktet til å motvirke et avtalebrudd mellom panthaver på etterstående prioritet og pantsetter. Ettersom foranstående hadde foretatt en opplåning på bekostning av etterstående panthaver, konkluderte Høyesterett med at etterstående panthaver måtte ha prioritet foran foranstående panthaver hva angikk kausjonsforholdet som var forsøkt opplånet.¹⁰⁰⁶

I tredjemannskonflikter er det liten tradisjon for å bygge på et lojalitetsprinsipp. Tredjemenn trenger vanligvis ikke å forholde seg til avtaler som er inngått *inter partes*. Lojalitetsprinsippet har derfor først og fremst vært fremhevet som et grunnprinsipp innenfor obligasjonsretten, et rettsområde som hovedsakelig regulerer rettighetene og forpliktelsene mellom to avtaleparter.¹⁰⁰⁷ Likevel forankret Høyesterett resultatet i Rt. 1994 s. 775 i blant annet lojalitetsprinsippet.¹⁰⁰⁸ Jeg sier ikke med dette at resultatet var dårlig: En tilnærmet

¹⁰⁰³ Rt. 1994 s. 775 på s. 781.

¹⁰⁰⁴ Rt. 1994 s. 775 på s. 782.

¹⁰⁰⁵ Rt. 1994 s. 775 på s. 782.

¹⁰⁰⁶ For ordens skyld nevnes at Høyesterett åpnet for at en opplåning kunne tillates i enkelte tilfeller, selv om foranstående panthaver visste at dette ville føre til at etterstående panthaver ikke fikk sin tilkjente prioritet. Høyesterett mente dette kunne være aktuelt «blant annet dersom [foranstående panthaver] anser dette nødvendig for å unngå tap», se Rt. 1994 s. 775 på s. 781. Noen slike begrunnelser for opplåningen forelå ikke i saken. Dette kommenteres derfor ikke nærmere her. For en nærmere gjennomgang av vilkårene for opplåning, se Bjørn Løvteit: «Vilkårene for opplåning av pant», *Lov og Rett* nr. 10/2018 (volum 57) s. 625-645.

¹⁰⁰⁷ For en nærmere oversikt over innholdet i det obligasjonsrettslige lojalitetsprinsippet, se Henriette Nazarian: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007, Peter Hallsteinsen: *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018, s. 117-132, Lilleholt: *Kontraktsrett og obligasjonsrett* s. 627-633, Hov og Høgberg: *Obligasjonsrett* s. 34-38, Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 77-81, Haaskjold: *Kontraktsforpliktelse* s. 69-92 og Johan Giertsen: *Kontrakter. Ytelse og pris*, Oslo 2019 s. 9-10.

¹⁰⁰⁸ Høyesteretts henvisning til lojalitetsprinsippet har vært kritisert, se Marthinussen: *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet* s. 318-319 med videre henvisninger.

uinnskrenket adgang til å opplåne på bekostning av etterstående panthaver vil kunne føre til situasjoner hvor etterstående panthaver aldri får anledning til å rykke opp.¹⁰⁰⁹ Rt. 1994 s. 775 illustrerer imidlertid at rettslige prinsipper fra et spesifikt rettsområde i formueretten kan tenkes å få overføringsverdi til andre rettsområder innenfor formueretten.

Det selskaps- og skatterettslige kontinuitetsprinsippet ble i HR-2017-33-A fremhevet som et prinsipp som kunne få betydning for tolkningen av tinglysingsloven § 23, jf. punkt 5.2.3. I det følgende vil jeg først redegjøre nærmere for innholdet i det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet, før jeg deretter vurderer hvordan kontinuitetsprinsippet ble vektlagt av Høyesterett ved tolkning av tinglysingsloven § 23 i HR-2017-33-A.

Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet ble innført gjennom aksjeloven av 1976. I den nåværende aksjeloven fra 1997 fremgår kontinuitetsprinsippet forutsetningsvis av aksjeloven § 13-2 (fusjon) og aksjeloven § 14-2 (fisjon). Det følger av aksjeloven § 13-2 at:

«Sammenslåing av selskaper er undergitt reglene om fusjon i kapitlet her når et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskapets) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet».

Kontinuitetsprinsippet innebærer at en sammenslåing av to selskaper gjennom en fusjon ikke er å regne som en selskapsoverdragelse. Fusjonen medfører i stedet at driften i de to selskapene skal anses som en fortsettelse (kontinuitet) av driften i det overtakende selskapet. Det skjer derfor ingen virksomhetsoverdragelse, men en sammenslåing av de tidligere selskapenes eiendeler, rettigheter og forpliktelser.¹⁰¹⁰ Selskapet som overfører eiendeler, rettigheter og forpliktelser gjennom fusjonen, kalles det overdragende selskap, mens selskapet som mottar eiendeler, rettigheter og forpliktelser gjennom fusjonen, kalles det overtakende selskap.¹⁰¹¹ En selskapsrettslig fusjon er et unntak fra det avtale- og obligasjonsrettslige utgangspunktet om at endringer i kreditorenes posisjon ikke kan skje uten samtykke fra kreditorene (diskontinuitet).¹⁰¹²

Reglene om fisjon følger av aksjeloven § 14-2. Følgende står i bestemmelsen:

¹⁰⁰⁹ Se Skoghøy: *Panterett* s. 220-222 for en nærmere vurdering av situasjoner hvor panthaver ikke vil ha adgang til å gjenopplåne på bekostning av etterstående panthaver.

¹⁰¹⁰ Woxholth: *Selskapsrett* s. 350, Tore Bråthen: *Selskapsrett*, 6. utgave, Oslo 2019, s. 270, Mads Henry Andenæs: *Selskapsrett*, Oslo 2007, s. 248 og Berge og Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A» s. 153.

¹⁰¹¹ Bråthen: *Selskapsrett* s. 271.

¹⁰¹² Woxholth: *Selskapsrett* s. 350.

«Deling av et selskap er undergitt reglene om fisjon i kapitlet her når selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på selskapet selv (det overdragende selskapet) og ett eller flere overtakende selskaper mot at aksjeeierne i det overdragende selskapet får som vederlag

1. aksjer i selskapet eller i ett eller alle av de overtakende selskaper, eller
2. slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget.»

I likhet med fusjon bygger reglene om fisjon på kontinuitetsprinsippet. En selskapsrettslig fisjon bryter følgelig også med den avtale- og obligasjonsrettslige hovedregelen om diskontinuitet.¹⁰¹³ Selskapet som overfører eiendeler, rettigheter og forpliktelser gjennom fisjonen, kalles det overdragende selskap. Selskapet som overtar eiendeler, rettigheter og forpliktelser gjennom fisjonen, kalles det overtakende selskap.

Et av spørsmålene som kan reises ved en selskapsrettslig fusjon og/eller fisjon, er hvilken virkning fusjonen eller fisjonen har for kreditorene til det overtakende og det overdragende selskap. *Tore Bråthen* mener kontinuitetsprinsippet rekkevidde «må prinsipielt avgjøres i relasjon til vedkommende saksområde».¹⁰¹⁴ Reglene i aksjeloven bygger på en forutsetning om «forpliktelseskontinuitet».¹⁰¹⁵ Forpliktelseskontinuitet innebærer at det overtakende selskap tar over posisjonen som debitor for forpliktelser som det overdragende selskap har på fusjons- eller fisjonstidspunktet.¹⁰¹⁶

I HR-2017-33-A måtte Høyesterett vurdere om en eiendomsoverdragelse gjennom fisjon måtte tinglyses for at overtakende selskap skulle etablere vern mot det overdragende selskapets kreditorer. Enkelte teoretikere hadde i forkant av HR-2017-33-A fremhevet at kontinuitetsprinsippet kunne tale for at en hjemmelsoverføring ikke var nødvendig for at det overtakende selskap skulle etablere kreditorvern ved en eiendomsoverdragelse.¹⁰¹⁷ Til inntekt for dette kan det fremheves at hensynene til notoritet ivaretas til en viss grad, selv uten at eiendomsoverdragelsen tinglyses, gjennom de selskapsrettslige fusjons- og fisjonsreglene, se

¹⁰¹³ Woxholth: *Selskapsrett* s. 354.

¹⁰¹⁴ Bråthen: *Selskapsrett* s. 270.

¹⁰¹⁵ Bråthen: *Selskapsrett* s. 270.

¹⁰¹⁶ Bråthen: *Selskapsrett* s. 270.

¹⁰¹⁷ Se for eksempel Anders H. Liland: *Fusjon og fisjon av selskaper*, Oslo 2016 s. 33 hvor han skriver at: «I forholdet mellom det overdragende og overtakende selskap er det uten betydning om det overtakende selskap trer inn i formelle posisjoner. Formentlig er det heller ikke nødvendig med formell hjemmelsoverføring for at det overtakende selskap skal ha rettsvern i forhold til det overdragende selskaps kreditorer.»

for eksempel reglene om fisjon- og fusjonsplan, kreditorvarsel og kreditorinnsigelser i aksjeloven §§ 13-6, 13-14, 13-15, 14-4 og 14-7.¹⁰¹⁸ I tillegg kan et mer formalistisk argument fremheves: En fusjon og en fisjon kan ikke anses som en rettighetsoverføring på grunn av kontinuitetsprinsippet, og det oppstår derfor heller ingen ny rettsstiftelse som må beskyttes mot et kreditorbeslag.¹⁰¹⁹

Høyesterett konkluderte i HR-2017-33-A med at faste eiendommer som er ervervet gjennom fisjonsoverdragelser, må tinglyses for at det overtakende selskapet skal etablere vern mot kreditorene til det overdragende selskapet. Høyesterett vektla derfor ikke det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet ved vurderingen av spørsmålet om kreditorvern ved fisjon.

Høyesterett tok imidlertid også stilling til hvorvidt to av eiendommene, som ble ervervet av konkursdebitor gjennom en fusjon, måtte tinglyses for å være beskyttet fra det overdragende selskaps kreditorer. Som fremhevet i punkt 2.2, konkluderte Høyesterett med at det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet fikk gjennomslag ved erverv av fast eiendom gjennom fusjon. Konsekvensen var at det overtakende selskap ikke trengte å tinglyse ervervet av de faste eiendommene for å etablere kreditorvern for ervervet.

Hans Fredrik Marthinussen har stilt seg kritisk til Høyesteretts anvendelse av det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet i HR-2017-33-A.¹⁰²⁰ Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet ble, etter *Marthinussens* skjønn, tillagt for liten vekt av Høyesterett ved drøftelsen av om en fisjonsoverdragelse rammes av tinglysingsloven § 23. *Marthinussen* påpeker at Høyesterett synes å være motstridende i sin anvendelse av det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet, ettersom kontinuitetsprinsippet kom til anvendelse ved fusjonsoverdragelser.¹⁰²¹ Om Høyesteretts anvendelse av kontinuitetsprinsippet skriver *Marthinussen* følgende:

«Kontinuitetsprinsippet leder til at det ikke blir riktig å si at Nye Sønnichsen aldri har eid eiendommene. Disse eiendommene ble opprinnelig eid av Gamle Sønnichsen, og dette selskapet er videreført, og inngår dermed som en del av, Nye Sønnichsen. En slik tilnærming må imidlertid etter mitt syn nødvendigvis lede til at eiendommene som ble

¹⁰¹⁸ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene*, 1. utgave Oslo 2016 s. 182 (petit) og Marthinussen: «Forusstranda» s. 76.

¹⁰¹⁹ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene*, 1. utgave Oslo 2016 s. 182 (petit) og Marthinussen: «Forusstranda» s. 79-85.

¹⁰²⁰ For ordens skyld nevnes at Marthinussen i forkant av HR-2017-33-A hadde gitt uttrykk for at han mente at erverv av fast eiendom gjennom fisjon ikke var rammet av tinglysingsloven § 23 første ledd, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene*, 1. utgave, Oslo 2016 s. 182

¹⁰²¹ Marthinussen: «Forusstranda» s. 78-85.

fisjonert ut til Sønn Eiendom, ikke kan beslaglegges av konkursboet. Sønn Eiendom må da anses som en videreføring av det gamle selskapet og de tidligere rettighetsposisjonene over i det nye selskapet, ikke som en overdragelse som krever rettsvernsakt.»¹⁰²²

På denne bakgrunn konkluderer *Marthinussen* med følgende:

«Kontinuitet drøftes ikke grundig, men i forbindelse med fusjon tas momentet i hvert fall opp og brukes aktivt som argument for beslag. På dette punktet er det derfor etter min mening størst grunn til å følge Høyesterett. Hva gjelder betydningen av kontinuitetsprinsippet ved fisjon, virker det som om Høyesterett feilaktig legger til grunn at dette spørsmålet inngår i spørsmålet om hvordan 'rett som er stiftet ved avtale' skal tolkes. Når Høyesterett helt overser problemstillingen, og resultatet står i direkte motstrid til begrunnelsen som gis i forbindelse med fusjonsdrøftelsen, er det mest fristende å legge til grunn at resultatet, hva gjelder beslagsrett som følge av mangelfull tinglysning av at eiendommer er fisjonert ut i nytt selskap, ikke kan være uttrykk for gjeldende rett. Det er opplagt en dristig konklusjon, men jeg ser ingen metodisk akseptabel måte å begrunne det resultatet Høyesterett lander på. Her har Høyesterett selv skapt et stort behov for ytterligere avklaring.»¹⁰²³

Jeg er enig med *Marthinussen* i at Høyesterett kunne vært mer prinsipiell i sin drøftelse av kontinuitetsprinsippet betydning ved tolkningen av tinglysningsloven § 23. Som nevnt innledningsvis i dette punktet, er bruk av rettslige prinsipper fra den spesielle formueretten ved tolkningen av rettsvernsbestemmelser et spørsmål som er av metodisk interesse.

For ordens skyld kan det nevnes at Justisdepartementet i Rundskriv G-06/2005 la til grunn at dokumentavgift ikke måtte betales ved fisjonsoverdragelser av fast eiendom.¹⁰²⁴ Dokumentavgift er en skattemessig særavgift som utløses ved overdragelse av grunnbokshjemmelen, se nærmere om dette i punkt 7.14.1. Justisdepartementet mente at fusjons- og fisjonsoverdragelser som bygger på kontinuitetsbetraktninger, ikke skulle anses som hjemmelsoverføringer som utløste plikt til å betale dokumentavgift. *Marthinussen* mener at selv om slike rundskriv vanligvis ikke tillegges særlig rettskildemessig vekt, kan rundskrivet

¹⁰²² *Marthinussen*: «Forusstranda» s. 88.

¹⁰²³ *Marthinussen*: «Forusstranda» s. 95.

¹⁰²⁴ Rundskrivet kan leses her: www.regjeringen.no/no/dokumenter/rundskriv-g-062005/id109516/ (link sist sjekket 29. oktober 2020). Fusjons- og fisjonsoverdragelser som gjennomføres med skattemessig kontinuitet har gjennom forskrift vært fritatt fra dokumentavgiften siden budsjettåret 2016, se FOR-2015-12-14-1570 kap. 5565 post 70 § 2 bokstav k.

danne grunnlag for en bransjepraksis som må tillegges rettskildemessig vekt.¹⁰²⁵ Jeg er ikke enig i at rundskrivet burde tillegges rettskildemessig vekt ved tolkningen av tinglysningsloven § 23. Rundskrivet behandler kun behovet for å betale dokumentavgift ved overdragelser som bygger på selskapsrettslig kontinuitet, og inneholder ingen merknader om rettsvernsvirkningene av å unnlate tinglysning. Det legges det til grunn i rundskrivet, under henvisning til rundskriv G-37/90, at «det må være tilstrekkelig at fusjonen blir registrert i grunnboken ved notering av bekreftelse fra Foretaksregisteret om at foretaket er innfusjonert i et annet». Rundskrivet legger opp til at fusjons- og fisjonsoverdragelser både kan og bør tinglyses i grunnboken, selv om en slik registrering ikke utløser noen dokumentavgift. Notoriteten til overdragelsen vil ikke være fullgod før en slik registrering skjer. Dersom rundskrivet hadde ment at en registrering bare hadde formelle virkninger, og ikke virkninger for tredjemenn, ville det vært svært nærliggende å presisere det.¹⁰²⁶

Etter mitt syn ville Høyesterett vært tjent med å forankre tolkningsresultatet i HR-2017-33-A tydeligere i hensynet til å motvirke kreditorskadelige disposisjoner. Høyesterett kunne konstatert at selv om det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet kan tale for at tinglysningsloven § 23 ikke kommer til anvendelse ved fisjonsoverdragelser, må hensynet til å motvirke kreditorsvik medføre at kontinuitetsprinsippet ikke tillegges vekt ved tolkningen av om tinglysningsloven § 23 kommer til anvendelse ved fisjonsoverdragelser. Fisjonsoverdragelser vil kunne brukes til å tappe et selskaps for midler. Høyesterett kunne deretter drøftet om en fusjonsoverdragelse kan brukes til å gjennomføre kreditorsvik. Etter mitt skjønn er så ikke tilfellet. En fusjon bidrar ikke til å unndra midler fra dekning, men bidrar snarere til å øke dekningsmassen til debitor ved å slå sammen to eller flere selskaper.¹⁰²⁷ Det er derfor lite betenkelig å vektlegge kontinuitetsprinsippet ved tolkning av tinglysningsloven § 23 når overdragelsen skjer gjennom en fusjon.

HR-2017-33-A illustrerer hvilken betydning Høyesterett tillegger rettslige prinsipper fra den spesielle formueretten ved tolkningen av lovfestede kreditorvernregler. Dersom et rettslig prinsipp fra den spesielle formueretten taler for en løsning som bryter med de legislative hensyn som ligger til grunn for kreditorvernreglene, synes Høyesterett å legge større vekt på hensynene bak kreditorvernreglene enn rettslige prinsipper fra den spesielle formueretten. I HR-2017-33-

¹⁰²⁵ Se Marthinussen: «Forusstranda» s. 81-83 med henvisning til blant annet Rt. 1966 s. 857.

¹⁰²⁶ Se i samme retning Berge og Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A» s. 156. Se i motsatt retning Marthinussen: «Forusstranda» s. 83 (petit).

¹⁰²⁷ At en fusjon samtidig kan medføre en økning av antallet kreditorer som dekningsmassen må fordeles på, er en annen sak.

A medførte dette at hensynet til å unngå kreditorsvik og hensynet til koherens ble vektlagt på bekostning av det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet ved drøftelsen av hvorvidt en fusjonsoverdragelse av fast eiendom måtte tinglyses for å etablere kreditorvern.

Dersom et rettslig prinsipp *ikke* bryter med de hensynene som gjør seg gjeldende for den lovfestede kreditorvernregelen, synes Høyesterett å være mer villig til å vektlegge rettslige prinsipper fra den spesielle formueretten ved tolkningen av kreditorvernreglene. I HR-2017-33-A medførte dette at Høyesterett vektla kontinuitetsprinsippet ved drøftelsen av hvorvidt fusjonsoverdragelser av fast eiendom måtte tinglyses.

Hvilken vekt som kan tillegges rettslige prinsipper og hensyn fra den spesielle formueretten ved tolkningen av kreditorvernregler, er et viktig emne som burde vært viet større oppmerksomhet. *Marthinussen* har gitt et nyttig bidrag til denne diskusjonen med sin kritikk av HR-2017-33-A.¹⁰²⁸ For min egen del ser jeg både fordeler og ulemper med måten Høyesterett anvender kontinuitetsprinsippet i HR-2017-33-A. På den ene side medfører Høyesteretts anvendelse av kontinuitetsprinsippet at Høyesterett viderefører tidligere praksis ved å slå hardt ned på disposisjons typer som potensielt kan åpne for kreditorsvik.

På den annen side kan rettslige prinsipper fra den spesielle formueretten ivareta verneverdige hensyn som rettsvernsreglene ikke tar innover seg. Hensynet til å motvirke kreditorsvik står for eksempel ikke sentralt ved utforming og tolkning av obligasjonsrettslige regler. Her er det andre prinsipper og hensyn som vektlegges, som for eksempel lojalitet i kontraktsforhold, risikofordeling og forbrukerhensynet. Disse hensynene kan ha legitime siktemål som i liten grad ivaretas i møte med kreditorvernregler. Kreditorvernreglene blir derfor lite fleksible når hensyn og prinsipper fra andre rettsområder ikke vektlegges i tolkningsrunden. Den manglende fleksibiliteten kan føre til at kreditorvernreglene oppfattes som urimelige i møte med tilgrensende rettsområder.

7.9 Bortfall av kreditorvern

7.9.1 Bortfallsregler

Tinglysningslovens §§ 20 og 23 oppstiller ingen tidsbegrensning for kreditorvernet som etableres gjennom tinglysing. Dersom kreditorvern etableres gjennom rettsregistrering, vil vernet derfor som utgangspunkt bestå helt til rettigheten fjernes fra rettsregisteret. For enkelte typer rettigheter er det naturlig at vernet ikke tidsbegrenses. Eiendomsrettigheter er ikke gjenstand

¹⁰²⁸ Marthinussen: «Forusstranda» s. 95.

for foreldelse.¹⁰²⁹ Tradisjonelt kan dette forklares med at eiendomsretten utgjør en *tinglig rettighet* som, til motsetning fra *obligatoriske krav*, ikke er gjenstand for foreldelse.¹⁰³⁰ I dag tillegges en slik betraktning mindre verdi, jf. punkt 4.5. Det er tilstrekkelig å påpeke at en eiendomsrett ikke er en «fordring» etter foreldelsesloven § 1 første ledd. Det ville gitt dårlig sammenheng dersom eiendomsretten til en fast eiendom ikke var gjenstand for foreldelse, mens tredjemannsvernet bortfalt etter en viss tidsperiode.

Enkelte rettigheter skal etter sitt innhold bare hvile på formuesgodet i en tidsbegrenset periode. Tinglysingsloven §§ 28-30 inneholder regler om bortfall av rettsvirkningene av tinglysing for enkelte tidsbegrensede rettigheter. Tilsvarende bortfallsregler finnes i sjøloven § 30, luftfartsloven § 3-34 og borettslagsloven § 6-14.

Hovedregelen om bortfall av rettsvirkningene av tinglysing følger av tinglysingsloven § 28, hvor følgende fremgår:

«Dersom en tinglyst heftelse ikke skal hvile på eiendommen for alltid, bortfaller den virkning av tinglysingen som er nevnt i §§ 20 og 23, når det er gått 30 år etterat heftelsen blev tinglyst, og den ikke er tinglyst på ny før den nevnte frist utløper.

For pantedokument til offentlige innretninger, legater eller stiftelser gjelder dog ikke dette såfremt det innen utløpet av fristen blir tinglyst melding fra styret om at panteheftelsen ikke er innfridd.

For å avbryte fristen i første ledd må den nye tinglysingen inneholde en uttrykkelig gjentakelse av den opprinnelige rettsstiftelsen. Som uttrykkelig gjentakelse av rettsstiftelsen regnes forhøyelse av beløpet i et pantedokument.»

Bestemmelsen i tinglysingsloven § 28 har til formål å sørge for at grunnboken holdes oppdatert. Rettighetsstiftelser som etter alle solemerker ikke skal hefte på eiendommen lenger, bør slettes fra grunnboken.¹⁰³¹ Av denne grunn er det utarbeidet en regel om at tinglyste heftelser bortfaller 30 år etter tinglysingen dersom rettigheten ikke skal være evigvarende, jf. tinglysingsloven § 28 første ledd. På dette punkt er reglene i luftfartsloven og sjøloven ulik fra tinglysingsloven. Etter luftfartsloven er fristen for bortfall 10 år etter at dokumentet ble dagbokført, jf.

¹⁰²⁹ Anne Cathrine Røed: *Foreldelse av fordringer. Kommentarer til foreldelsesloven og foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen. Bind I*, 4. utgave, Oslo 2019 s. 126 og Von Eyben: *Forældelse efter forældelsesloven af 2007* s. 106.

¹⁰³⁰ Kjørven m.fl.: *Foreldelse av fordringer* s. 55-56.

¹⁰³¹ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 327.

luftfartsloven § 3-34 tredje ledd. Etter sjøloven bortfaller virkningen av registrering 20 år etter registrering i skipsregisteret, jf. sjøloven § 30 første ledd første punktum.

Rettsvirkningen av bortfall etter tinglysningsloven § 28 første ledd er at «virkningen av tinglysingen» bortfaller. Selv om virkningen av tinglysning bortfaller, vil det bero på en tolkning av det underliggende rettsforholdet om forholdet består *inter partes*. Bortfallet vil imidlertid føre til at rettighetshaver mister sitt kreditorvern dersom bortfallsregelen i tinglysningsloven § 28 kommer til anvendelse. Kreditorerne kan dermed ekstingvere en tinglyst rettighet som er bortfalt etter tinglysningsloven § 28, selv om rettigheten ikke er slettet fra grunnboken. Sletting er ikke noe vilkår for bortfall av tinglysningsvirkningene etter tinglysningsloven § 28.¹⁰³²

Det er ikke uvanlig at bortfallsreglene i tinglysningsloven omtales som «foreldelse av rettsvern».¹⁰³³ Bruk av ordet «foreldelse» er etter mitt skjønn uheldig ettersom ordet henleder tanken til foreldelsesloven. Det er klart at rettsvern ikke er en formuesrettighet som er gjenstand for foreldelse etter foreldelsesloven, jf. foreldelsesloven § 1. Jeg bruker derfor terminologien «bortfall av rettsvern».

Det er tre vilkår som må oppfylles for at rettsvernet til en tinglyst rettighet skal bortfalle etter tinglysningsloven § 28. Det første vilkåret er at den tinglyste heftelsen «ikke skal hvile på eiendommen for alltid». Hvorvidt en heftelse skal hvile på eiendommen for alltid, må baseres på en tolkning av stiftelsesgrunnlaget.¹⁰³⁴

Det andre vilkåret som må oppfylles for bortfall etter tinglysningsloven § 28, er at det har gått 30 år siden rettigheten ble tinglyst. Det er som tidligere nevnt ikke nødvendig at rettigheten faktisk er slettet fra grunnboken for at rettsvernsvirkningen skal bortfalle etter tinglysningsloven § 28, selv om kartverket av eget tiltak skal slette heftelser som har mistet tinglysningsvirkningen, jf. tinglysningsloven § 31 første ledd.

Det tredje vilkåret som må oppfylles for at tinglysningsloven § 28 skal komme til anvendelse, er at rettigheten ikke er «tinglyst på ny» før utløpet av 30-årsfristen. Rettighetshaver bør gis en anledning til å avbryte bortfallet av rettsvirkningene av tinglysning i de tilfeller rettigheten fortsatt er aktuell ved utløpet av 30-årsfristen. Dersom heftelsen blir retinglyst, begynner en ny

¹⁰³² Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysning* s. 327-328 og s. 358 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 640.

¹⁰³³ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysning* s. 327 og s. 330 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 640.

¹⁰³⁴ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysning* s. 333.

30-årsfrist å løpe.¹⁰³⁵ Dersom rettsvernsvirkningen til en rettighet har bortfalt etter tinglysingsloven § 28, kan rettigheten tinglyses på nytt, men får da prioritet fra tidspunktet da den nye tinglysingen skjedde.

For ordens skyld nevnes at tinglysingsloven §§ 29 og 30 oppstiller noen særregler om bortfall av rettsvern for rettigheter som skal vare ut rettighetshavers levetid, rettigheter med minstetid, panterettigheter og utleggspant. Disse reglene gjennomgås ikke nærmere her, men det kan nevnes at reglene modifierer tidspunktet for bortfall av rettsvern for disse typene rettigheter.

Berg og Bråthen-Otterbech har fremhevet *de lege ferenda* at behovet for en bortfalls- og slettingsregel neppe er like presserende etter innføringen av elektronisk grunnbok som den gang da grunnboken ble ført manuelt.¹⁰³⁶ Dette begrunnes med at «dagens praktiske registreringsrutiner og utvidede søkemuligheter i den elektroniske grunnboka» gjør reglene om bortfall og sletting unødvendige.¹⁰³⁷

Det er lett å være enig med *Berg og Bråthen-Otterbech* i at det er enklere å orientere seg i grunnboken i dag. Jeg er imidlertid ikke like sikker på at bortfallsreglene har utspilt sin rolle. Det kan oppstå situasjoner hvor rettsvernet av en tinglyst rettighet har bortfalt, men hvor rettigheten ikke er slettet, jf. tinglysingsloven § 31 første ledd som legger ansvaret med sletting til Statens kartverk. For omsetningsserververe vil bortfallsreglene spille en mindre rolle. Vilkåret til aktsom god tro i tinglysingsloven § 21 første ledd kan gjøre det vanskelig for konkurrerende omsetningsserververe å ekstingvere en rettighet hvor rettsvernet kanskje har bortfalt, men ikke blitt slettet. Ekstinksjonspretendenten får bare bedre prioritet dersom han eller hun ikke kjente til den tinglyste rettigheten som har mistet rettsvernet etter tinglysingsloven §§ 28-30.¹⁰³⁸ Ekstinksjonspretendenten kan vanskelig være i aktsom god tro dersom den konkurrerende rettigheten ikke er slettet fra grunnboken.

For kreditorene vil imidlertid bortfallsreglene i tinglysingsloven §§ 28-30 fortsatt spille en viktig rolle. God tro er verken et relevant hensyn eller vilkår for ekstinksjon. Registerføreren skal av eget tiltak slette heftelser når de har falt bort, jf. tinglysingsloven § 31 første og annet ledd. Alternativt kan heftelser slettes dersom det tinglyses bevis for at heftelsen er falt bort, eller gjennom at en samtykkeerklæring fra den berettigede tinglyses, jf. tinglysingsloven § 32

¹⁰³⁵ Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 339 og Austenå, Harbek og Solem: *Tinglysingsloven med kommentarer*, 9. utgave, Oslo 1990 s. 224.

¹⁰³⁶ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 328-329.

¹⁰³⁷ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 328-329.

¹⁰³⁸ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 320-331.

første ledd. Det kan fort oppstå en situasjon hvor rettigheter har mistet sin rettsvernsvirkning, men ikke er slettet fra grunnboken. I slike tilfeller vil reglene i tinglygingsloven §§ 28-30 gi kreditorene anledning til å foreta en kreditorekstinksjon, selv om rettigheten ikke er slettet fra grunnboken. Den tilsvarende adgangen til kreditorekstinksjon ville ikke eksistert uten bortfallsreglene. Bestemmelsene i tinglygingsloven §§ 28-30 er derfor fortsatt av rettslig betydning for kreditorenes beslagsadgang.

7.9.2 Bortfall av aksessorisk rettsvernshevd gjennom klanderverdig passivitet

Hevdede rettigheter er unntatt kravet om tinglysing, jf. punkt 7.4.3. Det stilles ingen krav om at slike rettigheter må tinglyses, selv om hevderen har blitt klar over at den hevdede rettigheten utgjør et hull i grunnbokens troverdighet. *Gunnar Eriksen og Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech* har imidlertid drøftet om rettsvernet som etableres gjennom tinglygingsloven § 21 annet ledd annet punktum, kan bortfalle i enkelte tilfeller som følge av klanderverdig passivitet fra hevdspretendentens side.¹⁰³⁹ *Eriksen* nevner tre tilfeller hvor rettsvernet til en hevdet rettighet kan tenkes bortfalt.¹⁰⁴⁰ Felles for tilfellene som fremheves av *Eriksen*, er at «hevder kunne ha tinglyst, og burde ha gjort dette».¹⁰⁴¹

Til støtte for at hevdede rettigheter kan bortfalle som følge av klanderverdig passivitet fra hevderens side, viser *Eriksen* til Rt. 1974 s. 710. Dommen omhandlet hvorvidt rettsvernet for en statlig forkjøpsrett etter jordloven § 13 kunne bortfalle som følge av manglende tinglysing, jf. tinglygingsloven § 21 annet ledd første punktum. Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var hvorvidt en slik forkjøpsrett hadde rettsvern uten tinglysing for en ubegrenset tid, eller om forkjøpsretten måtte tinglyses innen et gitt tidspunkt etter at den var utløst for at rettsvernet skulle bestå. Det er verdt å bemerke at dommen *ikke* relaterer seg til hvorvidt rettsvernet for en hevdet rettighet kunne bortfalle som følge av manglende tinglysing, jf. tinglygingsloven § 21 annet ledd annet punktum.

Faktum i Rt. 1974 s. 710 var at et småbruk ble kjøpt av A for kr 9.500,- i juli 1963. A fikk tinglyst skjøtet på eiendommen 10. september 1963. Den 11. november 1963 besluttet fylkeslandbruksstyret å utløse statens lovfestede forkjøpsrett etter jordloven § 13. Forkjøpsretten ble utløst før utløpet av lovens frist. A nektet å medvirke til overdragelsen av eiendommen. Staten tok ut stevning 14. august 1964 med påstand om at A skulle utferdige

¹⁰³⁹ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 271 og Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 168-173.

¹⁰⁴⁰ Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 168-170.

¹⁰⁴¹ Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 170.

skjøte for kr 9.500,-. Staten vant frem i både tingretten og lagmannsretten. Etter at anken til Høyesterett ble nektet fremmet 23. april 1968, ble dommen tinglyst på eiendommen 12. oktober 1968.

Før forkjøpsretten ble utløst av staten 11. november 1963, pantsatte A eiendommen til fordel for B med et pålydende på kr 20.000,-. Pantobligasjonen til B ble overdratt til C 19. desember 1964. Etter at A hadde misligholdt sine låneforpliktelser, begjærte C eiendommen solgt på tvangsauksjon 28. oktober 1970. Vinneren av tvangsauksjonen, D, fikk tilslag på å kjøpe eiendommen for kr 32.000,-. Budet ble stadfestet av namsretten og det ble lagt til grunn at Cs panterett hadde bedre prioritet enn statens forkjøpsrett. Staten gikk til sak for å få namsrettens kjennelse opphevet. Det ble fra statens side anført at eiendommen ikke kunne selges uten at kjøper overtok den utløste forkjøpsretten til staten som en heftelse på eiendommen. Staten begrunnet sitt standpunkt med at den utløste forkjøpsretten måtte anses som en lovbestemt rett som hadde rettsvern uten tinglysing, jf. tinglysningsloven § 21 annet ledd første punktum.

Høyesteretts domspremisser i Rt. 1974 s. 710 var knappe. Høyesterett fastslo at statens forkjøpsrett etter den dagjeldende jordlova § 13 var en lovbestemt rett som i utgangspunktet ikke måtte tinglyses for å etablere rettsvern, jf. tinglysningsloven § 21 annet ledd første punktum. Problemstillingen som Høyesterett tok stilling til i Rt. 1974 s. 710, var derfor «om dette vern varer for en mer ubestemt tid, eller om rettighetshaveren på ett eller annet tidspunkt må gå til tinglysing for å bevare rettsvernet».¹⁰⁴²

Førstvoterende mente at ordlyden i tinglysningsloven § 21 annet ledd første punktum ikke ga anvisning på et tidsbegrenset rettsvern. Likevel syntes alle rettighetene som fikk vern uten tinglysing «å være av den karakter at de skal avvikles i løpet av forholdsvis kort tid».¹⁰⁴³ Dette inkluderte også statens forkjøpsrett etter jordloven § 13, som ga fylkeslandbruksstyret en frist på tre måneder til å utløse forkjøpsretten. Løsningen i saken måtte derfor bero på «en avveining mellom to i og for seg berettigede hensyn - jordlovens formål på den ene side og grunnbøkens troverdighet på den annen side».¹⁰⁴⁴

Førstvoterende la til at «[d]et er mulig at man bør stille det krav at det offentlige skal sørge for tinglysing uten unødige opphold etter at forvaltningsvedtaket er truffet».¹⁰⁴⁵ Førstvoterende fant likevel ikke grunn til å ta standpunkt til om et slikt krav kunne stilles til det offentlige, ettersom

¹⁰⁴² Rt. 1974 s. 710 på s. 714.

¹⁰⁴³ Rt. 1974 s. 710 på s. 714.

¹⁰⁴⁴ Rt. 1974 s. 710 på s. 714.

¹⁰⁴⁵ Rt. 1974 s. 710 på s. 714-715.

«staten senest da den gikk til søksmål i august 1964, [måtte] ha foretatt tinglysning eller på annen måte sikret seg mot hjemmelshaverens disposisjoner [mitt innskudd]». ¹⁰⁴⁶ Det hadde gått nesten ni måneder fra forkjøpsretten i jordloven § 13 ble gjort gjeldende og til staten reiste søksmål. Konklusjonen var følgelig at rettsvernet til staten hadde falt bort.

Eriksen mener dommen gir uttrykk for enkelte «generelle synspunkter på innholdet og omfanget av unntaksregelen om rettsvern uten tinglysning». ¹⁰⁴⁷ *Eriksen* mener at Rt. 1974 s. 710 gir uttrykk for at når en lovfestet rettighet går «over fra å være latent til reell», bør ikke rettighetshaver med den lovfestede rettigheten stilles sterkere enn andre rettighetshavere. ¹⁰⁴⁸ Ut fra sammenheng forstår jeg *Eriksen* dithen at den lovfestede rettigheten blir reell når det blir klart for rettighetshaveren at vilkårene er oppfylt for å utløse den lovfestede rettigheten. På dette tidspunkt har rettighetshaveren med den lovfestede rettigheten en aktivitetsplikt til å sørge for at rettigheten blir tinglyst innen en uspesifisert tidsfrist. Dersom slik tinglysing ikke skjer, kan rettigheten potensielt tapes. ¹⁰⁴⁹

Hevdede rettigheter må ikke aktualiseres ved at rettighetshaveren velger å benytte seg av hevdservervet. Hevdservervet er fullbyrdet fra og med tidspunktet vilkårene for hevd er oppfylt, jf. hevdslova § 2 første ledd. Rettsvernet inntreer fra samme øyeblikk, jf. tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum. Hevdede rettigheter har derfor en litt annen karakter enn den lovfestet forkjøpsretten som Høyesterett behandlet i Rt. 1974 s. 710. Det kan også stilles spørsmål ved om den aktivitetsplikten som Høyesterett oppstilte overfor staten, også kan oppstilles overfor privatpersoner som velger å gjøre en lovfestet rett gjeldende. Høyesterett påpekte spesifikt at det offentlige var rettighetshaveren i Rt. 1974 s. 710. *Eriksen* strekker kanskje prejudikatverdien til Rt. 1974 s. 710 litt langt når han skriver at dommen inneholder «generelle synspunkter på innholdet og omfanget av unntaksregelen om rettsvern uten tinglysing». ¹⁰⁵⁰

Jeg er likevel enig med *Eriksen* i at hensynene bak tinglysingslovens regler kan tale for at rettsvernet for hevdede rettigheter kan bortfalle ved passivitet. Dersom hevderen har fått bevisst kunnskap om hevdservervet, og med viten og vilje venter svært lenge eller unnlater å ta skritt for å tinglyse ervervet, holder hevderen bevisst åpent et skår i grunnbokens troverdighet. Den

¹⁰⁴⁶ Rt. 1974 s. 710 på s. 715.

¹⁰⁴⁷ *Eriksen*: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 172.

¹⁰⁴⁸ *Eriksen*: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 173.

¹⁰⁴⁹ Se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 214-215, *Eriksen*: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 173 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 267.

¹⁰⁵⁰ *Eriksen*: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 172.

som bevisst holder skår i grunnboken åpen, risikerer *vanligvis* å tape overfor både konkurrerende omsetningsserververe og kreditorer. Et bortfall av rettsvern vil imidlertid ikke skje automatisk, ettersom et slikt bortfall må stadfestes gjennom en dom.

Høyesterett har i HR-2017-33-A fremsatt noen uttalelser som kanskje kan være av betydning for adgangen til å tape rettsvern for en hevdet rett gjennom klanderverdig passivitet. Dommen omhandlet hvorvidt rettsvern var etablert etter den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd, og ikke hvorvidt rettsvern for en hevdet rettighet hadde bortfalt. Drøftelsen om selvstendig rettsvernshevd i HR-2017-33-A omtales nærmere under punkt 7.12. I forbindelse med drøftelsen av om erverver hadde etablert rettsvern gjennom selvstendig rettsvernshevd, fastslo Høyesterett at erververen ikke hadde etablert rettsvern gjennom selvstendig rettsvernshevd på bakgrunn av at erververen «bevisst [hadde] unnlatt å tinglyse sitt erverv».¹⁰⁵¹ HR-2017-33-A har ikke direkte overføringsverdi til spørsmålet om hevdet rettsvern kan bortfalle ved klanderverdig passivitet. Likevel viste Høyesterett til dommen inntatt i Rt. 1974 s. 710 som et støtteargument for resultatet, og uttalte blant annet at Rt. 1974 s. 710 ga uttrykk for at «regler om rettsvern uten tinglysing ikke gis en videre rekkevidde enn hensynene bak unntaksreglene tilsier».¹⁰⁵² HR-2017-33-A kan derfor tenkes å bygge på en tanke om at unntak fra tinglyskravet ikke bør komme til anvendelse dersom erverver bevisst holder et skår i grunnbokens troverdighet åpen.

Høgetveit Berg og *Bråthen-Otterbech* mener det ikke er grunnlag for at rettsvern for hevdede rettigheter kan bortfalle som følge av passivitet. De begrunner standpunktet med at «[h]ovedregelen i norsk rett er at tinglige rettigheter ikke faller bort ved passivitet».¹⁰⁵³ Dette utdypes med at forarbeidene ikke åpner for bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet, samt at de ikke ser noen grunn til «at bortfall av rettsvern ved passivitet bør behandles annerledes enn spørsmålet om å kreve tinglysing».¹⁰⁵⁴

Det kan rettes to innsigelser mot argumentasjonen til *Høgetveit Berg* og *Bråthen-Otterbech*. For det første synes de å legge til grunn at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter ikke lenger er relevant i norsk rett gjennom følgende uttalelse:

¹⁰⁵¹ HR-2017-33-A, avsnitt 57.

¹⁰⁵² HR-2017-33-A, avsnitt 62.

¹⁰⁵³ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 271.

¹⁰⁵⁴ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 271-272.

«Tinglysingsvirkningen omtales gjerne som ‘tredjemannsvernet’. Disse reglene skiller ikke mellom ‘tinglige rettigheter’ og ‘obligatoriske krav’». ¹⁰⁵⁵

Argumentasjonen til *Høgetveit Berg* og *Bråthen-Otterbech* fremstår litt sprikende når de hevder at tinglige rettigheter ikke bortfaller ved passivitet, men samtidig fremholder at skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter ikke er av betydning for rettsvernsregler. Etter mitt skjønn illustrerer argumentasjonen til *Høgetveit Berg* og *Bråthen-Otterbech* at sontringen mellom tinglige rettigheter og obligatoriske krav ikke nødvendigvis kan avfeies som irrelevant i enhver sammenheng.

For det andre er jeg ikke nødvendigvis enig i at bortfall av rettsvern som følge av klanderverdig passivitet kan omtales som tap av en tinglig rettighet, forutsatt at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter vektlegges. Det må skilles mellom rett og rettsvern. ¹⁰⁵⁶ Jeg er enig med *Høgetveit Berg* og *Bråthen-Otterbech* i at rettigheten som hevdes, for eksempel en eiendomsrett, ikke kan bortfalle som følge av at hevderen forholder seg passiv til tinglysingen. Det som imidlertid drøftes her, er om *rettsvernet* kan bortfalle som følge av klanderverdig passivitet, og ikke selve rettigheten. Rettsvern er ikke en egen formuesrettighet. ¹⁰⁵⁷ Jeg synes derfor det er lite treffende å omtale rettsvern som en tinglig rett.

For min egen del mener jeg rettsvernet til en hevdet rett bør kunne bortfalle som følge av klanderverdig passivitet fra hevders side. Klanderverdigheten må ses i lys av hensynet til å ivareta grunnbokens troverdighet, og det må derfor først og fremst være tilfeller hvor hevderen bevisst eller uaktsomt lar være å tinglyse en hevdet rettighet at passivitetsvirkningene kan tenkes å inntre. ¹⁰⁵⁸ Overføringsverdien til Rt. 1974 s. 710 er lav og løsningen må derfor først og fremst bygge på at tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum ikke bør åpne for at skår i grunnboken bevisst kan holdes åpent. Løsningen kan ikke anses å være sikker *de lege lata*.

7.9.3 Bortfall av kreditorvern i tilbehør til luftfartøy

Det følger av luftfartsloven § 3-23 annet ledd at innehaver av registerhjemmelen i et luftfartøy har hjemmel til motorer, propeller, utstyr, instrumenter og annet tilbehør til fartøyet, med mindre registeret utpeker noen andre som berettiget til tilbehøret. Luftfartsloven § 3-23 tredje ledd utdyper hjemmelsinnehavers rett til luftfartøyets tilbehør. Av tredje ledd fremgår det at

¹⁰⁵⁵ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 236.

¹⁰⁵⁶ Jeg tolker Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 234-235 i retning av at de også skiller mellom rett og rettsvern.

¹⁰⁵⁷ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 207.

¹⁰⁵⁸ Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 174-175.

hjemmelsinnehavers rett til tilbehøret ikke faller bort «om tingene midlertidig blir skilt fra fartøyet». Tredje ledd åpner for tolknings spørsmål: Hvor lenge må tilbehøret være skilt fra fartøyet for at fraskillelsen ikke lenger skal anses å være «midlertidig»? Om dette har forarbeidene uttalt at:

«Er et fly pantsatt, vil panteretten omfatte dets motorer, og panteretten hviler på motorene også mens de eventuelt er fjernet fra flyet for reparasjon e.l.»¹⁰⁵⁹

På bakgrunn av forarbeidsuttalelsen er det ikke tvilsomt at alminnelig vedlikehold og reparasjon av tilbehør ikke vil medføre noe bortfall av hjemmelsinnehavers rettighet i tilbehøret. Forarbeidene til luftfartsloven har imidlertid identifisert at bortfallsproblematikken kan stille seg annerledes dersom motoren eller annet tilbehør inngår i et såkalt rotasjonssystem. Med rotasjonssystem forstås at et flyselskap har flere fly av samme type/serie som kan anvende den samme typen motor eller annet tilbehør.¹⁰⁶⁰ Når en motor må vedlikeholdes e.l. sendes den til et verksted. Når vedlikeholdsarbeidet er fullført, settes motoren inn i et fly som trenger den, alternativt blir motoren satt på lager som reservedel. Flyene ruller derfor på å bruke de motorene som er tilgjengelige til enhver tid. Også annet tilbehør enn motorer kan tenkes å inngå i et rotasjonssystem.¹⁰⁶¹ Forarbeidene fremhever at bruk av slike rotasjonssystemer er alminnelig for flyselskaper av «noen størrelse», og det fremheves at motorer og visse andre kostbare komponenter til luftfartøyer i stor utstrekning kan sies «å leve sitt eget liv».¹⁰⁶²

I forarbeidene fremheves det at motorer som inngår i et rotasjonssystem, vanskelig kan sies å bli fjernet fra et fly «midlertidig».¹⁰⁶³ Etersom motoren ofte har en høy verdi, drøftes det derfor om det kan tenkes en ordning hvor registerhaver har rettigheter i motoren som til enhver tid befinner seg i flyet, eventuelt at flymotorer og annet tilbehør gjøres til en egen registerenhet.¹⁰⁶⁴ Begge forslag ble forkastet. Det var uklart om det praktiske liv ville finne seg tjent med slike ordninger, og ordningen ville muligens komme i strid med Norges internasjonale konvensjonsforpliktelser.¹⁰⁶⁵ Det ble derfor ikke inntatt noen særregler om motorer og annet tilbehør som inngår i et rotasjonssystem i luftfartsloven.

¹⁰⁵⁹ NOU 1991:18 s. 27.

¹⁰⁶⁰ NOU 1991:18 s. 18.

¹⁰⁶¹ NOU 1991:18 s. 18.

¹⁰⁶² NOU 1991:18 s. 18-19.

¹⁰⁶³ NOU 1991:18 s. 18.

¹⁰⁶⁴ NOU 1991:18 s. 19-20.

¹⁰⁶⁵ NOU 1991:18 s. 19-20.

I etterkant av ikrafttredelsen av luftfartsloven har det blitt utviklet en internasjonal konvensjon med tilhørende protokoll om sikkerhet i mobilt løsøre, Cape Town-konvensjonen fra 2001. Denne konvensjonen har blitt inkorporert i norsk rett hva angår konvensjonens bestemmelser om luftfartsløsøre, jf. lov av 12. november 2010 nr. 58 om internasjonale sikkerhetsretter i mobilt løsøre § 1. Det følger av Cape Town-konvensjonen artikkel 2 nr. 3 bokstav a at luftfartsløsøre som omfattes av konvensjonen, er «airframes, aircraft engines and helicopters».

I Cape Town-konvensjonen opprettes det et internasjonalt rettighetsregister for mobilt løsøre, jf. artikkel 16. Det er her viktig å understreke at registeret *ikke* er et eierregister, men et register for panterrettigheter og lignende sikkerhetsretter, jf. konvensjonens artikkel 16 nr. 1 bokstav a-e.¹⁰⁶⁶ Registeret er organisert som et realregister, og formuesgodene som skal registreres i registeret, må kunne identifiseres, jf. konvensjonens artikkel 7 bokstav c, jf. protokollens artikkel 7. Rettigheter som er registrert i det internasjonale registeret for mobilt løsøre, får prioritet foran uregistrerte rettigheter, selv om rettighetshaver er i ond tro med hensyn til allerede eksisterende, uregistrerte, rettigheter, jf. artikkel 29 nr. 1 og nr. 2. Registrering i det internasjonale rettighetsregisteret for mobilt løsøre etablerer også kreditorvern overfor konkursbo, jf. artikkel 30 nr. 1.

Selv om panterrettigheter i flyskroget, flymotoren og helikoptre kan registreres i det internasjonale registeret for mobilt løsøre, kan rettigheter i slike gjenstander fortsatt registreres i luftfartøyregisteret. I den grad det foreligger rettigheter som er registrert i det internasjonale registeret, vil disse rettighetene ha forrang foran konkurrerende rettigheter som er registrert i luftfartøyregisteret, jf. luftfartsloven § 3-53. Det innebærer for eksempel at en panthaver som har registrert sin panterett i det internasjonale registeret, får prioritet foran en konkurrerende panthaver som registrerte sin panterett i luftfartøyregisteret, selv om panthaver i luftfartsregisteret var først ute med å registrere sin panterett, se Falkanger: «Tvangsrealisasjon i Norge av luftfartøy og rettigheter i luftfartøy» s. 124-125.

Dersom tilbehør som inngår i et rotasjonssystem ikke er registrert i det internasjonale registeret for mobilt løsøre, oppstår det spørsmål om kreditorene til hjemmelsinnehaver kan beslaglegge tilbehør som inngår i et rotasjonssystem. I det følgende fremsettes noen betraktninger om kreditorenes beslagsadgang i tilbehør til luftfartøy som *ikke* er registrert i det internasjonale registeret for mobilt løsøre. Drøftelsen tar utgangspunkt i motorer som inngår i et rotasjonssystem, selv om de samme betraktningene også vil gjelde for øvrig tilbehør som inngår i et rotasjonssystem.

Dersom en motor fjernes fra flyet så lenge at motoren ikke kan anses å være fjernet «midlertidig», vil rettsvernet til innehaver av registerhjemmelen bortfalle. Dette gjelder selv

¹⁰⁶⁶ Se Thor Falkanger: «Tvangsrealisasjon i Norge av luftfartøy og rettigheter i luftfartøy» i *Marlus* nr. 451 (2015) s. 103-104 og s. 107-108, innledende kommentar til lov om internasjonal sikkerhet i mobilt løsøre på www.rettsdata.no av Jens Edvin A. Skoghøy (sist sjekket 22. mai 2019) og Prop. 153 LS (2009-2010) s. 10.

om motoren fortsetter å være i besittelsen til det samme flyselskapet etter at motoren er fjernet fra flyet. Hjemmelsinnehavers underliggende eiendomsrett til motoren vil imidlertid ikke bortfalle. Mest problematisk vil et eventuelt rettsvernsbortfall være for en panthaver som har en panterrett i luftfartøyet. Pantekravet vil ikke bortfalle, men rettsvernet til panterrettigheten i motoren bortfaller. En panterrett uten rettsvern vil være uten verdi.¹⁰⁶⁷

Luftfartsregisteret er i stor grad tillagt rettslig troverdighet.¹⁰⁶⁸ Det bør derfor være mulig for potensielle rettighetshavere å kunne forholde seg til at hjemmelsinnehaver i luftfartsregisteret har rett til luftfartøyet med tilbehør. Det vil for eksempel kunne være en svært ubehagelig overraskelse for en panthaver dersom det viser seg at motoren som panthaveren trodde inngikk i luftfartøyet, viser seg å ha bortfalt på grunn av at motoren er fjernet fra fartøyet som følge av at motoren inngår i hjemmelshavers rotasjonssystem. Hensynet til luftfartøyregisterets rettslige troverdighet kan derfor tale for at det skal mye til for at rettsvernet til tilbehør i et luftfartøy faller bort som følge av rotasjon.

Ordlyden og forarbeidsuttalelsene til luftfartsloven synes ganske entydig å peke i retning av at motorer som inngår i et rotasjonssystem, ikke kan anses å være midlertidig fjernet fra luftfartøyet. Dette underbygges også av spesialitetsprinsippet, jf. punkt 5.3.5. Prinsippet om spesialitet taler for at hjemmelshaver i luftfartsregisteret bør kunne identifisere *hvilken* motor som midlertidig er fjernet fra flyet for at rettsvernet skal opprettholdes. Dersom hjemmelshaver kan beholde rettsvernet i en motor som har blitt inkorporert i et annet luftfartøy, vil det være svært vanskelig å konstatere hvilken motor som følger med det enkelte flyet. En mulig måte å spesifisere hvilken motor som inngår som tilbehør til det enkelte luftfartøyet, er at det følger av luftfartøyregisteret hvilket serienummer som motoren til flyet har.¹⁰⁶⁹ Ordlyden i luftfartsloven § 3-23 tredje ledd taler imidlertid mot at hjemmelshaver kan beholde rettsvernet i motoren etter at den er satt inn i et nytt fly, selv om serienummeret følger av luftfartøyregisteret.

På denne bakgrunn synes det nærliggende å konkludere med at motorer som inngår i et rotasjonssystem, ikke kan anses å være «midlertidig» fraskilt et luftfartøy, jf. luftfartsloven § 3-23 tredje ledd. Kreditorerne til hjemmelsinnehaveren kan følgelig ikke beslaglegge en flymotor som inngår i et rotasjonssystem etter at motoren er fjernet fra luftfartøyet.

¹⁰⁶⁷ Skoghøy: *Panterett* s. 183.

¹⁰⁶⁸ Falkanger: «Tvangsrealisasjon i Norge av luftfartøy og rettigheter i luftfartøy» s. 14-15.

¹⁰⁶⁹ Se NOU 1991:18 s. 27.

Når hjemmelshavers rettsvern i motoren har falt bort som følge av at det inngår i et rotasjonssystem, må motoren regnes som alminnelig løsøre. Ettersom hjemmelshavers eiendomsrett til motoren ikke er bortfalt, vil hjemmelshavers alminnelige kreditorer kunne ta beslag i motoren i kraft av dekningsloven § 2-2 frem til motoren overdras til noen andre som har etablert kreditorvern for ervervet. Motoren kan tenkes å inngå som en del av hjemmelshavers driftstilbehørpant. I så tilfelle vil innehaver av driftstilbehørspantet kunne ha en vernet panterett i motoren etter at den har blitt tatt ut av flyet, jf. punkt 7.6.1.

7.10 Hus på fremmed grunn

Tematikken «hus på fremmed grunn» kan gi opphav til en rekke ulike rettslige problemstillinger.¹⁰⁷⁰ Med «hus på fremmed grunn» forstås at noen har oppført et hus på en grunn som tilhører noen andre, uten at huseieren har noen tinglyst rettighet til å ha huset på grunnen (som for eksempel en festeavtale). Huset og grunnen tilhører følgelig ulike rettighetshavere.

Det er ikke tvilsomt at huseiers kreditorer kan ta beslag i et hus som er oppført på fremmed grunn, se Rt. 2002 s. 1353. Hus på fremmed grunn kan fungere som et dekningsobjekt for huseiers kreditorer selv om det er usikkert om huseier i fremtiden kan få en rett til grunnen.¹⁰⁷¹ Grunneier kan ikke motsette seg et kreditorbeslag fra huseiers kreditorer.

Dersom kreditorene til grunneieren beslaglegger eiendommen som huset står på, kan det oppstå en rettighetskollisjon mellom grunneiers kreditorer og huseieren. I teorien har det vært lagt til grunn at kreditorene til grunnbokshjemmelshaver ikke kan ekstingvere et bygg som er oppført på fremmed grunn.¹⁰⁷² Det er imidlertid antatt at kreditorene kan ta beslag i grunnen som huset står på, med den konsekvens at huseier må fjerne huset.¹⁰⁷³ Spørsmålet som drøftes i det følgende, er hvordan denne rettighetskollisjonen mellom grunneiers kreditorer og huseieren skal avgjøres.

Huseieren kan ha ervervet en eiendomsrett til et hus som er oppført på fremmed grunn gjennom et originært erverv. Dette vil være tilfellet i situasjoner hvor huset er oppført av, eller i regi av, huseieren.¹⁰⁷⁴ Huseierens eiendomsrett til huset kan også være ervervet gjennom et derivativt

¹⁰⁷⁰ Se nærmere om hvilke ulike problemstillinger denne tematikken kan gi opphav til i Thor Falkanger: «Hus på fremmed grunn», *Jussens Venner* nr. 03/1988 (volum 68) s. 75-91.

¹⁰⁷¹ Rt. 2002 s. 1353 på s. 1356: «At boligen per i dag ikke har et formalisert festeforhold, betyr etter utvalgets oppfatning ikke uten videre at den er verdiløs som dekningsobjekt.»

¹⁰⁷² Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 203 og Falkanger: «Hus på fremmed grunn» s. 85.

¹⁰⁷³ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 203.

¹⁰⁷⁴ Falkanger/Falkanger: *Tinglysing* s. 700,

ervert. Et eksempel kan være at huseieren har kjøpt et ferdighus som bare skal monteres når det kommer frem til eiendommen. Selv om huseieren dermed utvilsomt har ervervet en eiendomsrett til selve huset, vil ikke huseieren ha ervervet grunnen som huset står på.¹⁰⁷⁵ Eiendomsretten til selve huset tilhører huseieren, mens eiendomsretten til grunnen som huset står på, tilhører grunneieren. Et nærliggende rettslig spørsmål er om tinglysingsloven åpner for at grunnbokshjemmelshavers kreditorer kan ekstingvere huseierens eiendomsrett til huset.

Tinglysingsloven § 15 første ledd omhandler tilsynelatende grunnbokshjemmelshavers legitimasjon til å råde over bygninger som befinner seg på eiendommen. Det følger av tinglysingsloven § 15 første ledd at:

«Den som har grunnbokshjemmel til en eiendom, har også grunnbokshjemmel til dens enkelte deler, derunder bygninger som er eller blir oppført på eiendommen, medmindre grunnboken utpeker en annen som berettiget til disse.»

Ordlyden i tinglysingsloven § 15 taler for at grunnbokshjemmelshaver av eiendommen ikke bare vil ha grunnbokshjemmelen til selve grunnen, men også til bygg som er oppført på grunnen, herunder bygg som er oppført av andre enn hjemmelshaveren. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til tinglysingsloven § 15 at det aldri var meningen at bestemmelsen skulle regulere de materielle rettslige sidene av å ha grunnbokshjemmelen til eiendommen.¹⁰⁷⁶ Det legges videre til grunn i forarbeidene at det vanskelig kan tenkes et rettslig grunnlag for en kreditorstinksjon av et hus som er oppført på hjemmelshavers grunn, ettersom legitimasjon og god tro ikke kan danne grunnlag for et kreditorbeslag.¹⁰⁷⁷

Forarbeidene til tinglysingsloven § 15 er fra en tid da feilaktige opplysninger i grunnboken var vanligere enn i dag, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 197-198. I dag er det sjelden at eiendomsforholdene som fremgår av grunnboken er feilaktig. Grunnbokens troverdighet taler med styrke for en adgang til godtroekstinksjon av hus på fremmed grunn, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 195-198, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 700-701, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 222-223 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 313-314. Hvorvidt en godtroekstinksjon kan hjemles gjennom en analogi av tinglysingsloven § 27, eller om en slik ekstinksjon må skje på ulovfestet grunnlag, har vært diskutert, se Aage Thor Falkanger: «Omsetning og kreditt 3 og 4» (bokanmeldelse) s. 60-62. Hensynet til grunnbokens troverdighet spiller en beskjeden rolle ved etableringen av en ulovfestet adgang til kreditorstinksjon, ettersom et kreditorbeslag ikke kan skje på bakgrunn av legitimasjon. Diskusjonene om godtroerververs ekstinksjonsadgang i hus på fremmed grunn har derfor liten overføringsverdi til spørsmålet om kreditorstinksjon.

¹⁰⁷⁵ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 543-544 og Ot.prp.nr. 30 (1967-1968) s. 6 med henvisning til NUT 1969:4 s. 10.

¹⁰⁷⁶ Ot.prp.nr 9 (1935) s. 31.

¹⁰⁷⁷ Ot.prp.nr 9 (1935) s. 31: «[A]t retten til huset er utinglyst, [kan] selvsagt ikke bevirke at A's kreditorer kan legge beslag på det».

Enkelte bestemmelser i tinglysingsloven og lov om hendelege eigedomshøve kan potensielt yte bidrag til å løse interessekonflikten som oppstår når huset og grunnen tilhører forskjellige rettssubjekter. Disse reglene undersøkes nærmere i det følgende.

Dersom noen bygger et hus på en annens eiendom, kan det tenkes at huseier kan vinne en eiendomsrett eller en festerett til grunnen gjennom reglene om hevd, jf. hevdsloven § 1 første og annet ledd. Dersom vilkårene for hevd av grunnen er oppfylt, vil huseieren utvilsomt være vernet mot grunneierens kreditorer, jf. tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum og tinglysingsloven § 23.¹⁰⁷⁸ Huseieren kan også tenkes å være vernet mot kreditorene til grunneieren selv om bruken har et gyldig, men utinglyst, rettsgrunnlag, se nærmere om den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd i punkt 7.12.

Lov om hendelege eigedomshøve regulerer tilfeller hvor løsøreting er inkorporert på fremmed grunn. Lov om hendelege eigedomshøve § 8 omhandler tilfeller hvor løsøreting er «bruka til bygging på framand grunn». Etter bestemmelsen får grunneieren «retten til alt som lyt reknast for oppbruka eller som ikkje kan skiljast ifrå att utan for stor skade og kostnad». Det vil vanligvis være vanskelig å fjerne materialer fra et hus som er bygd på fremmed grunn uten store skader og kostnader. Tap av retten til materialer som inngår i huset vil føre til en tap av retten til selve huset. Lov om hendelege eigedomshøve § 8 kan derfor komme til anvendelse i tilfeller hvor noen har oppført et hus for egen regning på en annens eiendom. Den som taper rett etter lov om hendelege eigedomshøve § 8, får et vederlagskrav mot grunneieren som er begrenset til «verdet av det som er tilført eigedomen», jf. lov om hendelege eigedomshøve § 10. HR-2017-2064-A illustrerer at lov om hendelege eigedomshøve kan komme til anvendelse når et hus er oppført på grunnen til noen andre enn huseieren.

I HR-2017-2064-A hadde en mann etter avtale oppført en hytte på en tomt som tilhørte kjæresten. Mannen oppførte hytten helt og holdent for egen regning og innsats. Kort tid etter at hytta var ferdig oppført, tok kjæresteforholdet slutt. Ca. åtte år etter at forholdet tok slutt, tok mannen ut stevning mot ekskjæresten. Mannen påstod blant annet at han var eneeier av hytta, og at han hadde krav på å la hytta bli stående på ekskjærestens tomt på grunnlag av reglene om punkt feste i tomtfesteloven § 5 annet ledd. Høyesterett mente lov om hendelege eigedomshøve kom til anvendelse i saken, selv om sammenblandingen ikke hadde skjedd gjennom en misforståelse eller feil.¹⁰⁷⁹ Høyesterett konkluderte med at grunneieren hadde oppnådd

¹⁰⁷⁸ HR-2017-33-A, avsnitt 53.

¹⁰⁷⁹ HR-2017-2064-A, avsnitt 52-57.

eiendomsrett til hytta som følge av at eierforholdene ikke var avklart mellom partene, og som følge av at hytta ikke kunne fjernes uten stor skade og kostnad, jf. lov om hendelege eigedomshøve § 8.¹⁰⁸⁰ Vederlagskravet som hadde oppstått etter lov om hendelege eigedomshøve § 10 var foreldet. Dommen knesetter at lov om hendelege eigedomshøve § 8 kan komme til anvendelse selv om huset har blitt oppført på fremmed grunn etter avtale. Selv om ordet «hendeleg» kan tale for at loven er avgrenset til å gjelde i tilfeller hvor sammenblandingen skyldes en feil eller misforståelse, skal ikke lovens tittel forstås bokstavelig på dette punkt.¹⁰⁸¹

I den grad lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer til anvendelse når et hus er oppført på fremmed grunn, vil det få betydning for beslagsadgangen til grunneiers kreditorer. Huset vil «tilhøre» grunneieren dersom lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer til anvendelse, og huset kan derfor utvilsomt beslaglegges av grunneierens kreditorer, jf. dekningsloven § 2-2. Huseier vil til gjengjeld ha et vederlagskrav som kan gjøres gjeldende mot grunneier eller grunneiers konkursbo, jf. lov om hendelege eigedomshøve § 10.¹⁰⁸² Dersom et hus bygd på fremmed grunn er gjenstand for et kreditorbeslag, må det prejudisielt avgjøres om lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer til anvendelse. I den grad lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer til anvendelse, vil huset inngå som en del av eiendommen til grunneier. Kreditorerne til grunneier vil følgelig kunne beslaglegge huset.

I de tilfellene verken tinglysningsloven § 21 annet ledd annet punktum, naboloven § 11 første ledd annet punktum eller lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer til anvendelse, vil som tidligere nevnt utgangspunktet være at kreditorerne til grunneier kan ta beslag i grunnen, men ikke huset. *Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech* mener at kreditorerne kan pålegge huseieren å fjerne huset som står på fremmed grunn gjennom å ta beslag i grunnen.¹⁰⁸³ Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv kan en slik løsning være uhensiktsmessig. Dersom huset må fjernes som følge av at det har oppstått en rettighetskollisjon mellom huseier og grunneiers kreditorer som ikke lar seg løse på annet vis, vil kreditorbeslaget av eiendommen kunne føre til et verdispille.¹⁰⁸⁴ Et slikt resultat kan virke støtende i enkelte tilfeller, særlig dersom husbygger

¹⁰⁸⁰ HR-2017-2064-A, avsnitt 61.

¹⁰⁸¹ Det er litt overraskende at Høyesterett drøftet hvorvidt lov om hendelege eigedomshøve kunne komme til anvendelse i tilfeller hvor husoppføringen ikke skyldtes en feil eller misforståelse. Høyesterett hadde allerede i Rt. 2013 s. 1560 lagt til grunn at lov om hendelege eigedomshøve kom til anvendelse når sammenblandingen ikke skyldtes en feil eller misforståelse, se Rt. 2013 s. 1560, avsnitt 37 og HR-2017-2064-A, avsnitt 56.

¹⁰⁸² En forutsetning er at vederlagskravet ikke er foreldet. En annen sak er at et slikt vederlagskrav vil kunne være lite verdt dersom grunneier har gått konkurs.

¹⁰⁸³ *Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: Tinglysing* s. 203.

¹⁰⁸⁴ Se til sammenligning tomtefesteloven § 40 første ledd første punktum: «Dersom borttaking etter [tomtefesteloven] § 39 vil føre til at verdier går til spille i utrengsmål, kan både festaren og bortfestaren få rett til

ikke kan klandres for at huset er oppført på fremmed grunn. Som en mulig løsning kan det kanskje tenkes at selvstendig rettsvernshevd i noen få og snevre unntakstilfeller kan verne husbygger mot et kreditorbeslag fra grunneiers kreditorer, se nærmere om selvstendig rettsvernshevd i punkt 7.12.

7.11 Kan et konkursbeslag ekstingveres gjennom godtroekstinksjon?

I det følgende punkt skal jeg drøfte om det kan tenkes at et konkursbeslag kan ekstingveres av en godtroende omsetningsserverver. Det er følgelig ikke snakk om hvorvidt et konkursbo å gjennomføre en sikringsakt for at kreditorekstinksjon skal inntreffe. Det er lite tvilsomt at et konkursbo som hovedregel *ikke* trenger å gjennomføre en sikringsakt for at kreditorekstinksjon skal inntre, jf. punkt 7.5.2. Forutsetningen for drøftelsen er at formuesgodet som er gjenstand for godtroekstinksjon er et realregistrerbart formuesgode. Utgangspunktet for drøftelsen tas i tinglysningslovens regler. Innledningsvis kan det poengteres at godtroende omsetningsserverver *har* adgang til å ekstingvere et konkursbeslag i enkelte formuesgoder som ikke er realregistrerbare. Etter godtroervervloven § 1 første ledd første punktum vil for eksempel konkursdebitor fortsatt være legitimert til å råde over løsøretingen etter konkursåpningen med ekstinktive virkninger for boet.¹⁰⁸⁵ Dersom boet ønsker å forhindre at konkursdebitor fremstår som legitimert til å råde over løsøregjenstanden, må bostyrer ta løsøregjenstanden i forvaring, jf. konkursloven § 80 annet ledd.

Ettersom konkursdebitor ikke har rett til å råde over boets eiendeler etter konkursåpningen, jf. konkursloven § 100, krever en eventuell godtroekstinksjon av boets beslag hjemmel. Verken konkursloven § 100, tinglysningsloven § 23, sjøloven § 25 eller luftfartsloven § 3-31 gir hjemmel for godtroekstinksjon av et konkursbeslag.¹⁰⁸⁶ Utgangspunktet synes derfor å være at det ikke er adgang til å foreta en godtroekstinksjon av et realregistrerbart formuesgode som er beslaglagt av et konkursbo.¹⁰⁸⁷ Dette utgangspunktet kan imidlertid nyanseres.

Tinglysningsloven § 23 regulerer hva som skal til for at rettigheter som er stiftet ved avtale «skal kunne stå seg overfor konkurs». Det er minst to måter bestemmelsen kan tolkes på. Den ene måten tinglysningsloven § 23 kan tolkes på er at bestemmelsen uttømmende regulerer forholdet

å krevje at bortfestaren tek over hus og faste tilskipingar mot vederlag.» Se også HR-2019-1784-A hvor Høyesterett fastslo at vilkåret «i utrensmål» i tomtefesteloven § 40 første ledd første punktum ikke bare måtte vurderes på bakgrunn av de økonomiske forholdene ved fjerningen, men også partenes egeninteresser, se særlig avsnitt 55-56.

¹⁰⁸⁵ Andenæs: *Konkurs* s. 31-32.

¹⁰⁸⁶ NOU 1972:20 s. 168-169.

¹⁰⁸⁷ Ot.prp. nr. 9 (1935) s. 39. For en kritikk av dette utgangspunktet, se Røsæg: *Fire kjetteriske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom* s. 260-265.

mellom konkursboet og konkurrerende rettighetshavere: Dersom konkurrerende rettighetshaver *ikke* har tinglyst sin rettighet i grunnboken senest dagen før konkursåpningen, har ikke konkurrerende rettighetshaver etablert vern mot konkursbeslaget, og kan heller ikke ekstingvere konkursbeslaget gjennom en etterfølgende tinglysing. *Lilleholt* synes å gi uttrykk for at tinglysingsloven § 23 må forstås på denne måten:

«Etter at konkursen er opna hos A, har han ikkje lenger rett til å råde over dei formuesgoda som er omfatta av konkursbeslaget (konkurslova § 100 første ledd). Skulle han likevel lykkast i å disponere etter konkursopninga, må ein eventuell rett for medkontrahenten byggje på reglar om godtruerverv.

For fast eigedom kan ikkje avtaleervervar B vinne rett i denne situasjonen. Vi kan sjå det slik at dette følgjer av reglane om at avtaleerverv må vera registrert seinast dagen før konkursopninga for å stå seg i konkurs (tinglysingslova § 23), men vi kan like gjerne sjå det slik at det ikkje er gjeve nokon regel om godtruerverv, og at konkursboets rett har vern utan registrering.»¹⁰⁸⁸

Konsekvensen av *Lilleholts* tolkningen av tinglysingsloven § 23 er at tinglysing ikke er nødvendig for å verne konkursboet mot en etterfølgende godtroekstinksjon, jf. punkt 2.2. Boets beslag kan følgelig ikke ekstingveres gjennom et etterfølgende godtroerverv. *Lilleholts* tolkning av tinglysingsloven § 23 er kanskje den mest nærliggende når ordlyden leses isolert. *Lilleholts* tolkning synes også å være den rådende måten bestemmelsen tolkes på.¹⁰⁸⁹ I forarbeidene til tinglysingsloven fremheves det at faren for kreditorsvik ville blitt for høy dersom det ble åpnet for godtroekstinksjon av et konkursbeslag.¹⁰⁹⁰

Tinglysingsloven § 23 *kan* imidlertid tolkes på en annen måte enn den tolkningen som blant annet *Lilleholt* har lagt til grunn ovenfor. Formuleringen «stå seg» i tinglysingsloven § 23 retter seg mot rettigheter som allerede er stiftet på konkursåpningstidspunktet. Tinglysingsloven § 23 kan derfor hevdes å regulere konkursboets adgang til å ekstingvere rettigheter som er stiftet i forkant av konkursåpningen, men ikke adgangen til å foreta en godtroekstinksjon av konkursbeslaget. Dersom tinglysingsloven § 23 tolkes på denne måten, kan det drøftes om bestemmelsen overhode inneholder en regulering av adgangen til å ekstingvere et konkursbeslag. Denne tolkningen av tinglysingsloven § 23 har vært fremhevet som en mulig

¹⁰⁸⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 193. Tilsvarende også i Lilleholt: *Godturerverv og kreditorvern* s. 51.

¹⁰⁸⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 211, NOU 1972:20 s. 169 og Ot.prp. nr. 9 (1935) s. 39.

¹⁰⁹⁰ Ot.prp. nr. 9 (1935) s. 39.

tolkning av *Marthinussen*, selv om han konkluderer med at tinglysingsloven § 23 antakeligvis «må forstås slik at den stenger for at godtroende erverver kan ekstingvere konkursbeslaget».¹⁰⁹¹

Det kan likevel tenkes situasjoner hvor tinglysingsloven §§ 20 eller 27 synes å åpne for godtroekstinksjon av et konkursbeslag. For å illustrere dette poenget, kan det tas utgangspunkt i en situasjon hvor konkursdebitor utstyres noen med en *proforma* grunnbokshjemmel i forkant av et konkursbeslag. Dersom konkursbeslaget foretas i etterkant av proformaoverdragelsen, vil eiendommen kunne beslaglegges av konkursboet: Proformaoverdragelser står seg ikke mot kreditorene, jf. punkt 5.3.4. Det kan imidlertid tenkes at den som sitter med en *proforma* grunnbokshjemmel klarer å overdra grunnbokshjemmelen til en aktsomt godtroende tredjemann, før konkursboet rekker å tinglyse konkursbeslaget, jf. konkursloven § 79 annet ledd nr. 3. Denne konflikten *kan* minne om en hjemmelsmannskonflikt, forutsatt at konkursboet anses som en hjemmelsmann i stedet for at konkursboet anses som konkursdebitors suksessor. Konkursboet har gjennom konkursbeslaget trådt inn i debtors rettighetsposisjon. Overfor boet vil derfor *proforma* grunnbokshjemmelshaver inneha rollen som legitimasjonshaver, og den godtroende omsetningsserververen vil inneha rollen som ekstinksjonspretendent. Spørsmålet som oppstår er derfor om tinglysingsloven § 27 åpner for en godtroekstinksjon av konkursbeslaget.¹⁰⁹²

Tinglysingsloven § 27 avskjærer hjemmelsmannens adgang til å påberope seg at grunnbokshjemmelen til legitimasjonshaver skyldes et «ugyldig dokument» overfor en aktsomt godtroende erverver. Selv om ordlyden «ugyldig dokument» passer dårlig i tilfeller hvor legitimasjonshaver har fått en *proforma* grunnbokshjemmel av hjemmelshaver (grunnbokshjemmelen er frivillig og gyldig overdratt fra hjemmelshaver), er det bred enighet i teorien om at aktsomt godtroende tredjemann *kan* ekstingvere en proformainnsigelse fra hjemmelsmannen, enten gjennom en direkte anvendelse av tinglysingsloven § 27, eller gjennom en analogisk anvendelse av bestemmelsen.¹⁰⁹³

Ettersom tinglysingsloven § 23 vanligvis forstås slik at bestemmelsen oppstiller en uttømmende regulering av forholdet mellom konkursboet og konkurrerende rettighetshavere, jf. ovenfor, kan

¹⁰⁹¹ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 118-120 (sitatet er hentet fra side 120).

¹⁰⁹² For ordens skyld nevnes at det kan tenkes situasjoner hvor tinglysingsloven § 20, jf. § 21, hjemler en godtroekstinksjon av et konkursbeslag, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 122. Dette omtales ikke nærmere her, ettersom problemstillingen også i dette tilfellet vil være om tinglysingsloven § 23 skal tolkes dithen at bestemmelsen sperrer for godtroekstinksjon av et konkursbeslag, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 122.

¹⁰⁹³ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 121, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 682-683 og Brækhus: *omsetning og kreditt 3 og 4* s. 194. For ordens skyld nevnes at avtaleloven § 34 også gir hjemmel for å ekstingvere proformainnsigelser fra hjemmelsmannen, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 194.

det hevdes at godtroende omsetningsserverver ikke kan påberope seg tinglysingsloven § 27 overfor konkursboet. Konkursåpningen fungerer som en giljotin for aktsomt godtroende erververs ekstinksjonsadgang: Erverver *må* tinglyse sitt erverv senest dagen før boåpningen. En etterfølgende tinglysing vil ikke åpne for ekstinksjon av konkursbeslaget. Faren for kreditorsvik kan tale for en slik forståelse av tinglysingsloven § 23. Det er kanskje nettopp i situasjoner hvor konkursdebitor har utstyrt noen med en *proforma* grunnbokshjemmel at faren for forsøk på å unndra midler fra et kreditorbeslag er størst.¹⁰⁹⁴

Den alternative tolkningen av tinglysingsloven § 23, nemlig at bestemmelsen *ikke* oppstiller en uttømmende regulering av adgangen til å ekstingvere et konkursbeslag, åpner for at tinglysingsloven § 27 kan hjemle en godtroekstinksjon av konkursbeslaget. Det er ikke tvilsomt at konkursdebitor i forkant av konkursbeslaget risikerer at proformainnsigelsen ekstingveres av en godtroende omsetningsserverver etter tinglysingsloven § 27. Debitor løper følgelig en kontinuerlig ekstinksjonsrisiko utenfor konkurs. Ettersom konkursboet i utgangspunktet ikke får noen bedre rett enn debitor etter dekningsloven § 2-2, vil det kunne hevdes at boet overtar konkursdebitors usikrede rettighetsposisjon. I så fall ville boet risikere en godtroekstinksjon etter tinglysingsloven § 27 frem til konkursbeslaget tinglyses.¹⁰⁹⁵ Omsetningshensynet og hensynet til grunnbokens troverdighet kan tale for en slik løsning. Godtroende omsetningsserverver har få muligheter til å avdekke at legitimasjonshaver bare har en *proforma* grunnbokshjemmel.¹⁰⁹⁶ Det kan også ta tid før konkursboet avdekker at konkursdebitor er den reelle eieren av eiendommen, og deretter får tinglyst konkursbeslaget. *Proforma* hjemmelshaver kan dermed fremstå legitimert en god stund etter konkursåpningen.¹⁰⁹⁷ Dette kan imidlertid også tale mot at tinglysingsloven § 27 kommer til anvendelse overfor konkursboet: Konkursdebitor og *proforma* grunnbokshjemmelshaver kan ha god tid til å gjennomføre den kreditorskadelige disposisjonen, noe som øker faren for kreditorsvik.

Sannsynlighetene for at et tilfelle som her diskuteres skal oppstå, er i praksis liten. Et forsøk på kreditorsvik fra konkursdebitor forutsetter en overdragelse av grunnbokshjemmelen i to ledd, noe som vil være vanskelig å gjennomføre før konkursboet får tinglyst at konkursen er åpnet, jf. konkursloven § 79 annet ledd nr. 3. Dersom et slikt unntakstilfelle oppstår i praksis, vil kreditorene til den opprinnelige grunnbokshjemmelshaver trolig være godt rustet til å dekke

¹⁰⁹⁴ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 122-123.

¹⁰⁹⁵ I denne retning, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 123, Falkanger/Falkanger: *Tinglysing* s. 682 (fotnote 1616) og Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 159.

¹⁰⁹⁶ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 123.

¹⁰⁹⁷ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 123.

tapet som en manglende beslagsadgang vil medføre. Kreditorerne til den opprinnelige hjemmelshaveren vil ofte være profesjonelle kredittgivere som har anledning til å prise inn ekstinksjonsrisikoen i sine lånevilkår, mens omsetningsserververen kan få hele privatøkonomien ødelagt ved en eventuell kreditorekstinksjon. Etter mitt skjønn vil sannsynlighetene for at et slikt proformatifelle inntreer være så små, at ekstinksjonsrisikoen neppe vil føre til dyrere lånevilkår hos profesjonelle kredittgivere. Forarbeidsuttalelsene til tinglysingsloven er imidlertid såpass klar, at det etter mitt skjønn er høyst usikkert om tinglysingsloven § 27 kan føre til en godtroekstinksjon av et kreditorbeslag *de lege lata*.

De to ulike tolkningene av tinglysingsloven § 23 som er presentert ovenfor kan kanskje avdekke et metodisk poeng. Bestemmelsen kan ses på som en regulering av suksesjonskonflikten mellom et konkursbo og suksessor. Konsekvensen av at konflikten ses som en suksesjonskonflikt er at tinglysingsloven § 23 sperrer for at godtroende erverver kan ekstingvere et konkursbeslag etter konkursåpningen, ettersom rettsvernsakten ikke er gjennomført i tide.¹⁰⁹⁸ Dersom tinglysingsloven § 23 tolkes på denne måten, kan det hevdes at det ikke eksisterer noen godtroekstinksjonsregler som åpner for en ekstinksjon av konkursbeslaget.¹⁰⁹⁹ Det er imidlertid mulig å tenke seg at konflikten mellom godtroende omsetningsserverver og et konkursbo i enkelte tilfeller tolkes som en hjemmelsmannskonflikt, jf. ovenfor. I slike tilfeller kan tinglysingsloven § 27 potensielt åpne for godtroekstinksjon. Hvilken kollisjonsmodell som legges til grunn ved tolkningen av tinglysingsloven § 23 synes dermed å få materiell betydning for adgangen til foreta en godtroekstinksjon av et konkursbeslag, selv om tinglysingsloven § 23 ikke utpeker et slikt vurderingstema.¹¹⁰⁰ Dette kan kanskje illustrere at kollisjonsmodellene står i fare for å få en underkommunisert normativ virkning ved tolkningen av kreditorvernregler, jf. punkt 2.2.

De to tolkningene av tinglysingsloven § 23 som er presentert i dette punktet illustrerer kanskje også to ulike tilnærminger til bestemmelsen. Dersom tinglysingsloven § 23 tolkes dithen at bestemmelsen sperrer for godtroekstinksjon av et konkursbeslag, kan det hevdes at

¹⁰⁹⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 193, Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 51 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 211.

¹⁰⁹⁹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 193.

¹¹⁰⁰ Se Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 193 som skriver følgende om suksesjonskonflikten mellom konkursboet og godtroende ekstinksjonspretendent: «Vi kan sjå det slik [...] at det ikkje er gjeve nokon regel om godtruerverv». Likevel synes Lilleholt å åpne for godtroerverv når konkursboet anses som hjemmelsmanns suksessor, jf. *Godtruerverv og kreditorvern* s. 159: «Men korleis blir stillinga for B som i god tru tinglyser sitt erverv frå A før konkursen er tinglyst? Helst må ein seie at As grunnboksheimel her kjem av eit ugyldig dokument; konkursdebitor rår ikkje lenger over eiga si etter konkursopninga. I så fall går tilfellet direkte inn under ordlyden i tingl. § 27, og B kan ekstingvere dersom han tinglyser sitt erverv i god tru.»

bestemmelsen får et *substansielt* preg: Tinglysingsloven § 23 oppstiller ett skjæringstidspunkt som er avgjørende for kreditorenes beslagsadgang, jf. punkt 4.3. Det avgjørende er hvorvidt suksessor har tinglyst dagen før konkursåpningen eller ikke. Etter at konkursåpningen har skjedd, er det ikke grunnlag for å vurdere om en etterfølgende godtroende omsetningsserverver kan ekstingvere konkursbeslaget. Dersom tinglysingsloven § 23 ikke tolkes dithen at bestemmelsen sperrer for godtroekstinksjon, kan det imidlertid vurderes om en etterfølgende godtroekstinksjon av et konkursbeslag bør være mulig i enkelte typetilfeller. Når det åpnes for å avveie hensynene som taler for og mot en godtroekstinksjon av et konkursbeslag, åpnes det for å foreta en interesseavveining mellom de stridende partene. En slik interesseavveining som åpner for at konkursbeslaget kan nyte vern i noen relasjoner, men ikke nødvendigvis i alle, kan hevdes å være mer i tråd med en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 1.3.2 og 4.4.

7.12 Selvstendig rettsvernshevd¹¹⁰¹

«De tingsrettslige regler
forandrer seg ikke så raskt [...]»

Thor Falkanger,

«Kreditorkestinksjon og juridiske trosartikler»

i ...*den urett som ikke rammer deg selv:*

festskrift til Anders Bratholm s. 486

Det har lenge i teorien vært diskutert om det er mulig å etablere kreditorvern uten tinglysing gjennom såkalt rettsvernshevd.¹¹⁰² Rettsvernshevd kan deles inn i to kategorier: Aksessorisk rettsvernshevd og selvstendig rettsvernshevd. Aksessorisk rettsvernshevd innebærer at hevdede rettigheter i fast eiendom har rettsvern overfor tredjemenn, herunder kreditorer, uten

¹¹⁰¹ Jeg har tidligere skrevet en artikkel om selvstendig rettsvernshevd, se Sverre Magnus Bergslid Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A», *Jussens Venner* nr. 4/2018 (volum 53) s. 205-226. Punktet bygger innledningsvis på artikkelen, før jeg deretter viderefører diskusjonen som har oppstått i teorien i etterkant av at artikkelen ble publisert.

¹¹⁰² Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 732, Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 571, Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 164-165, Borgar Høgetveit Berg: «Rettsvernhevd», *Jussens venner* nr. 3/2003 (volum 38) s. 201-209, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 77-92 og Marianne Reusch: «Helstøpt om hevd» (bokanmeldelse), *Lov og rett* 2006 s. 378-382.

tinglysing.¹¹⁰³ Det er ikke tvilsomt at aksessorisk rettsvernshevd kan gjøres gjeldende overfor både enkeltsøkende kreditorer og konkursbo, jf. punkt 7.4.3.¹¹⁰⁴

Selvstendig rettsvernshevd brukes som en betegnelse på at den som har hatt en gyldig stiftet rett i fast eiendom i full hevdstid, etablerer rettsvern uten tinglysing. Høyesterett har definert selvstendig rettsvernshevd på følgende måte:

«Det betegnes som selvstendig rettsvernshevd dersom man har en gyldig stiftet rett, slik at retten ikke hevdes, men man likevel ved å ha hatt eiendom som sin i hevdstid, får etablert rettsvern.»¹¹⁰⁵

Hovedforskjellen på aksessorisk rettsvernshevd og selvstendig rettsvernshevd er at aksessorisk rettsvernshevd forutsetter et ekstinktivt erverv gjennom hevd. Selvstendig rettsvernshevd forutsetter imidlertid at rettigheten har et derivativt stiftelsesgrunnlag, jf. punkt 2.4.

Selvstendig rettsvernshevd er, i motsetning til aksessorisk rettsvern, ikke direkte hjemlet i lov. Det skyldes at ordlyden i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum kun får direkte anvendelse på «rettserverv ved hevd». Hevdsloven åpner imidlertid ikke for selvstendig rettsvernshevd. Det er to grunner til dette.

For det første er det kun eiendomsrettigheter og bruksrettigheter som kan hevdes, jf. hevdsloven § 1 første ledd. Det innebærer at hevdsloven ikke muliggjør at rettsvern kan hevdes som en selvstendig rettighet. Rettsvern er dessuten ikke en egen formuesrettighet. Det kan derfor diskuteres om «selvstendig rettsvernshevd» og «hevd av rettsvern» er heldige begreper.

For det andre er det ikke mulig å hevde rettigheter til en «ting» som hevdspretendenten har en gyldig stiftet rettighet til, jf. hevdsloven § 5.¹¹⁰⁶ Med «ting» forstås i hevdsloven fast eiendom, løsøre og verdipapir, jf. hevdsloven § 1. Hevdsloven hjemler ikke et hevdsserverv i fast eiendom dersom hevdspretendenten allerede har en gyldig stiftet rett i eiendommen.¹¹⁰⁷

Det har vært fremhevet i forarbeidene til hevdsloven og i teorien at den som har utøvd en rettighet i full hevdstid med lovlig adkomst, burde ha like god beskyttelse som den som har

¹¹⁰³ Høgetveit Berg: «Rettsvernhevd» s. 202.

¹¹⁰⁴ Et hevdsserverv er ikke en rettighet som er «stiftet ved avtale», og faller derfor utenfor tinglysingsloven § 23, se HR-2017-33-A, avsnitt 53.

¹¹⁰⁵ HR-2017-33-A, avsnitt 56.

¹¹⁰⁶ Se legaldefinisjonen av ting i hevdsloven § 1 annet ledd.

¹¹⁰⁷ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 19.7.2: «Ein kan ikkje krevja at hevdaren av rettsvern ikkje hadde lovleg heimel til eigedomen, for det *har* jo den som hevdar rettsvern.» Se også Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 79-80 (petit) hvor muligheten for en innskrenkende tolkning av hevdsloven § 5 drøftes og forkastes.

brukt en ting i full hevdstid uten lovlig adkomst.¹¹⁰⁸ Dette argumentet har vært omtalt som en slutning «fra det mer til det mindre».¹¹⁰⁹ En annen begrunnelse for å godta en regel om selvstendig rettsvernshævd er at det ofte er uklart om en rettighet har grunnlag i en avtale eller et hevdserverv. Det er derfor ikke uvanlig at det prosederes prinsipalt på at en rettighet er stiftet gjennom avtale, og subsidiært at rettigheten uansett er stiftet gjennom hevd. Dersom den yngre rettighetshaveren bare kan oppnå rettsvern uten tinglysing for rettigheter som er stiftet gjennom hevd, og ikke rettigheter som opprinnelig ble stiftet gjennom avtaleerverv, vil den yngre rettighetshaverens rettsvern være avhengig av hvilket grunnlag retten avgjør saken på: Tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum kommer ikke til anvendelse på avtaleerverv. For å unngå at valg av stiftelsesgrunnlag får betydning for suksessor vern, har det vært anført at det bør være åpning for både aksessorisk og selvstendig rettsvernshævd.¹¹¹⁰

Det synes ikke å være enighet i teorien om hva som er det rettslige grunnlaget for selvstendig rettsvernshævd. *Hans Fredrik Marthinussen* har for eksempel drøftet selvstendig rettsvernshævd som et spørsmål om utvidende tolkning av tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, mens *Borgar Høgetveit Berg* mener at selvstendig rettsvernshævd er en ulovfestet regel med støtte i blant annet rettspraksis.¹¹¹¹

Dersom selvstendig rettsvernshævd skal hjemles i en utvidende tolkning eller analogi av tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, må de legislative avveiningene som ligger til grunn for bestemmelsen, også gjøre seg gjeldende for tilfeller hvor regelen om selvstendig rettsvernshævd kommer til anvendelse.¹¹¹² De legislative avveiningene som ligger til grunn for tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, er at hevd har vært en viktig ervervsform, særlig i «landsens forhold», jf. punkt 7.4.3.¹¹¹³ Fra det mer til det mindre-betraktningen som har vært anført i favør av selvstendig rettsvernshævd, har ingen sammenheng med de legislative avveiningene som ligger til grunn for tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum. Selvstendig rettsvernshævd er ikke en egen ervervsform. Forarbeidenes uttalelser om at hevd

¹¹⁰⁸ NUT 1961:1 s. 6, Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett* s. 571 og Berg: «Rettsvernshævd» s. 202-204.

¹¹⁰⁹ Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 165.

¹¹¹⁰ I denne retning, se Rt. 2015 s. 120, avsnitt 34 og HR-2017-33-A, avsnitt 54-55.

¹¹¹¹ Se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 78 hvor han skriver at: «Igjen er det her snakk om en utvidende tolkning av et unntak fra tinglysingskravet som i seg selv er høyst problematisk». Se også s. 80 hvor det står at: «En utvidende tolkning av hevdsunntaket i tinglysingsloven [...]». Se Høgetveit Berg: *Hevd* s. 215 hvor han skriver at: «Det er såleis korkje hevdsloven, førearbeida til hevdsloven eller tingl. § 21 andre ledd som er heimel for sjølvstendig rettsvernshævd. Reglane er ulovfesta og har mellom anna kome til uttrykk i rettspraksis.» Se også Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 19.7.1.

¹¹¹² Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 300, Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 64 og Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 237-238.

¹¹¹³ Ot.prp.nr.9 (1935-1936) s. 37.

spiller en «meget stor rolle som hjemmel for forskjellige rettigheter», passer derfor ikke for selvstendig rettsvernshevd.¹¹¹⁴

Det kan imidlertid tenkes et alternativt rettslig grunnlag for en regel om selvstendig rettsvernshevd. Jeg har selv drøftet om selvstendig rettsvernhevd kan anses som en ulovfestet regel som bygger på blant annet de hensyn som kommer til uttrykk i tinglysingsloven §§ 20, 21 og 23, hevdsloven og rettspraksis.¹¹¹⁵

Selv om det ikke foreligger noe direkte prejudikat som anerkjenner eksistensen av selvstendig rettsvernshevd, behandlet Høyesterett i HR-2017-33-A anvendelsen av selvstendig rettsvernshevd i et tilfelle der erververen bevisst unnlot å tinglyse et erverv av to faste eiendommer for å spare dokumentavgift. Sakens faktum ble gjennomgått under punkt 5.2.3. Spørsmålet om selvstendig rettsvernhevd kunne komme til anvendelse, ble kun gjort gjeldende for to av de fem eiendommene som saken omhandlet. Dette skyldes at det kun var to av eiendommene som oppfylte vilkåret til full hevdstid. Bruk i 20 år har vært antatt å være et vilkår for at selvstendig rettsvernhevd skal komme til anvendelse.¹¹¹⁶

Høyesterett avgrenset rekkevidden av sin drøftelse om selvstendig rettsvernshevd i HR-2017-33-A på følgende måte:

«Denne saken gir ikke foranledning til å ta stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag. Erververen har her bevisst unnlatt å tinglyse sitt erverv. Det gjaldt både da fisjonen ble gjennomført og senere, da Forusstranda Næringspark AS overtok eiendommen. Det er forklart at man unnlot tinglysing fordi man ikke ønsket å betale dokumentavgift flere ganger.»¹¹¹⁷

Høyesterett unnlot på denne bakgrunn å ta stilling til eksistensen av selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag. Ettersom Høyesterett avgrenset drøftelsen til å gjelde situasjoner hvor erververen «fullt bevisst av økonomiske grunner har unnlatt å sørge for tinglysing av sitt avtaleerverv», har dommen kanskje skapt mer rettsforvirring enn rettsavklaring. Få teoretikere hadde drøftet hvorvidt selvstendig rettsvernshevd kunne avgrenses mot tilfeller hvor erverver bevisst hadde unnlatt å tinglyse i forkant av dommen. *Marianne Reusch* hadde imidlertid fremhevet at det kunne oppstå urimelige resultatene dersom selvstendig rettsvernshevd kunne

¹¹¹⁴ Ot.prp.nr.9 (1935-1936) s. 37.

¹¹¹⁵ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 211-212. Om min forståelse av begrepet «ulovfestet regel», se Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 208.

¹¹¹⁶ Se Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 209 med videre henvisninger.

¹¹¹⁷ HR-2017-33-A, avsnitt 57.

komme til anvendelse i slike tilfeller, og mente det var tvilsomt om et slikt resultat kunne være riktig.¹¹¹⁸ Likefullt var det nok overraskende for mange at Høyesterett avgrenset drøftelsen til å omhandle tilfeller hvor erververen bevisst unnlot å tinglyse sitt erverv av økonomiske grunner. For ordens skyld nevnes at Høyesterett konkluderte med at en regel om selvstendig rettsvernshevd ikke kom til anvendelse «i den situasjon som foreligger her», det vil si situasjoner hvor erverver bevisst unnlot å tinglyse sitt erverv.¹¹¹⁹

Marthinussen har i etterkant av HR-2017-33-A hevdet at det ikke lenger er rom for selvstendig rettsvernshevd, og omtaler dommen som «rettsvernshevdens endelikt».¹¹²⁰ *Marthinussen* var også i forkant av HR-2017-33-A kritisk til selvstendig rettsvernshevd.¹¹²¹ Etter *Marthinussens* mening lar ikke begrunnelsen i HR-2017-33-A seg forene med de tidligere begrunnelsene som har vært ført i teorien for selvstendig rettsvernshevd.¹¹²²

Høgetveit Berg mener HR-2017-33-A er «ei avsporing og eit mistak», hovedsakelig på bakgrunn av at Høyesterett ikke i tilstrekkelig grad har drøftet de relevante hensynene som ligger til grunn for den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd.¹¹²³ *Høgetveit Berg* fremhever at Høyesterett skulle drøftet faren for kreditorsvik, notoritet og publisitet.¹¹²⁴ I tillegg mener han at HR-2017-33-A «bryte med den bærande grunngevinga for rettsvernshevd».¹¹²⁵ Han konkluderer derfor med at «[d]ommen er ubrukeleg som vegvisar og må såleis ha sær liten vekt for andre tilfelle».¹¹²⁶

Etter mitt skjønn kan ikke HR-2017-33-A tas til inntekt for at Høyesterett har avvirket selvstendig rettsvernshevd. Høyesterett må tas på ordet når det eksplisitt uttales at dommen ikke tar stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag. Jeg er imidlertid enig med *Marthinussen* i at regelens eventuelle virkeområde og innhold kan drøftes etter dommen,

¹¹¹⁸ Reusch: «Helstøpt om hevd» s. 380-381.

¹¹¹⁹ HR-2017-33-A, avsnitt 64.

¹¹²⁰ *Marthinussen*: «Forusstranda» s. 89 (overskrift). Se også s. 90 hvor *Marthinussen* utdyper innholdet i overskriften.

¹¹²¹ *Marthinussen*: «Hevd som rettsvernsurrogat?» s. 272-275.

¹¹²² *Marthinussen*: «Forusstranda» s. 93-94. Jeg oppfatter at Eriksen tilslutter seg *Marthinussens* synspunkt, se Gunnar Eriksen: «Et kritisk blikk på reglene om rettsvernshevd» i Trude Haugli m.fl. (red.): *Dette brenner jeg for. Festskrift til Hege Brækhus 70 år*, Bergen 2020 s. 96-97.

¹¹²³ *Høgetveit Berg*: *Beslagsretten* punkt 19.7.3.

¹¹²⁴ *Høgetveit Berg*: *Beslagsretten* punkt 19.7.3.

¹¹²⁵ *Høgetveit Berg*: *Beslagsretten* punkt 19.7.3.

¹¹²⁶ *Høgetveit Berg*: *Beslagsretten* punkt 19.7.3.

ettersom Høyesterett utvilsomt har begrenset rommet for en eventuell ulovfestet regel om selvstendig rettsvernshevd.¹¹²⁷

I min artikkel om selvstendig rettsvernshevd drøftet jeg om regelen kan tenkes å komme til anvendelse i tilfeller hvor opprinnelig rettighetshaver fremstår som så beskyttelsesverdige at en overvekt av hensyn taler for å verne opprinnelig rettighetshaver mot et konkurrerende, yngre, erverv. I den forbindelse drøftet jeg om et mulig vurderingsmoment kunne være om rettighetshaver med den eldste og utinglyste rettigheten har, eller burde hatt, kjennskap til den manglende tinglysingen.¹¹²⁸ Godtromomentet vil i så tilfelle ikke være et ekstinksjonsvilkår, men oppstilles som et vurderingsmoment for hvorvidt opprinnelig rettighetshaver skal kunne opprettholde sin rett.¹¹²⁹ Dersom opprinnelig rettighetshaver ikke har noen oppfordring til å tinglyse sin rett, kan rettighetshaver tenkes å være beskyttelsesverdig.¹¹³⁰ HR-2017-33-A viser i alle fall at selvstendig rettsvernshevd er uaktuelt dersom erververen bevisst unnlater å tinglyse sitt erverv.¹¹³¹

Høgetveit Berg mener det ikke kan være relevant å se hen til om erververen bevisst har unnlatt å tinglyse. Dette begrunner han blant annet med at «det korkje er ulovleg eller uetisk ikkje å tinglyse», og at et godtromoment ikke passer med «mer til det mindre»-argumentet som har vært fremhevet i favør selvstendig rettsvernshevd, se *Beslagsretten* punkt 19.7.3. Jeg er enig med Høgetveit Berg i at det verken er ulovlig eller uetisk å unnlate og tinglyse. Det er imidlertid ikke med det sagt at den som bevisst unnlater å tinglyse bør kunne kreve vern mot kreditorene til hjemmelshaver. Jeg mener det motsatte: Den som bevisst holder et skår åpent i grunnboken, har i liten grad krav på noen beskyttelse ved en eventuell rettighetskollisjon, og bør derfor ikke kunne søke vern i en ulovfestet rettsvernsregel. Jeg mener videre at «mer til det mindre»-argumentet ikke er et særlig godt argument i favør regelen om selvstendig rettsvernshevd. Jeg er derfor ikke enig med Høgetveit Berg i at det av nødvendighet er slik at «rettshavaren ikkje kan stå svakare der han har brukt formuesgodet *med* heimel enn der han har brukt formuesgodet *utan* heimel», se *Beslagsretten* punkt 19.7.1. I de tilfellene rettighetshaver har foretatt et hevdserverv, har ikke rettighetshaver noen oppfordring om å tinglyse ervervet grunnet vilkåret om aktsom god tro. Hevdserververen har ikke hatt kunnskap om at det har skjedd en bruk som er uhjemlet, og har følgelig heller ikke bevisst holdt et skår i grunnboken åpent. Situasjonen vil imidlertid ofte være motsatt i tilfeller hvor rettighetshaver har et rettslig grunnlag for bruken. En erverver vil ha en klar oppfordring om å tinglyse ervervet i tilfeller hvor han eller hun har kjøpt en fast eiendom gjennom en avtale. Det kastes ingen moralsk dom over erververen dersom vedkommende bevisst unnlater å tinglyse kjøpet, men han eller hun kan samtidig ikke bli veldig overrasket dersom hjemmelshavers kreditorer på et senere tidspunkt ekstingverer hans eller hennes rett. Til sammenligning kan det vises til Falkanger: *God tro* s. 59-62, jf. s. 64-65, hvor god tro som rettsbevarende vilkår drøftes. Falkanger mener

¹¹²⁷ Se Marthinussen: «Forusstranda» s. 90 og 93-94 hvor Marthinussen vedkjenner at HR-2017-33-A etter eget innhold ikke medfører «rettsvernshevdens endelikt», men at denne konklusjonen trekkes på bakgrunn av en analyse av «hva rettsregelen nå går ut på, for de tilfeller som ikke er direkte sammenlignbare med det som ble avgjort i Høyesterett».

¹¹²⁸ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A s. 224.

¹¹²⁹ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A s. 224. Om god tro som vilkår for opprettholdelse av en eksisterende rettighet, se Falkanger: *God tro* s. 64-65, jf. s. 59-62.

¹¹³⁰ Se til sammenligning Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 68-70 hvor han drøfter om tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum kan tenkes å komme til analogisk anvendelse på rettigheter ervervet gjennom ekteskapsloven § 31 tredje ledd. Selv om Marthinussen forkaster at det er grunnlag for en analogisk anvendelse, uttaler han at: «Det er etter mitt skjønn ingen tvil om at det er berøringspunkter mellom begrunnelsen for tinglysingsunntaket for hevdede rettigheter og husmorsameiet. For det første vil det ofte mangle en oppfordring for husmor til å tinglyse: Husmorsameiet oppstår gradvis med tiden.»

¹¹³¹ Hvilken motivasjon erverver har for å unnlate og tinglyse kan ikke være avgjørende, se Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 221 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 19.7.3.

det er karakteristisk for regler som oppstiller god tro som et rettsbevarende vilkår at «det ikke ligger noen nevneverdig moralsk fordømmelse av godtrosubjektet i å karakterisere ham som ondtroende», jf. Falkanger: *God tro* s. 59.

Et annet vurderingsmoment som kan tenkes å være av betydning for anvendelsen av selvstendig rettsvernshevd, kan være hvor lang tid rettighetshaver har hatt den faste eiendommen. Selv om hevdslovens regler ikke kan gis analogisk anvendelse for selvstendig rettsvernshevd, bygger hevdsloven på en tanke om at *langvarig bruk over tid* kan danne grunnlag for en beskyttelsesverdig rettighetsposisjon.¹¹³² Jo lenger tid rettighetshaver har hatt eiendommen, desto mer beskyttelsesverdig vil rettighetshaver kunne fremstå.¹¹³³ Bruk i full hevdstid kan neppe anses å være et absolutt minstevilkår etter en eventuell regel om selvstendig rettsvernshevd.¹¹³⁴ Dersom regelen ikke bygger på en direkte analogi fra hevdsreglene, men oppstilles på ulovfestet grunnlag, vil det være liten grunn til å bygge direkte på hevdsvilkårene. I stedet må det avgjørende være om det samlede rettskildebildet kan tale for å verne rettighetshaver.¹¹³⁵ For ordens skyld nevnes at det fra Forusstrand's side ble lagt opp til at 20 års hevdstid var et minstevilkår for anvendelsen av selvstendig rettsvernshevd. Som nevnt ovenfor ble selvstendig rettsvernshevd bare anført som aktuelt for to av de fem eiendommene som saken. Bakgrunnen for dette var at det kun var disse to eiendommene som oppfylte vilkåret til 20 års hevdstid.¹¹³⁶

Et tredje vurderingsmoment som kan tenkes å være av betydning for selvstendig rettsvernshevd, er hvorvidt rettighetshaver har foretatt investeringer på eiendommen som er ervervet. Dette kan ses på som et innrettelseshensyn.¹¹³⁷ Høyesterett har for eksempel i både Rt. 1992 s. 352 og Rt. 2015 s. 1157 vektlagt at investeringer og innsats som er foretatt på en fast eiendom *kan* tale for å verne den som har foretatt investeringene, selv om full hevdstid ikke er oppfylt.¹¹³⁸ De nevnte dommene omhandlet riktig nok varianter av henholdsvis ulovfestet godtroekstinksjon og ulovfestet passivitetstap. Overføringsverdien til selvstendig rettsvernshevd er ikke

¹¹³² Maria Veia Lund: *Passivitet*, Oslo 2017 s. 611: «Eit utslag av slike synsmåtar er at vern av ein etablert tilstand inngår som ein del av grunngevinga for både lovfesta og ulovfesta passivitetsnormer, under dette reglar om hevd og alders tids bruk. [...] At momentet er relevant også utanfor tilfelle som hamnar innanfor eller i grenselandet rundt reglane om alders tids bruk eg erverv gjennom festna rettsforhold, kan det ikkje vere tvil om.» Eriksen: *Alders tids bruk* s. 79-80.

¹¹³³ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 348: «Jo lengre tid som er gått, desto hardere vil det kunne virke å rippe opp i forholdet.»

¹¹³⁴ Eriksen: «Et kritisk blikk på reglene om rettsvernshevd» s. 95.

¹¹³⁵ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 46 og Falkanger: «Kreditorrekstinksjon og juridiske trosartikler» s. 491 har fremhevet at en rettsvernshevd med kortere hevdstid enn 20 år vil kunne fremme innrettelseshensynet, samtidig som at man beholder de positive virkningene av de strenge rettsvernsreglene.

¹¹³⁶ Se HR-2017-33-A, avsnitt 18 og 21-22.

¹¹³⁷ Om innrettelseshensynet ved passivitetsvurderinger, se Veia Lund: *Passivitet* s. 608-610.

¹¹³⁸ Rt. 1992 s. 352 på s. 357 og Rt. 2015 s. 1157, avsnitt 33 og 38.

nødvendigvis så stor. Likevel vil rettighetshavers investeringer kunne tale for at rettighetshaver er beskyttelsesverdig overfor kreditorene.

Rommet for selvstendig rettsvernshevd vil trolig være snevert i etterkant av HR-2017-33-A. Jeg har brukt begrepene «sensurverktøy» og «sikkerhetsventil» som beskrivelse for hvilken funksjon en eventuell ulovfestet regel om selvstendig rettsvernshevd kan ha *dersom* en slik regel eksisterer.¹¹³⁹ Dersom en slik regel kan tenkes å eksistere, vil det overordnede siktemålet med regelen være å beskytte rettighetshaver i de tilfellene det vil virke urimelig å bryte opp i et festet rettighetsforhold, typisk «hvor hensynene som taler for å beskytte rettighetshaver veier tyngre enn hensynene som taler for en ekstinksjon».¹¹⁴⁰

Marthinussen mener verken hensynene bak tinglysingslovens regler, hevdsloven eller HR-2017-33-A kan tas til inntekt for en ulovfestet regel om selvstendig rettsvernshevd, og er kritisk til den forståelsen av selvstendig rettsvernshevd som er presentert ovenfor.¹¹⁴¹ Han mener «en skjønsmessig adgang til i enkelte tilfeller å korrigere rettsvernsreglene» vil være «stikk i strid med den metoden både Høyesterett og teorien i lang tid har etablert på dette området».¹¹⁴² Enkelte innsigelser kan fremsettes mot *Marthinussens* synspunkter.

Selvstendig rettsvernshevd *har* vært drøftet i teorien og forarbeidene til tinglysingsloven som et mulig unntak fra de lovfestede rettsvernsreglene. I tillegg ble regelen drøftet av Høyesterett i HR-2017-33-A, uten at Høyesterett avviste regelen under henvisning til for eksempel Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268. Dersom Høyesterett mente det ikke var adgang til «å korrigere rettsvernsreglene», hadde Høyesterett enkelt kunne avvist at det var rom for et ulovfestet unntak fra tinglysingsloven § 23 med henvisning til Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268, jf. punkt 5.2.2.¹¹⁴³ Når Høyesterett likevel valgte å drøfte om det kunne være grunnlag for et ulovfestet unntak fra tinglysingsloven § 23 i HR-2017-33-A, kan dette forstås som at den firkantede karakteren til rettsvernsreglene ikke nødvendigvis må være absolutt i ethvert tenkelig tilfelle.

Det er riktig, som fremhevet av *Marthinussen*, at den forståelsen av selvstendig rettsvernshevd som er presentert ovenfor, ikke sammenfaller med hvordan teorien omtalte regelen i forkant av HR-2017-33-A. Dette skyldes at HR-2017-33-A utfordrer den tidligere begrunnelsen for selvstendig rettsvernshevd, noe som nødvendiggjør en fornyet vurdering av regelen. Teoriens

¹¹³⁹ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 224-225.

¹¹⁴⁰ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 224-225.

¹¹⁴¹ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 91 (petit).

¹¹⁴² Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 91 (petit).

¹¹⁴³ Sitatet er hentet fra Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 91 (petit).

syn på selvstendig rettsvernshevd var heller ikke entydig i forkant av HR-2017-33-A. *Sjur Brækhus* og *Thor Falkanger* holdt for eksempel døren åpen for at en rettsvernshevsregel med kortere hevdstid kunne ha noe for seg.¹¹⁴⁴ *Reusch* hadde også som nevnt ovenfor fremhevet at regelen neppe burde gjelde i tilfeller hvor erververen bevisst unndro seg dokumentavgift, og etterspurte også grundigere analyser.¹¹⁴⁵ Jeg er derfor ikke helt enig i at forståelsen av selvstendig rettsvernshevd som er presentert ovenfor, er «stikk i strid med den metoden både Høyesterett og teorien i lang tid har etablert på dette området».¹¹⁴⁶

Videre er det vanskelig å fremsette noen sikker prognose på hvordan Høyesterett kommer til å vurdere regelen om selvstendig rettsvernshevd i fremtiden. Det eneste som kan fastslås i etterkant av HR-2017-33-A, er at Høyesterett har foretatt en betydelig avgrensning av rommet for selvstendig rettsvernshevd. Selvstendig rettsvernshevd kan derfor i høyden sies å utgjøre en svært snever unntaksregel som det vil være vanskelig å vurdere rekkevidden av uten nærmere avklaringer fra Høyesterett.¹¹⁴⁷ *Marthinussens* innsigelser gir inntrykk av at en opprettholdelse av regelen om selvstendig rettsvernshevd vil ha forholdsvis store formuerettslige implikasjoner.¹¹⁴⁸ Etter mitt skjønn rammer *Marthinussens* kritikk for bredt.

Til slutt kan det nevnes at *Marthinussen* har viet kapittel 9 i boken «Tredjemannsproblemene» til å drøfte hvorvidt Høyesteretts positivistiske tilnærming til kreditorstinksjonsreglene er hensiktsmessig. *Marthinussen* konkluderer blant annet med at:

«Det er min oppfatning at dagens norske kreditorstinksjonsregler går mye lenger enn nødvendig [...] Gjennomgangen av behovet for kreditorstinksjonsregler viser for øvrig at det ikke er udelt positivt med den svært positivistiske tilnærmingen Høyesterett her har lagt opp til. Jeg har tidligere understreket behovet for begrensning av skjønnsrommet ved godtroervervsregler, og også vist at det er nødvendig for at det skal skapes tilstrekkelig forutberegnelighet for partene som er involvert i disse transaksjonene. Men selv om også kreditorer har et visst behov for vern (som nevnt vil gjerne konkursbo kunne ha en vanskelig økonomisk stilling), er det grunn til å spørre om ikke Høyesterett

¹¹⁴⁴ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 46: «Ville en særskilt rettsvernshevd med en betydelig kortere hevdperiode enn den nugjeldende kunne gi en bedre løsning?». Falkanger: «Kreditorstinksjon og juridiske trosartikler» s. 491: «Dramatiske endringer [av kreditorstinksjonsreglene] er neppe aktuelt, men en viss mulighet til å komme A til hjelp hvor det er gått lang tid [...], ville bringe jus og alminnelige rettsforestillinger nærmere hverandre uten at det behøver å skape problemer for berettigede kreditorinteresser. Det må i tilfelle være en hjelp som kan være aktuell lenge før A beskyttes av reglene om rettsvernshevd.»

¹¹⁴⁵ Reusch: «Helstøpt om hevd» s. 380-381.

¹¹⁴⁶ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 91 (petit).

¹¹⁴⁷ Salvesen: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» s. 224-225.

¹¹⁴⁸ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 91 (petit).

har dratt forutberegnelighetshensynet for langt i Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 med tanke på akkurat rettsvernsregler.»¹¹⁴⁹

Sitatet til *Marthinussen* synes å operere på et *de lege ferenda*-plan. *Marthinussen* stiller seg kritisk til Høyesteretts positivistiske tilnærming til rettsvernsreglene i Rt. 1998 s. 268. *Marthinussens* kritikk av Høyesteretts positivistiske tilnærming til rettsvernsreglene er jeg enig i. For min egen del synes jeg derfor ikke Rt. 1998 s. 268 bør være et kronargument for hvorfor selvstendig rettsvernshevd – som nettopp har vært fremhevet i teorien som ett av få mulige unntak fra lovfestede rettsvernsregler – ikke eksisterer.¹¹⁵⁰

7.13 Kort om rettigheter stiftet gjennom alders tids bruk

Alders tids bruk åpner for et ulovfestet rettighetserverv som ikke krever samtykke fra rettighetshaveren.¹¹⁵¹ Alders tids bruk har likhetstrekk med reglene om hevd. Både hevd og alders tids bruk krever at rettighetspretendenten har foretatt en urettmessig og eksklusiv bruk over lengre tid. I tillegg kreves aktsom god tro hos rettighetspretendent, det vil si at rettighetspretendenten ikke har visst eller burde visst at bruken har vært urettmessig. Det er imidlertid en vesensforskjell mellom hevdsreglene og reglene om alders tids bruk: Hevdsvilkårene er kumulative og absolutte, mens vilkårene for alders tids bruk bærer preg av å være «avveiningsmarkører» og er fleksible.¹¹⁵² Hvorvidt en rettighet er ervervet på bakgrunn av alders tids bruk, må derfor avgjøres etter en helhetsvurdering.¹¹⁵³

Det er antatt i teorien at rettigheter som er ervervet gjennom alders tids bruk, har kreditorvern uten tinglysing. Begrunnelsen for at rettigheter ervervet gjennom alders tids bruk ikke må tinglyses for å etablere kreditorvern, er at hevdede rettigheter ikke må tinglyses for å etablere kreditorvern.¹¹⁵⁴ Det vises ofte i teorien til hevdslovens forarbeider hvor det sies at:

«I tinglysingslova 7. juni 1935 er fastsett at for rettsvinning med hevd har tinglysinga ingen verknad (§ 21, andre stykket). Hevda rettar står seg såleis utan tinglysing, både

¹¹⁴⁹ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 178-179.

¹¹⁵⁰ *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 92.

¹¹⁵¹ Det har tidligere vært diskutert om alders tids bruk er et selvstendig ervervsgrunnlag eller en bevispresumsjon for eiendomsrett. Det er ikke tvilsomt at alders tids bruk i dag må anses som et ulovfestet ervervsgrunnlag, jf. bl.a. Rt. 2001 s. 769 og Rt. 2001 s. 1229. Se Eriksen: *Alders tids bruk* s. 63-78 for en grundigere gjennomgang av diskusjonen rundt alders tids bruk som ervervsgrunnlag eller bevispresumsjon.

¹¹⁵² Eriksen: *Alders tids bruk* s. 95.

¹¹⁵³ Eriksen: *Alders tids bruk* s. 95.

¹¹⁵⁴ Se Eriksen: *Alders tids bruk* s. 71, Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett* s. 609, Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 272, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 731 og Høgetveit Berg: «Rettsvernhevd» s. 206.

mot rettsvinningar etter avtale og mot tvangsåtgjerder. I føresegna er fyrst og fremst tenkt på vanleg 20 års hevd. Men regelen lyt og gjelda bruk i alders tid.»¹¹⁵⁵

På generelt grunnlag er det ingen fare for at kreditorsvik oppstår gjennom alders tids bruk. For det første danner ikke tålt bruk fra hjemmelshavers side grunnlag for et erverv etter alders tids bruk.¹¹⁵⁶ Den opprinnelige hjemmelshaveren som søker å unndra midler fra kreditorene, kan derfor ikke bevisst overdra rettigheter til en suksessor gjennom alders tids bruk. Dette medfører at det vil være vanskelig for skyldneren å foreta seg aktive skritt for å unndra midler fra kreditorene gjennom alders tids bruk.

For det andre krever alders tids bruk – nettopp – langvarig bruk. Hvor lang tid som kreves, har vært gjenstand for diskusjon. *Eriksen* opererer med en nedre grense på ca. 50 års bruk.¹¹⁵⁷ *Brækhus og Hærem* antyder en nedre grense på ca. 100 års bruk.¹¹⁵⁸ Uansett hva som er å anse som den nedre tidsgrensen for å kunne etablere rettigheter gjennom alders tids bruk, er det klart at tidskravet gjør det upraktisk å benytte alders tids bruk som et virkemiddel for å gjennomføre kreditorsvik. Behovet for å unndra midler fra kreditorene oppstår typisk når likviditeten til skyldneren begynner å svikte. Det vil da være uhensiktsmessig for skyldneren å planlegge minimum 50 år frem i tid for å posisjonere seg for en fremtidig kreditorpågang.

For det tredje forutsetter alders tids bruk aktsom god tro.¹¹⁵⁹ Den som påstår at en rettighet er stiftet gjennom alders tids bruk må følgelig være aktsom uvitende om det faktum at vedkommende ikke er berettiget til å foreta bruken. Igjen vil det praktisk sett være vanskelig for den opprinnelige rettighetshaveren å fremskaffe en rettighetspretendent som kan ekstingvere hans rett etter reglene om alders tids bruk, uten at den gode troen hos rettighetspretendenten samtidig forrykkes.

Konklusjonen blir følgelig at det på generelt grunnlag ikke er noen fare for kreditorsvik dersom rettigheter som er etablert gjennom alders tids bruk har kreditorvern uten tinglysing. Det bør følgelig ikke være nødvendig å tinglyse rettigheter ervervet gjennom alders tids bruk for at disse rettighetene skal nyte kreditorvern. Et særskilt spørsmål som kan reises, er hvorvidt den som har ervervet en rettighet gjennom alders tids bruk, må tinglyse ervervet så snart vedkommende har fått stadfestet at rettigheten er stiftet. Betragtningene som fremheves i punkt 7.9.2 om

¹¹⁵⁵ NUT 1961:1 Rådsegn 6 – Om hevd s. 6.

¹¹⁵⁶ *Eriksen: Alders tids bruk* s. 160-161.

¹¹⁵⁷ *Eriksen: Alders tids bruk* s. 190.

¹¹⁵⁸ *Brækhus og Hærem: Norsk tingsrett* s. 611.

¹¹⁵⁹ *Eriksen: Alders tids bruk* s. 203.

bortfall av aksessorisk rettsvernshend gjennom passivitet gjør seg tilsvarende gjeldende for rettigheter ervervet gjennom alders tids bruk.

7.14 Rettsvernssurrogater

7.14.1 Innledning

Det hender seg at en eiendomsoverdragelse bevisst ikke tinglyses. Tinglysing er ikke noe vilkår for at en eiendomsoverdragelse skal være bindende *inter partes*, og det er derfor ikke nødvendig å tinglyse en eiendomsoverdragelse for at suksessor skal kunne ta i bruk eiendommen. Manglende tinglysing av en eiendomsoverdragelse representerer imidlertid en vesentlig risiko for kreditorekstinksjon for suksessor dersom grunnbokshjemmelen blir værende igjen hos selger. For å dempe ekstinksjonsrisikoen som suksessor løper ved å unnlate å tinglyse ervervet, har det utviklet seg alternative handlinger som har til formål å gi suksessor en sikkerhet mot kreditorekstinksjon fra selgers kreditorer. Som en fellesbetegnelse på handlinger som har til hensikt å etablere kreditorvern for eiendomsrett i fast eiendom, uten at grunnbokshjemmelen overføres til suksessor, benytter jeg i det følgende begrepet «rettsvernssurrogat». Begrepet har tidligere blitt brukt som en betegnelse på selvstendig rettsvernshend.¹¹⁶⁰ Det er ikke denne forståelsen av «rettsvernssurrogat» jeg legger til grunn. Selv om det er visse likhetstrekk mellom selvstendig rettsvernshend og det jeg omtaler som «rettsvernssurrogater» – nemlig at det i begge tilfeller er tale om hvorvidt suksessor kan oppnå kreditorvern uten tinglysing – er det også en vesentlig forskjell: Ved bruk av rettsvernssurrogater forsøker suksessor bevisst å oppnå kreditorvern uten tinglysing. Selvstendig rettsvernshend er til sammenligning først og fremst aktuelt å anvende i tilfeller hvor suksessor ikke har eller ikke burde ha visst at tinglysing mangler, jf. punkt 7.12. Noen eksempler på rettsvernssurrogater er overdragelse av fast eiendom gjennom bruk av sikringspant, hjemmelsselskap eller spesialforetak, jf. punkt 7.14.2, 7.14.3 og 7.14.4.

Rettsvernssurrogater kan brukes av ulike grunner. En mulig begrunnelse kan være økonomiske insentiver.¹¹⁶¹ Dokumentavgiften kan fungere som et eksempel på et økonomisk insentiv som kan motivere suksessor til å foreta eiendomsoverdragelser gjennom rettsvernssurrogater. Dokumentavgift er en skattemessig begrunnet særavgift som skal betales til staten ved salg av fast eiendom. Avgiften utløses ikke av den faktiske overdragelsen av eiendommen. I stedet

¹¹⁶⁰ Se Eriksen: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet» s. 169, Berg: «Rettsvernshend» s. 202, Marthinussen: «Hend som rettsvernssurrogat» s. 264 (note 3) og Fleischer: «Tinglysning» s. 299.

¹¹⁶¹ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 193-194, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 181 (petit) og Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 263.

utløses avgiften når grunnbokshjemmelen overdras, jf. dokumentavgiftsloven § 6 første ledd. Dokumentavgiften utgjør for budsjettåret 2020 to og en halv prosent av avgiftsgrunnlaget, jf. FOR-2019-12-13-1827 kap. 5565 post 70 § 1 første ledd. Avgiftsgrunnlaget er salgsverdien av eiendommen, medregnet verdien av bygninger og faste anlegg, jf. dokumentavgiftsloven § 7 første ledd første punktum. Avgiften skal beregnes på bakgrunn av markedsverdien av eiendommen på tinglysingstidspunktet, og ikke på salgstidspunktet, jf. Rt. 2008 s. 1160. For kjøper kan det være økonomisk gunstig å unngå dokumentavgiften, særlig dersom eiendommen skal videreselges etter kort tid. Dette gjøres typisk av profesjonelle parter som omsetter eiendommer som en del av sin virksomhet.

Det er hovedsakelig to alternative rettsvernssurrogater som benyttes for å verne suksessors erverv mot selgers kreditorer. Den første typen rettsvernssurrogat skal sikre suksessors *økonomiske interesser* i den faste eiendommen gjennom en panterett, jf. punkt 7.14.2 og 7.14.6. Panteretten skal sikre kjøpesummen gjennom at suksessor får en særrett til dekning i den faste eiendommen, jf. panteloven § 1-1 første ledd. Dersom suksessor betaler kjøpesummen uten å få overført grunnbokshjemmelen eller sikre en panterett, risikerer suksessor å stå igjen med et dividendekrav for det tilfellet at selger går konkurs. Et dividendekrav vil ofte ha liten verdi. Dersom suksessor har betalt for den faste eiendommen, og den blir gjenstand for et utlegg fra selgers kreditorer uten at suksessor har sikret seg en panterett, vil suksessor måtte fremme et mangelskrav mot selger, jf. avhendingsloven § 4-17 første ledd første punktum. Det faktum at selger har blitt utsatt for et utlegg, kan tilsi at mulighetene for å få dekning for et mangelskrav er små.

Likevel vil ikke den økonomiske sikkerheten som suksessor kan oppnå gjennom en panterett i den faste eiendommen, nødvendigvis være fullgod. Et tvangssalg av eiendommen er ofte ikke like inntektsbringende som et salg på det åpne marked. Det er derfor ingen garanti for at panteretten dekker hele pantekravet, særlig dersom suksessor har opptatt et lån med høy rente for å finansiere eiendomskjøpet. I tillegg kan det tenkes at det har skjedd en verdiøkning på eiendommen i perioden fra kjøpesummen ble betalt av suksessor og frem til et eventuelt tvangssalg. Verdien av eiendommen kan derfor være større enn verdien av pantekravet på tidspunktet for tvangssalg, særlig dersom det har gått lang tid siden kjøper betalte for eiendommen. En eventuell verdiøkning vil ikke nødvendigvis komme panthaver til gode, ettersom panteretten vil være begrenset til å dekke pantekravet og eventuelle tilleggskrav, jf. panteloven § 1-4 første ledd.

Det andre rettsvernssurrogatet som kan benyttes for å verne suksessor mot selgers kreditorer, er at den faste eiendommen «pakkes inn» i et annet formuesgode, jf. punkt 7.14.3 og 7.14.4. Virkningen av at disse typene rettsvernssurrogater benyttes, er at eiendomsretten, og ikke bare den økonomiske verdien, til den faste eiendommen vernes mot et kreditorbeslag. Dette gjøres ved at suksessor etablerer kreditorvern for eiendomsrett i det formuesgodet som den faste eiendommen er «pakket inn» i, typisk et aksjeselskap. Kreditorvern i den faste eiendommen oppnås som en indirekte konsekvens av at det er etablert kreditorvern for eiendomsrett til for eksempel aksjeselskapet.

Et tredje mulig rettsvernssurrogat kan nevnes. Dersom en uoppfylt kjøpekontrakt tinglyses på grunnbokbladet til eiendommen, vil kjøper kunne oppnå kreditorvern for delbetalinger ved å tinglyse betalingsbekreftelser. Ved et eventuelt kreditorbeslag kan kjøper verne seg mot en kreditorekstinksjon gjennom å betale den resterende kjøpesummen og samtidig få grunnbokshjemmelen overført til seg. På denne måten sikrer kjøper delbetalingene sine, samtidig som at eiendomsretten sikres mot kreditorekstinksjon. Det er likevel enkelte trekk ved utinglyste kjøpekontrakter som gjør at det kanskje er mer nærliggende å omtale det som en «kjøperforsikring» fremfor et rettsvernssurrogat, se nærmere om dette i punkt 7.14.5.

I de følgende punktene vil jeg undersøke om, og i hvilken grad, suksessor kan etablere kreditorvern for eiendomsrett i fast eiendom uten at grunnbokshjemmelen overdras til suksessor. Fokus for analysen vil være å avklare hvilken ekstinksjonsrisiko suksessor løper overfor selgers kreditorer. Avslutningsvis vurdere om bruk av rettsvernssurrogater bør, og eventuelt kan, motvirkes.

7.14.2 Sikringspant som rettsvernssurrogat

Avhendingsloven § 2-3 legger opp til at kjøper må betale kjøpesummen til selger før kjøper kan kreve skjøtet utlevert. Kjøper må deretter tinglyse skjøtet for at kreditorvern skal etableres. Bakgrunnen for bestemmelsen er at skjøtet utgjør et viktig betalingsinsentiv. Selger bør ikke stilles i en situasjon der han eller hun har oppfylt de viktigste delene av sine avtaleforpliktelser, uten at betaling foreligger. Avhendingsloven legger derfor opp til at kjøper må yte selger usikret kreditt før kreditorvern kan etableres.¹¹⁶²

For å redusere den økonomiske risikoen som boligkjøper løper ved kjøp som følger avhendingsloven, utstedes det ofte et såkalt sikringspant og en urådighetserklæring fra

¹¹⁶² Kåre Lilleholt: «Oppgjør ved egedomskjøp utan usikra kreditt», *Lov og rett* nr. 1/2015 (volum 54) s. 39-57 på s. 42.

selger.¹¹⁶³ Sikringspantet er en panterett for hele salgssummen som typisk utstedes av selger samtidig som at kjøpekontrakten undertegnes.¹¹⁶⁴ Panterettigheten skal fungere som en sikkerhet for betalinger som kjøper foretar i forkant av tinglysingen, samt som en sikkerhet for kjøpers bank om at de vil få den forutsatte prioriteten for sin panterett.¹¹⁶⁵ Sikringspantet er en abstrakt/gjort panterettighet hvor panteobjektet (den faste eiendommen) er reservert for dekning av fremtidige krav som ikke er nærmere angitt i pantedokumentet.¹¹⁶⁶ Sikringspantet kunne vært utstedt til kjøper, men av oppgjørsgrunner utstedes det ofte til eiendomsmegleren. Megleren skal sørge for at sikringspantet blir slettet når fullt oppgjør er betalt, og grunnbokshjemmelen er overdratt til kjøper.¹¹⁶⁷ Norges Eiendomsmeglerforbund har i sine kontraktsmaler inntatt at opprettelse av sikringspant med urådighetserklæring er en betingelse for frigivelse av kjøpesummen.¹¹⁶⁸

Urådighetserklæringen, som ofte følger av pantedokumentet, er en rådighetsbegrensning som går ut på at verken selger eller andre som disponerer over eiendommen på vegne av selger, kan foreta juridiske disposisjoner over eiendommen uten eiendomsmeglers samtykke.¹¹⁶⁹ Hensynet bak urådighetserklæringen er å sørge for at selgeren ikke kan behefte eller selge eiendommen mens salgsprosessen pågår.¹¹⁷⁰ Dette slik at kjøper ikke risikerer dobbeltsalg eller at eiendommen beheftes før salget er gjennomført.

Selv om sikringspant i utgangspunktet skal fungere som en sikkerhetsstillelse for rettmessig oppgjør, har sikringspant også blitt brukt som et rettsvernssurrogat for kjøpere som har til intensjon å videreselge den faste eiendommen etter kort tid. Slik bruk av sikringspant skjer i praksis, og Rt. 2012 s. 335 er et ulykksalig eksempel på bruk av sikringspant som rettsvernssurrogat. Rt. 2012 s. 335 omhandler kjøp av tre næringsseksjoner. Kjøperne hadde til intensjon å omregulere næringsseksjonene til boligformål, ombygge seksjonen til seks boligseksjoner og deretter videreselge de til nye kjøpere. For å unngå at dokumentavgiften ble utløst, unnløt kjøperne å tinglyse kjøpet. I stedet tinglyste en eiendomsmegler et sikringspant på de tre næringsseksjonene som skulle tjene som sikkerhet «for den til enhver tid utbetalte del

¹¹⁶³ Christina Lyngtveit-Petersson: *Oppgjør av eiendomshandler – Mellommannsrollen ved eiendomsoppgjør*, Oslo 2013 s. 37 og Thor Falkanger: «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring», *Lov og Rett* nr. 3/2013 (volum 52) s. 195-213 på s. 196.

¹¹⁶⁴ Falkanger: «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring» s. 197.

¹¹⁶⁵ Falkanger: «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring» s. 197 og s. 199.

¹¹⁶⁶ Falkanger: «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring» s. 201-202.

¹¹⁶⁷ Tore Bråthen og Margrethe Røse Solli (red.): *Lærebok i praktisk eiendomsmegling del 1*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 168.

¹¹⁶⁸ Bråthen og Solli (red.): *Lærebok i praktisk eiendomsmegling del 1* s. 167.

¹¹⁶⁹ Falkanger: «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring» s. 209.

¹¹⁷⁰ Falkanger: «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring» s. 209.

av salgssummen».¹¹⁷¹ Før den siste av de seks boligseksjonene hadde blitt videresolgt, gikk den opprinnelige eieren/hjemmelshaveren konkurs. På dette tidspunkt hadde eiendomsmegleren slettet sikringsobligasjonene. Konkursboet til den opprinnelige eieren tok beslag i eiendommen og nektet å utstede skjøtet. Kjøperne fremmet et erstatningskrav mot megleren som hadde slettet sikringsobligasjonen. Høyesterett fremhevet at slettingen av sikringsobligasjonen hadde gjort at kjøperne mistet «det rettsvern mot [selgers] kreditorer som obligasjonen hadde gitt».¹¹⁷² Høyesterett konkluderte derfor med at slettingen av sikringsobligasjonen ikke bare medførte et kontraktsbrudd, men også et «klart brudd med god meglerskikk».¹¹⁷³ Resultatet var derfor at megleren hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt.

Rt. 2012 s. 335 viser at et tinglyst sikringspant vil gi kjøper en økonomisk sikkerhet for eventuelle utbetalinger til selger.¹¹⁷⁴ Dette må gjelde selv om det er på det rene at sikringspantet er tinglyst for at kjøper skal unngå å utløse dokumentavgiften. Det kan ikke ha betydning at sikringspantet vanligvis bare skal hvile på eiendommen i en midlertidig periode fra innbetaling og frem til megler har tinglyst eiendommen på kjøper. Et sikringspant er en gjort panterett som ikke er gjenstand for foreldelse, jf. foreldelsesloven § 27 tredje ledd. Pantekravet oppstår typisk ikke før kjøper hever avtalen. Rettsvernsvirkningen av det tinglyste pantedokumentet vil stå seg lenge etter hevingstidspunktet ettersom bortfall av rettsvern kan skje tidligst fem år etter at kravet i sin helhet skulle vært betalt eller kunne vært brakt til forfall av kreditor, jf. tinglysingsloven § 29 tredje ledd.

Suksessor vil ikke ha grunnbokshjemmelen til eiendommen dersom suksessor kun har et sikringspant i eiendommen. Det medfører at suksessor ikke kan tinglyse nye heftelser på eiendommens grunnbokblad, jf. tinglysingsloven § 13 første ledd. Suksessor vil derfor ha en begrenset adgang til å foreta rettslige disposisjoner over eiendommen, med mindre samtykke fremskaffes fra innehaver av grunnbokshjemmelen. I tillegg vil innehaver av grunnbokshjemmelen være legitimert til å råde over eiendommen, forutsatt at det ikke er tinglyst en urådighetserklæring på eiendommen. Sikringspant som rettsvernssurrogat begrenser derfor suksessors mulighet til å foreta juridiske disposisjoner over eiendommen.

¹¹⁷¹ Rt. 2012 s. 335, avsnitt 4.

¹¹⁷² Rt. 2012 s. 335, avsnitt 73.

¹¹⁷³ Rt. 2012 s. 335, avsnitt 75.

¹¹⁷⁴ Rt. 2012 s. 335, avsnitt 72.

7.14.3 Hjemmelsselskap

Hjemmelsselskaper er et annet rettsvernssurrogat som har vært brukt i det praktiske liv.¹¹⁷⁵ Rettsvernssurrogatet går ut på at det opprettes et aksjeselskap, det såkalte hjemmelsselskapet, som blir tinglyst som *proforma* eier av en eiendom. Hjemmelsselskapet eies 100 % av et eiendomsselskap som er den reelle eieren av eiendommen og som har eiendommen som en del av eiendomsselskapets innmat.¹¹⁷⁶ Når eiendommen overdras, skjer dette ved at eiendomsselskapet inngår en avtale om salg til et annet eiendomsselskap. Selve eiendommen overføres til kjøper som et innmatsalg fra eiendomsselskapet, mens grunnbokshjemmelen indirekte overdras gjennom et aksjesalg av hjemmelsselskapet til kjøper. Ettersom det kun er aksjene i hjemmelsselskapet som overdras, og ikke grunnbokshjemmelen, unngås dokumentavgift ved overdragelsen. Spørsmålet er om innmatsalget av eiendommen og overdragelsen av aksjene i hjemmelsselskapet verner kjøper mot et eventuelt kreditorbeslag fra eiendomsselskapets kreditorer.

Rt. 2008 s. 586 er av relevans for bruk av hjemmelsselskap som rettsvernssurrogat. Dommen omhandlet et salg av en fast eiendom i tre ledd. Ingen av overdragelsene hadde blitt tinglyst. Da det midterste omsetningsleddet gikk konkurs, var grunnbokshjemmelen til eiendommen fortsatt hos det første omsetningsleddet. Blant spørsmålene som Høyesterett måtte ta stilling til, var om boet til det midterste omsetningsleddet kunne ekstingvere det siste omsetningsleddets eiendomsrett, selv om det midterste omsetningsleddet ikke hadde grunnbokshjemmelen på konkurstidspunktet, jf. tinglysingsloven § 23. Høyesterett mente hensynet til notoritet måtte få en avgjørende betydning. Etter Høyesteretts synspunkt talte dette hensynet for at «bestemmelsen [i tinglysingsloven § 23] gjelder alle rettsstiftelser som kan tinglyses uavhengig av om debitor er hjemmelshaver».¹¹⁷⁷ Til støtte for dette viste førstvoterende til Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268, jf. punkt 5.2.2 ovenfor. Førstvoterende la deretter til at «[e]n annen løsning ville åpne for omgåelser ved at debitor påstår å ha videresolgt eiendom i de tilfeller eget erverv ikke er tinglyst».¹¹⁷⁸ Konklusjonen var følgelig at tinglysingsloven § 23 kom til anvendelse overfor konkursdebitors suksessorer, også for det tilfellet at konkursdebitor ikke var hjemmelshaver ved konkursåpningen.

Høyesterett forankret resultatet i Rt. 2008 s. 586 i hensynet til notoritet. Det er riktig at hensynet til notoritet begrunner hvorfor suksessors kreditorer ikke kan beslaglegge eiendommen. Spørsmålet som Rt. 2008 s. 586

¹¹⁷⁵ Rødsæg: «Fire kjetteriske tanker om kreditorstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 264 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 259.

¹¹⁷⁶ Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 258-259

¹¹⁷⁷ Rt. 2008 s. 586, avsnitt 34.

¹¹⁷⁸ Rt. 2008 s. 586, avsnitt 34.

aktualiserte var imidlertid om suksessors rettsforgjenger kan ekstingvere suksessors eiendomsrett. I denne konfliktsituasjonen er det andre hensyn enn notoritet som burde vært fremhevet. Høyesterett nevnte ikke hvorvidt hensynet til manglende legitimasjon hos konkursdebitor i det hele tatt var et relevant vilkår for kreditorekstinksjon. Et så grunnleggende utgangspunkt som at legitimasjon ikke er av betydning for kreditorekstinksjon burde vært klarere fremhevet av Høyesterett. Selv om det ikke uttales eksplisitt av Høyesterett, må Rt. 2008 s. 586 kunne tas til inntekt for at legitimasjon verken er et relevant hensyn eller vilkår for kreditorekstinksjon.

For ordens skyld nevnes at Høyesterett i Rt. 1999 s. 247 hadde tatt stilling til om tinglysningsloven § 20 kunne komme til anvendelse i en eiendomsoverdragelse i tre ledd.¹¹⁷⁹ Kjæremålsutvalget konkluderte med at «[t]inglysningsloven § 20 kan ikke forstås slik at kreditor har beslagsrett i en fast eiendom for krav mot tidligere eier som ikke har tinglyst sin atkomst, i et tilfelle hvor eiendommen er overdratt til og tatt i bruk av en annen».¹¹⁸⁰ Resultatet i Rt. 1999 s. 247 var overraskende. Debitors legitimasjon er ikke et relevant vilkår for kreditorekstinksjon, jf. punkt 2.1. Hadde den samme linjen blitt fulgt i Rt. 2008 s. 586, ville resultatet blitt at konkursboet til det midterste leddet ikke kunne beslaglagt eiendommen. I etterkant av Rt. 2008 s. 586 må det derfor være klart at Rt. 1999 s. 247 er tilsidesatt.¹¹⁸¹ Likevel hadde det vært ønskelig at Høyesterett uttalte seg mer prinsipielt i Rt. 2008 s. 586. Førstvoterende drøftet ikke hvordan Rt. 2008 s. 586 forholdt seg til kjennelsen i Rt. 1999 s. 247. Det eneste som ble sagt om forholdet mellom dommene var at «[s]pørsmålet er om [tinglysningsloven § 23] må forstås slik at den bare gjelder når konkursdebitor er hjemmelshaver, jf. Rt-1999-247 for så vidt angår samme lov § 20».¹¹⁸² Denne uttalelsen er utelukkende egnet til å skape forvirring omkring prejudikatverdien til Rt. 1999 s. 247. Etter min mening bør ikke Høyesteretts frykt for å gå tilbake på tidligere standpunkter trumfe behovet for rettsavklaring.

I etterkant av Rt. 2008 s. 586 har det vært diskutert om dommen har betydning for bruken av hjemmelsselskaper som kreditorvernsurrogat.¹¹⁸³ Bakgrunnen for dette er at det ikke skjer noen hjemmelsoverføring ved bruk av hjemmelsselskaper. Kjøpers eiendomserverv blir ikke registrert i grunnboken og vil følgelig ikke stå seg ved en konkurs hos selger, jf. tinglysningsloven § 23 første ledd. Når Høyesterett i Rt. 2008 s. 586 åpnet for at kreditorene til tidligere utinglyste eiere av eiendommen kan ta beslag i eiendommen, vil det være en betydelig

¹¹⁷⁹ Rt. 2008 s. 586, avsnitt 31.

¹¹⁸⁰ Rt. 1999 s. 247 på s. 250.

¹¹⁸¹ Erik Langseth: «Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?», *Tidsskrift for eiendomsrett*, nr. 2 2014 (volum 10), s. 83-91 på s. 87-88, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 274-275, Andenæs: *Konkurs* s. 254-255, Skoghøy: *Panterett* s. 208 (fotnote 530), Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysning* s. 259-260, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 760-761 (petit) og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 183-197. I litt mer reservert retning, se Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 261.

¹¹⁸² Rt. 2008 s. 586, avsnitt 31. Se også Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 275 og Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 261.

¹¹⁸³ Se Langseth: «Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?» s. 86-89 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysning* s. 258-260.

risiko for kreditorrekstinksjon ved bruk av hjemmelsselskaper som rettsvernssurrogat. Det vil også oppstå en akkumulering av ekstinksjonsrisiko ved hver overdragelse av eiendommen: Potensielle konkurssubjekter øker med hvert omsetningsledd.¹¹⁸⁴

Dersom rekken av overdragelser uten tinglysing blir lang nok, kan det tenkes at en akkumulering av ekstinksjonsrisiko vil begynne å støte mot ordlyden i dekningsloven § 2-2, jf. vilkåret «tilhører skyldneren». Et karikert eksempel kan illustrere poenget: Dersom en fast eiendom overdras gjennom bruk av et hjemmelsselskap 100 ganger, og nummer tre i omsetningsrekken går konkurs, vil det neppe være naturlig å si at eiendommen «tilhører» konkursdebitor. Hvor mange ledd bakover i omsetningsrekken som den gjeldende eieren vil løpe en ekstinksjonsrisiko ovenfor, er vanskelig å avgjøre på generelt grunnlag. Trolig er dette tankeeksperimentet mest av teoretisk interesse. Omsetningsrekken vil i praksis neppe bli lang nok til at spørsmålet settes på spissen.

For å omgå risikoen for kreditorrekstinksjon som kjøper løper ved bruk av hjemmelsselskap, foretas det ofte en rekke selskapsrettslige «modifikasjoner» som har til formål å styrke kjøpers vern ved eiendomsoverdragelsen. Eksempelvis har det vært foreslått at kjøper kan fusjonere eller fisjonere sitt selskap med hjemmelsselskapet, og deretter tinglyse hjemmelsoverføringen som skjer gjennom fusjonen eller fisjonen.¹¹⁸⁵ Slike selskapsrettslige omstruktureringer utløser ikke en plikt til å betale dokumentavgift, selv om fusjons- eller fisjonsoverdragelsen tinglyses.

I HR-2017-33-A drøftet Høyesterett kontinuitetsprinsippets betydning for spørsmålet om kreditorvern, jf. punkt 7.8. Høyesterett la til grunn at dersom en eiendom ble overdratt gjennom fusjon, ville det overtakende selskap etablere kreditorvern for ervervet såfremt det overdragende selskap hadde grunnbokshjemmelen.¹¹⁸⁶ Høyesterett konkluderte imidlertid med det motsatte dersom eiendommen ble overdratt gjennom en selskapsrettslig fisjon.¹¹⁸⁷ Begrunnelsen var at selskapsrettslige fisjoner *kan* brukes til å unndra formuesgoder fra kreditorene. Et viktig element i dommen er likevel at verken fusjons- eller fisjonsoverdragelsene hadde blitt tinglyst. Dersom overdragelsene hadde blitt tinglyst, ville hensynene til notoritet og publisitet vært ivaretatt. Hensynene bak tinglysingsloven §§ 20 og 23 taler derfor for å verne kjøper som fusjonerer eller fisjonerer med hjemmelsselskapet, såfremt fusjons- eller fisjonsoverdragelsen tinglyses.¹¹⁸⁸ Dersom lovgiver ønsker å slå ned på praksisen med tinglysing av fusjons- og fisjonsoverdragelser ved kjøp av hjemmelsselskap, må derfor fritaket fra dokumentavgiften ved tinglysing av fusjons- og fisjonsoverdragelser fjernes, jf. FOR-2019-12-13-1827 kap. 5565 post 70 § 2 første ledd bokstav k. Det er ikke opp til

¹¹⁸⁴ Rødsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorrekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 264 og Langseth: «Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?» s. 89.

¹¹⁸⁵ Langseth: «Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?» s. 89-91.

¹¹⁸⁶ HR-2017-33-A, avsnitt 45-48.

¹¹⁸⁷ HR-2017-33-A, avsnitt 33-44.

¹¹⁸⁸ Langseth: «Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?» s. 90.

Høyesterett å tolke rettsvernsreglene på en måte som sørger for at staten får mest mulige avgiftsinntekter.¹¹⁸⁹

7.14.4 Spesialforetak

Ved omsetning av næringseiendommer er det svært vanlig å benytte spesialforetak, også kjent som single purpose selskaper.¹¹⁹⁰ En slik selskapsstruktur karakteriseres av at selskapet har et smalt og spesifikt formål. Salg av fast eiendom gjennom spesialforetak skjer typisk ved at et aksjeselskap står som eier og grunnbokshjemmelshaver av én eller flere faste eiendommer. Når eiendommen(e) skal overdras til en ny kjøper, overdras aksjene i selskapet som eier og har grunnbokshjemmelen til eiendommen(e), fra selger til kjøper. Overdragelse av fast eiendom gjennom spesialforetak har flere fellestrekk med overdragelse av fast eiendom gjennom hjemmelselskaper. Hovedforskjellen er at spesialforetaket har eiendomsretten og grunnbokshjemmelen til eiendommen, mens eiendomsretten og grunnbokshjemmelen er spredt på to ulike selskaper ved bruk av hjemmelsselskaper. Denne forskjellen kan få rettslig betydning for kreditorenes beslagsadgang.

Formålet med å benytte spesialforetak ved omsetning av fast eiendom er først og fremst at gevinsten ved salg av aksjer er skattefritt, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a. Ettersom overdragelsen av den faste eiendommen skjer gjennom et aksjesalg, utløser ikke salget en skatteplikt.

Se for eksempel Rt. 2014 s. 227, avsnitt 46 og 47 hvor det fremkommer at staten aksepterte at salg av et single purpose selskap i utgangspunktet vil være skattefritt dersom selskapet har vært et single purpose selskap i hele sin levetid. For ordens skyld nevnes at ett av tvistepunktene i saken var hvorvidt en fast eiendom kunne selges for deretter å fisjoneres ut av selgers selskap og overdras uten å utløse skatt. Ettersom det utfisjonerte selskapet kun eide den faste eiendommen etter fisjonene, mente staten at fisjonen måtte anses som en illojal omgåelse av skattereglene. Etter statens syn måtte dette føre til at overdragelsen av aksjene måtte skattes som et eiendomssalg etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Høyesterett kom til at salget ikke ble rammet av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen og konkluderte følgelig med at salget var skattefritt.

En annen fordel ved omsetning av fast eiendom gjennom spesialforetak er at aksjeoverdragelsen ikke utløser dokumentavgiften, selv om de eneste verdiene i aksjeselskapet er en fast eiendom og grunnbokshjemmelen til eiendommen.

Omsetning av fast eiendom gjennom spesialforetak sørger også for at suksessor får et sterkt vern overfor selgers kreditorer. Spesialforetaket er eier av den faste eiendommen, og det er

¹¹⁸⁹ Marthinussen har fremhevet at fiskale hensyn kan være en begrunnelse for at tinglysningssystemet ikke er nærmere debattert, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 181 (petit) og Marthinussen: «Forusstranda» s. 92. Jeg oppfatter Marthinussen dithen at han ikke mener fiskale hensyn vektlegges ved tolkningen av rettsvernsreglene, men at fiskale hensyn inngår som en uuttalt begrunnelse for å opprettholde de strenge reglene i tinglysningsloven.

¹¹⁹⁰ Kåre Lilleholt: «Der ingenting er...», *Lov og rett*, nr. 7/2010 (volum 49), s. 369-370 på s. 369.

derfor i utgangspunktet kun kreditorene til spesialforetaket som kan ta beslag i eiendommen, jf. dekningsloven § 2-2. Ettersom spesialforetaket også har grunnbokshjemmelen til eiendommen, vil en overdragelse av spesialforetaket sørge for å beskytte kjøper mot selgers kreditorer. Kjøper må imidlertid etablere kreditorvern for aksjene i spesialforetaket for å være vernet mot selgers kreditorer. Det er to aktuelle rettsvernsakter ved kjøp av aksjer.

Aksjeselskaper *kan* innføres i en verdipapirsentral dersom det er bestemt i selskapets vedtekter, jf. aksjeloven § 4-4. Registreringsadgangen er frivillig. Dersom aksjene først er innført i en verdipapirsentral, «gjelder reglene i lov om allmennaksjeselskaper om slik registrering for aksjene», jf. aksjeloven § 4-4 tredje punktum. Rettsvirkningene av å registrere et aksjeselskap i en verdipapirsentral følger blant annet av allmennaksjeloven § 4-13 første ledd første punktum med videre henvisning til verdipapirsentralloven § 7-3. Dersom et spesialforetak er innført i en verdipapirsentral, *må* aksjeervert registreres i verdipapirsentralen for at kreditorvern skal etableres, jf. verdipapirsentralloven § 7-3 første ledd.

Dersom aksjeselskapet *ikke* er innført i en verdipapirsentral, følger reglene om kreditorvern av aksjeloven § 4-13 tredje ledd. Det følger av aksjeloven § 4-13 tredje ledd at et aksjeervert står seg overfor avhenders kreditorer «når selskapet har fått melding om avhendelsen fra erververen eller avhenderen». Notifikasjon er følgelig rettsvernsakten i de tilfellene aksjeselskapet ikke er registrert i en verdipapirsentral, jf. punkt 9.3.

Overføring av eiendomsrettigheter i fast eiendom gjennom spesialforetak er et effektivt og forholdsvist risikofritt rettsvernssurrogat. Dette står i motsetning til bruken av hjemmelsselskaper som rettsvernssurrogat, som kan eksponere kjøper for en betydelig ekstinksjonsrisiko fra kreditorene til tidligere salgsledd. Det er likevel ikke helt risikofritt å overdra eiendommer gjennom spesialforetak. Kjøper må sørge for å etablere kreditorvern for ervert av aksjene i spesialforetaket for å eliminere risikoen for kreditorekstinksjon.

I tillegg må den som oppretter spesialforetaket betale minimum aksjekapital ved opprettelsen av selskapet (kr. 30.000,-), jf. aksjeloven § 3-1 første ledd. Selskapet må også innføres i foretaksregisteret, jf. foretaksregisterloven § 2-1 bokstav a. Per 1. januar 2020 koster innføring i foretaksregisteret et engangsgebyr på kr 5.570,-.¹¹⁹¹ De samlede kostnadene ved opprettelsen av et spesialforetak vil imidlertid være små sammenlignet med dokumentavgiften som utløses

¹¹⁹¹ Se www.brreg.no/bedrift/gebyr-for-registrering-og-tinglysing (link sist sjekket 29. oktober 2020).

dersom grunnbokshjemmelen overføres, særlig dersom eiendommen som inngår i spesialforetaket skal overdras flere ganger.

7.14.5 Tinglysing av uoppfylt kjøpekontrakt

Det følger av tinglysingsloven § 12 at dokumenter som skal tinglyses, må gjelde «en rett» som har til gjenstand en fast eiendom. Tinglysingslovens forarbeider fremhever at betingede eiendomsretter kan tinglyses.¹¹⁹² Konsekvensen av dette er blant annet at uoppfylte kjøpekontrakter kan tinglyses på grunnbokbladet til en fast eiendom.¹¹⁹³

Dersom det er tinglyst en uoppfylt kjøpekontrakt på eiendommens grunnbokblad, kan kjøper kreve å få eiendommen overdratt fra selgers kreditorer i etterkant av et kreditorbeslag, mot å gjøre opp kjøpesummen.¹¹⁹⁴ Når alle de uoppfylte vilkårene i kjøpekontrakten oppfylles, vil imidlertid dokumentavgiften utløses. Den tinglyste kjøpekontrakten og et tinglyst bevis på at kjøpekontrakten er oppfylt vil samlet medfører en overdragelse av grunnbokshjemmelen.¹¹⁹⁵

Kjøper og selger kan tinglyse en kjøpekontrakt hvor det fremgår at grunnbokshjemmelen ikke skal overdras til kjøper før kjøpesummen er betalt. I noen tilfeller kan dette skyldes at kjøper og selger har avtalt at eiendommen skal betales på avdrag. Den uoppfylte kjøpekontrakten sørger for at selger slipper å overdra grunnbokshjemmelen til kjøper før full betaling foreligger. Samtidig kan kjøper få en sikkerhet for sine forskuddsbetalinger gjennom å tinglyse de løpende betalingene.¹¹⁹⁶

Det er også mulig at kjøper og selger blir enige om å tinglyse en uoppfylt kjøpekontrakt i den hensikt at kjøpesummen først skal betales for det tilfellet at kreditorene til selger tar beslag i eiendommen. Dersom selger ønsker oppgjør umiddelbart, kan selger tinglyse en betalingsbekreftelse som viser at kjøper har betalt hele kjøpesummen, minus en mindre sum. Grunnbokshjemmelen overdras ikke før det er tinglyst bevis på at *hele* kjøpekontrakten er oppfylt, jf. tinglysingsloven § 14 annet ledd. Kjøper trenger derfor ikke betale den resterende delen av kjøpesummen før eiendommen beslaglegges av selgers kreditorer.

Tinglysing av uoppfylte kjøpekontrakter kan fungere som et rettsvernssurrogat. Suksessor unngår en kreditorekstinksjon dersom debitor blir utsatt for gjeldsfølgning, mot at suksessor

¹¹⁹² Ot.prp.nr.9 (1935-1936) s. 22-25 og s. 28-29, Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 137 og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 41.

¹¹⁹³ Ot.prp.nr.9 (1935-1936) s. 25 og Høgetveit Berg og Bråthen-Otterbech: *Tinglysing* s. 137-138.

¹¹⁹⁴ Ot.prp.nr.9 (1935-1936) s. 23.

¹¹⁹⁵ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 87.

¹¹⁹⁶ Forarbeidene til tinglysingsloven legger til grunn at det er adgang til å tinglyse betalingsbekreftelser, jf. ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 23.

betaler den gjenværende delen av kjøpesummen, pluss dokumentavgiften. Risikoen for en godtroekstinksjon vil også være liten. Den tinglyste kjøpekontrakten, eventuelt supplert med tinglyste betalingsbekreftelser, vil vanskeliggjøre god tro hos en potensiell omsetningsserverver, jf. tinglysingsloven § 21 første ledd. Dersom debitor *ikke* blir utsatt for gjeldsforfølgning før suksessor har videresolgt eiendommen, kan debitor overføre grunnbokshjemmelen til den nye kjøperen direkte, slik at suksessor aldri trenger å betale dokumentavgift. Likevel vil det kanskje være mer treffende å omtale den uoppfylte kjøpekontrakten som en forsikring for suksessor enn å omtale den som et rettsvernssurrogat: Grunnbokshjemmelen må faktisk overdras til suksessor til slutt for at vern skal inntre overfor selgers kreditorer. Suksessor vil heller ikke ha adgang til å disponere rettslig over eiendommen uten samtykke fra hjemmelshaver før grunnbokshjemmelen er overdratt.

Dersom ordningen med uoppfylte kjøpekontrakter som rettsvernssurrogat ikke er ønskelig, må ordlyden i tinglysingsloven § 12 endres. Det er ikke tvilsomt at uoppfylte kjøpekontrakter og betalingsbekreftelser *kan* innføres i grunnboken med rettsvernsvirkninger. En uoppfylt kjøpekontrakt og en betalingsbekreftelse er utvilsomt en «rett som har til gjenstand en fast eiendom». Det er usannsynlig at Høyesterett vil tolke paragrafen innskrenkende slik at en tinglyst uoppfylt kjøpekontrakt ikke tillegges rettsvernsvirkninger.

7.14.6 Legalpant etter avhendingsloven § 2-9

Avhendingsloven § 2-9 inneholder en regel om kjøpers legalpant for utbetalinger av kjøpesummen som skjer i forkant av hjemmelsoverføringen. I bestemmelsen står det at:

«Dersom kjøperen har betalt heile eller delar av kjøpesummen, men ikkje fått heimel til eigedomen eller overteke bruken av han, har kjøperen panterett i eigedomen til trygd for kravet om tilbakeføring av ytt vederlag. Med omsyn til rettsvern og tinglysing gjeld pantelova § 6-1 fjerde ledd.»

Bestemmelsen i avhendingsloven § 2-9 tjener samme formål som et sikringspant, nemlig å sikre kjøpers forskuddsbetalinger i forkant av overskjøting. Panteretten skal sikre kjøpers krav på tilbakebetaling ved heving fra enten selger eller kjøper.¹¹⁹⁷ Kreditorvern for panteretten sikres ved tinglysing, jf. avhendingsloven § 2-9 første ledd annet punktum med videre henvisning til panteloven § 6-1 fjerde ledd annet punktum. I den grad panteretten er tinglyst, inntre i realiteten den samme sikkerheten og de samme begrensningene som oppnås gjennom sikringspant, jf. punkt 7.14.2. I motsetning til sikringspant er imidlertid ikke kjøper avhengig av selgers

¹¹⁹⁷ Harald Benestad Anderssen: *Avhendingsloven – med kommentarer*, Oslo 2008 s. 80.

medvirkning for å kunne tinglyse pantekravet i avhendingsloven § 2-9. Det er tilstrekkelig at kjøper dokumenterer at betalingen av kjøpesummen har skjedd.¹¹⁹⁸

Trygve Bergsåker har tatt til orde for at et sikringspant er å foretrekke som sikkerhetsstillelse for kjøper foran panterettigheten etter avhendingsloven § 2-9. *Bergsåker* mener sikringspantet opprettes straks handelen sluttet, mens legalpantekravet først vil oppnå kreditorvern en stund etter at forskuddsbetaling er foretatt.¹¹⁹⁹ Ved bruk av legalpanteretten i avhendingsloven § 2-9 risikerer derfor kjøper at panteretten ikke står seg overfor selgers kreditorer i tidsrommet mellom betaling finner sted og panterettigheten blir tinglyst. Jeg er enig med *Bergsåker* i at sikringspantet gir kjøper en større sikkerhet dersom sikringspantet tinglyses før forskuddsbetalingen fra kjøper har skjedd. Jeg er imidlertid ikke enig med *Bergsåker* når han skriver at:

«Bestemmelsen i § 2-9 kan for øvrig skape en viss usikkerhet, idet en senere kjøper (eller megler som innhenter pantattest) ikke kan være sikker på at eiendommen ikke tidligere er solgt, og forskudd betalt, slik at tidligere kjøper kan komme inn med en overraskende panterett i eiendommen.»¹²⁰⁰

Panteloven § 2-9 bidrar etter mitt syn ikke til noen særlig grad av usikkerhet for senere kjøper. Omsetningsvern av legalpanteretten etableres først gjennom tinglysing. Senere kjøper vil derfor ha mulighet til å sjekke om det hefter et legalpant på eiendommen i forkant av kjøpet. Senere kjøper vil ekstingvere eventuelle utinglyste legalpanterettigheter som hviler på eiendommen når han eller hun får tinglyst skjøtet eller sin panterettighet, forutsatt at kjøper ikke er kjent eller burde være kjent med legalpanterettigheten, jf. tinglysingsloven § 20 første ledd, jf. tinglysingsloven § 21 første ledd. Den eneste reelle risikoen senere kjøper løper, er at det tinglyses en legalpanterett til fordel for en tidligere forskuddsbetalende kjøper i tidsperioden mellom forskuddsbetalingen fra den senere kjøperen og tinglysingen av senere kjøpers rettighet. Sannsynligheten for at dette skal inntreffe, særlig i lys av innføringen av digital tinglysing med tidsprioritet, er svært liten.

7.14.7 Bør og kan bruk av rettsvernssurogater motvirkes?

Gjennomgangen ovenfor viser at det eksisterer rettsvernssurogater som gir kjøper en reell sikkerhet mot kreditorekstinksjon ved kjøp av fast eiendom, uten at grunnbokshjemmelen

¹¹⁹⁸ Trygve Bergsåker: *Kjøp av fast eiendom – med kommentarer til avhendingsloven*, 5. utgave, Oslo 2013 s. 145.

¹¹⁹⁹ Bergsåker: *Kjøp av fast eiendom* s. 145.

¹²⁰⁰ Bergsåker: *Kjøp av fast eiendom* s. 145.

overføres til kjøper. Det kan *de lege ferenda* drøftes om det bør være adgangen til å etablere sikkerhet mot selgers kreditorer gjennom bruk av rettsvernssurrogater, særlig med tanke på at dokumentavgiften utløses ved overføringen av grunnbokshjemmelen. Dokumentavgiften er fiskalt begrunnet.¹²⁰¹ Transaksjonsformen bør være uten betydning for avgiftsplikten. Slik jeg ser det, er det potensielt to fremgangsmåter som kan benyttes for å motvirke at rettsvernssurrogater benyttes for å omgå dokumentavgiften. Den første fremgangsmåten kan være å endre hvilket forhold som utløser dokumentavgiften. I stedet for at dokumentavgiften utløses ved hjemmelsoverdragelsen, kunne dokumentavgiften blitt utløst ved den reelle overdragelsen av eiendommen.¹²⁰² En slik løsning vil kreve en lovendring og forutsetter til dels en ny legislativ begrunnelse for avgiften. Dokumentavgiften har ikke tidligere vært begrunnet ut ifra et ønske om at alle eiendomstransaksjoner skal beskattes, ettersom tinglysing nettopp har vært frivillig. Løsningen forutsetter også at det kan konstateres et skjæringspunkt for når dokumentavgiften utløses. Hvorvidt dette ville ført til en redusert bruk av rettsvernssurrogater, er imidlertid usikkert. Det er ikke bare dokumentavgiften som er motivasjonen for å bruke for eksempel spesialforetak som et rettsvernssurrogat, jf. punkt 7.14.4.

Den andre løsningen som *de lege ferenda* kan tenkes for å motvirke bruken av rettsvernssurrogater, er at domstolen tolker rettsvernsreglene innskrenkende ved bruk av rettsvernssurrogater. Konsekvensen vil i så fall være at suksessor ikke oppnår kreditorvern gjennom bruk av rettsvernssurrogater. En slik tolkning av rettsvernsreglene ville hatt likhetstrekk med en gjennomskjæringsregel, se nærmere om gjennomskjæring i petitavsnittet nedenfor. Høyesterett har tidligere stilt seg avvisende til å innføre en gjennomskjæringsregel til fordel for utleggstakere i et tilfelle hvor utleggsdebitor hadde solgt et formuesgode til en suksessor før utleggsforretningen ble avholdt, se Rt. 2014 s. 922. Høyesterett mente at en gjennomskjæringsadgang måtte innføres av lovgiver, særlig sett i lys av at gjennomskjæring i favør utleggstaker ville ligge nært opp til en ulovfestet omstøtelsesadgang.¹²⁰³ Omstøtelsesreglene gjelder som kjent ikke for utleggstaker, jf. dekningsloven § 5-1. Det er derfor lite som tilsier at Høyesterett vil være villig til å vurdere en tingsrettslig gjennomskjæringsregel i tilfeller hvor kjøper har sikret sitt erverv gjennom bruk av rettsvernssurrogater.

Gjennomskjæringsregelen har vært særlig diskutert i skatteretten og selskapsretten, se Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 68-69. Skattemessige gjennomskjæring tar sikte på å motvirke uakseptabel skatteunndragelse.

¹²⁰¹ NOU 2007:8 En vurdering av særavgiftene s. 66-67

¹²⁰² I samme retning, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 181 (petit).

¹²⁰³ Rt 2014 s. 922, avsnitt 18 og 19.

Normen var tidligere ulovfestet, men ble lovfestet i skatteloven § 13-2 fra og med 1. januar 2020, se NOU 2016:5 og prop. 98 L (2018-2019) for en nærmere redegjørelse for regelens bakgrunn.

Utgangspunktet i selskapsretten er at det ikke skjer noen identifikasjon mellom aksjeselskapet og eierne, se Woxholth: *Selskapsrett* s. 129-130. Selskapsrettslig gjennomskjæring, eller ansvarsgjennombrudd, åpner for at aksjeeierne kan bli ansvarlige for gjeldsforpliktelsene til aksjeselskapet. Eksistensen og omfanget av den selskapsrettslige gjennomskjæringsregel er usikkert i norsk selskapsrett, se Woxholth: *Selskapsrett* s. 129-134 og Bråthen: *Selskapsrett* s. 364.

7.15 Oppsummering og avsluttende refleksjoner

I dette kapitlet har jeg søkt å fremstille grunntrekkene ved regler om rettsregistrering med utgangspunkt i tinglysningsloven. I tillegg har jeg drøftet noen utvalgte problemstillinger tilknyttet rettsregistreringsregler. I det følgende punktet vil jeg presentere noen avsluttende refleksjoner om rettsregistreringsreglene.

Et av de grunnleggende trekkene ved regler om rettsregistrering er at de er positivrettslige og preseptoriske, jf. punkt 5.2.1. Konsekvensen av den positivrettslige og preseptoriske karakteren til rettsregistreringsreglene er at de tolkes absolutt. Suksessor kan derfor, som utgangspunkt, ikke etablere kreditorvern uten å registrere sitt erverv. Likevel viste drøftelsene i punkt 7.14 at det er mulig for suksessor å etablere vern mot hjemmelshavers kreditorer uten at det foretas en overdragelse av grunnbokshjemmelen. Bruk av rettsvernssurrogater krever imidlertid at suksessor har god oversikt over ikke bare tinglysningsloven, men også tilgrensende lovgivning. Rettsvernssurrogater er derfor vanligvis forbeholdt profesjonelle parter som bevisst benytter surrogatene for å oppnå forretningsmessige fordeler.

Selv om proffaktørene spekulerer i ekstinksjonsrisikoen ved å unngå og overdra grunnbokshjemmelen, er ekstinksjonsrisikoen ved bruk av rettsvernssurrogater – forutsatt at de brukes riktig – svært liten. En forbrukerkjøper som forsøker å etablere kreditorvern etter fremgangsmåtene som er foreskrevet i tinglysningsloven, men som ikke får tinglyst ervervet i tide, løper til sammenligning en klar ekstinksjonsrisiko ved et eventuelt kreditorbeslag fra hjemmelshavers kreditorer. Som Rt. 1997 s. 1050 illustrerer, kan suksessor være helt uten skyld i at registreringen ikke har skjedd rettidig, uten at dette rokker ved kreditorenes ekstinksjonsadgang, jf. punkt 5.2.2. Etter min mening er det paradoksalt at profesjonelle parter kan oppnå vern mot hjemmelshavers kreditorer gjennom bruk av rettsvernssurrogater. Paradokset kan spissformuleres: Hvorfor skal den profesjonelle parten, som bevisst og kalkulert, unngår å etablere kreditorvern etter tinglysningslovens regler, nyte et bedre vern mot hjemmelshavers kreditorer enn en forbruker som, ubevisst og uten skyld, ikke får tinglyst ervervet sitt tidsnok? Bevisste og kalkulerte omgåelser av rettsvernsreglene er nettopp noe de

firkantede rettsvernsreglene skal motvirke. Rettsvernsreglenes absolutte karakter kan fremstå som vilkårlig og forbrukerfiendtlig i lys av rettsvernssurrogatene.

Den paradoksale siden av rettsvernsreglenes absolutte karakter illustrer hvorfor jeg mener den ulovfestede regelen om selvstendig rettsvernshevd kan – og bør – videreutvikles. En slik regel kan tenkes å komme suksessor til hjelp i de helt snevre unntakstilfellene hvor rettsvernsreglene står i fare for å produsere resultater som ikke bidrar til å fremme noen andre hensyn enn retts tekniske hensyn, jf. punkt 7.12. Disse betraktningene om selvstendig rettsvernshevd er neppe egnet til å vekke begeistring hos alle.¹²⁰⁴ Jeg stiller likevel spørsmål ved hvor skadelig det vil være å videreutvikle regelen om selvstendig rettsvernshevd. Forutsetningen for å kunne anvende en eventuell regel om selvstendig rettsvernshevd må være at suksessor fremstår verneverdig. Til sammenligning kan det stilles spørsmål ved hvilke verneverdige interesser som taler for at suksessor kan oppnå kreditorvern ved bruk av rettsvernssurrogater. Etter min mening er det *ingen* verneverdige interesser eller hensyn som ivaretas gjennom bruk av rettsvernssurrogater. God planlegging og spekulasjon i å omgå tinglysingslovens regler er ikke interesser eller hensyn som rettsvernsreglene skal verne. Rettsvernssurrogatene er effektive utelukkende på bakgrunn av at lovgivningen er fragmentert, jf. punkt 1.3.2 og 5.1. Kanskje er det derfor på tide å stille spørsmål ved hvor absolutt rettsvernsreglene *bør* være overfor suksessor som beviselige ikke har gjort noe forsøk på å foreta kreditorsvik?¹²⁰⁵

¹²⁰⁴ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 91 (petit) og Eriksen: «Et kritisk blikk på reglene om rettsvernshevd» s. 97.

¹²⁰⁵ I samme retning, se Røsæg: «Fire kjeterske tanker om kreditorekstinksjon» s. 255-257.

8 OVERLEVERING

8.1 Introduksjon

8.1.1 Tema og problemstilling

I det kommende kapittelet skal jeg undersøke *om, når og hvordan* kreditorvern kan etableres gjennom overlevering i norsk rett, jf. punkt 1.1. Med overlevering forstås først og fremst at suksessor etablerer kreditorvern gjennom at avhenderen fratas besittelsen over formuesgodet.¹²⁰⁶ Overleveringskravet kan tenkes å bli oppfylt uten fratakelse av fysisk besittelse. Hvilke krav som skal stilles for at overleveringen skal godtas som rettsvernsakt, har vært mye diskutert i teorien. Det nærmere innholdet i overleveringskravet vil være gjenstand for analyse senere i dette kapittelet.

Overlevering som rettsvernsakt kan spores tilbake til den romerrettslige konstruksjonen *traditio*.¹²⁰⁷ Av denne grunn brukes ofte begrepene tradisjon, tradisjonslæren og tradisjonsprinsippet som synonyme for overlevering som rettsvernsakt.¹²⁰⁸ Begrepsbruken kan gi inntrykk av at det er tale om ulike normative størrelser, ettersom det for eksempel kan problematiseres om et rettslig prinsipp er like bindende som en rettslig lære og *vice versa*. Siktemålet med kapitelet er ikke å foreta en gjennomgang av tradisjonens rettslige klassifikasjon og status. En slik gjennomgang vil neppe være særlig fruktbar. Hvorvidt overlevering kan oppstilles som rettsvernsakt, må utledes av rettskildene. Av denne grunn vil jeg heller ikke operere med noe klart skille mellom begrepene tradisjon, tradisjonslære eller tradisjonsprinsipp.

8.1.2 Kjennetegn ved formuesgoder som kan ha overlevering som rettsvernsakt

Som nevnt har tradisjonsprinsippet røtter tilbake til romerretten. Selv om man også i romerretten trolig kjente til abstrakte formuesgoder i form av fordringer (*res incorporales*), var det de fysiske tingene (*res corporales*) som utgjorde de fleste og mest verdifulle formuesgodene.¹²⁰⁹ I tiden etter den industrielle revolusjonen økte mengden abstrakte formuesgoder betraktelig.¹²¹⁰ Ettersom det ikke er mulig å foreta en overlevering av

¹²⁰⁶ Se Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 87-89 med videre henvisninger.

¹²⁰⁷ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 500. Se nærmere om den historiske bakgrunnen for tradisjonsprinsippet i Göranson: *Traditionsprincippet* s. 37-46.

¹²⁰⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 766, Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 500-503 og Andenæs: *Konkurs* s. 260

¹²⁰⁹ Stelander Magnussen: *Ulovfestede ekstinktive godtroervert* s. 141.

¹²¹⁰ Se spesifikt om utviklingen av immaterialrettigheter i Løvteit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 10 flg.

formuesgoder som er abstrakte, som for eksempel enkle fordringer og immaterielle rettigheter, kan ikke overlevering være rettsvernsakt for disse formuesgodene. Formuesgodene som kan realregistreres, har heller ikke behov for overlevering som rettsvernsakt: Registrering i realregisteret etablerer kreditorvern. Av disse grunner er overlevering mest aktuelt som rettsvernsakt for løsøre gjenstander som ikke kan realregistreres og for omsetningsgjeldsbrev.¹²¹¹ Enkelte generelle trekk kan identifiseres ved disse formuesgodene.

For det første er løsøre som ikke kan realregistreres og omsetningsgjeldsbrev flyttbare, ofte uten medvirkning fra profesjonelle parter. Dette i motsetning til realregistrerbare formuesgoder som fast eiendom, skip og luftfartøy. Dersom slike realregistrerbare formuesgoder skal flyttes, må det vanligvis planlegges.

For det andre er ofte omsetningshastigheten til løsøre og omsetningsgjeldsbrev forholdsvis høy. Samme løsøregjenstand overdras ofte flere ganger i løpet av forholdsvis kort tid. Enkelte løsøregjenstander skal konsumeres, og mister deretter all omsetningsverdi etter at de er konsumert. Omsetningsgjeldsbrev er også ment å ha en forholdsvis rask omsetningshastighet. Negotiabilitetsvirkningene i gjeldsbrevloven skal legge til rette for en smidig omsetning av disse typene gjeldsbrev, se nærmere om negotiabilitetsvirkninger i punkt 8.5.3.

For det tredje eksisterer alminnelige løsøregjenstander ofte i mange identiske eksemplarer. Dette fører til at det kan være vanskelig å skille løsøregjenstandene fra hverandre.¹²¹² Realregistrerbare løsøregjenstander eksisterer ofte i ett unikt eksemplar, alternativt at de er identifiserbare ved hjelp av et unikt kjennemerke eller et registreringsnummer. Ettersom det kan være vanskelig å skille mellom ulike eksemplarer av ikke-realregistrerbare løsøregjenstander, egner disse gjenstandene seg dårlig som registerenheter i et realregister.¹²¹³ Denne betraktningen gjelder ikke i like stor grad for alle typer omsetningsgjeldsbrev: Enkelte omsetningsgjeldsbrev skal registreres i en verdipapirsentral, jf. verdipapirsentralloven § 3-1 og punkt 7.5.3.

For det fjerde kan det være vanskelig for tredjemenn å få innsikt i hvilke rettigheter som hviler på formuesgoder som har overlevering som rettsvernsakt.¹²¹⁴ Det kan være mulig å iaktta hvor formuesgodene fysisk befinner seg. Den fysiske besittelsen trenger imidlertid ikke si noe om

¹²¹¹ Overlevering kan også tenkes å være en aktuell rettsvernsakt for formuesgoder med en fakultativ registreringsadgang i et rettsregister, se nærmere om dette i punkt 8.2.11.

¹²¹² Det finnes imidlertid unntak fra dette. Kostbare originalmalerier fra Pablo Picasso vil for eksempel være forholdsvis enkle å identifisere, se nærmere om skillet mellom genus- og specieytelser i punkt 8.2.8.4.

¹²¹³ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 35 (petit).

¹²¹⁴ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 135.

de reelle rettighetsforholdene, noe som vanskeliggjør tredjemenns adgang til å kartlegge rettighetsforholdene. Til en viss grad kan skriftlige hjemmelsdokumenter, som for eksempel kjøpsavtaler og kvitteringer, fungere som bevis på en overdragelse. Slike hjemmelsdokumenter kan imidlertid fabrikkere og antedateres, og tillegges derfor ikke rettsvernsvirkninger overfor kreditorene. Hensynene til notoritet og publisitet kunne blitt styrket gjennom for eksempel å utbygge Løsøreregisterets rettslige troverdighet.¹²¹⁵ Det ville vært svært kostbart og upraktisk å holde Løsøreregisteret løpende oppdatert med opplysninger om alle påheftede rettigheter i enhver løsøregjenstand.¹²¹⁶ Et slikt registreringskrav ville vært svært upraktisk og kunne potensielt virket hemmende på omsetningslivet.

8.1.3 Utviklingstrekk ved markedsplassen og betalingsformen

Markedsplassen for omsetning av løsøregjenstander har frem til begynnelsen av det 21. århundre vært dominert av fysiske butikker («brick and mortar»). I fysiske butikker betaler kjøperen som regel for ytelsen samtidig som varen overleveres. Partene har derfor små praktiske utfordringer med å holde seg til prinsippet om ytelse mot ytelse, og kjøper må sjelden yte selger kreditt. I de tilfellene det er praktisk vanskelig eller umulig for kjøper å ta med seg løsøregjenstanden i forbindelse med kjøpet, har tradisjonssurrogater kommet kjøper til unnsetning, jf. punkt 8.2.4. I tillegg har historisk sett den dominerende oppgjørsformen ved løsøreomsetning vært betaling med kontanter.

I nyere tid, og særlig fra og med begynnelsen av det 21. århundre, har det skjedd en betraktelig endring i markedsplassen og betalingsformen ved kjøp av løsøre. Nyere undersøkelser viser at en stadig større del av løsørehandelen skjer over internett. Tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB) viser en sterk vekst i netthandel de siste årene, særlig ved netthandel over landegrensene.¹²¹⁷ I 2019 viste en undersøkelse fra SSB at 80 % av nordmenn mellom 16 og 79 år har handlet på nett i løpet av de siste 12 månedene.¹²¹⁸ Etter utbruddet av Covid-19 fremstår det sannsynlig at bruk av netthandel ved løsørekjøp vil øke, i alle fall frem til viruset er bekjempet. De fleste nettbutikker krever en forskuddsbetaling, noe som gjør det vanskelig for kjøper å få

¹²¹⁵ En slik utbygging ville for øvrig

¹²¹⁶ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 35 (petit) og s. 135.

¹²¹⁷ Se <https://www.ssb.no/varehandel-og-tjenesteyting/statistikker/vroms> (link sist sjekket 29. oktober 2020). Se også https://www.ssb.no/utenriksokonomi/artikler-og-publikasjoner/_attachment/410844?_ts=16ff17e8008#page=32&zoom=100,62,338 (link sist sjekket 29. oktober 2020).

¹²¹⁸ <https://www.ssb.no/teknologi-og-innovasjon/artikler-og-publikasjoner/atte-av-ti-har-handlet-pa-nett-det-siste-aret> (link sist sjekket 29. oktober 2020).

løsøregjenstanden overlevert samtidig som betaling foretas. *Alf Ross'* uttalelse om at «Forudbetaling er en Anomalitet», står seg derfor ikke i dag.¹²¹⁹

Betalingsformen ved alminnelige løsørekjøp har også endret seg betraktelig de siste årene. De fleste betalinger foretas i dag med bankkort.¹²²⁰ Transaksjoner kan ofte spores gjennom enkel dokumentasjon fra kortutsteder. Ettersom kortutsteder er en utenforstående tredjepart, vil det ha formodningen mot seg at kortutsteder vil bidra til å antedatere eller fabrikkere betalinger som har funnet sted. Dette medfører at pengestrømmen enklere kan etterspores i dag enn da kontant betaling var den vanligste oppgjørsformen.¹²²¹

8.1.4 Terminologi

Løsøre kan deles opp i tre kategorier: Registreringspliktig løsøre, løsøre med en fakultativ registreringsadgang i et realregister og løsøre som ikke kan realregistreres. Løsøre som ikke kan realregistreres omtales tidvis som alminnelig løsøre.¹²²² Formuleringen løsøre som ikke kan realregistreres, alternativt ikke-realregistrerbart løsøre, er lang. Av hensyn til tekstflyt vil jeg i de kommende punktene omtale ikke-realregistrerbart løsøre som løsøre eller alminnelig løsøre. Terminologien er ikke helt presis. Begrepet løsøre omfatter også de øvrige løsørekategoriene, og begrepet alminnelig løsøre forutsetter at det er mulig å sondre mellom alminnelig og ualminnelig løsøre. Det er lite som tilsier at registreringspliktig løsøre er mer ualminnelig enn andre løsøregjenstander. Til tross for disse innsigelsene brukes både terminologien løsøre og alminnelig løsøre i mangel på alternative forkortelser.

8.1.5 Oversikt over videre fremstilling

I punkt 8.2 analyseres spørsmålene *om, når og hvordan* kreditorvern kan etableres for eiendomsrettigheter i løsøre som ikke kan realregistreres, jf. punkt 1.1. Temaet har vært gjenstand for omfattende diskusjon i teorien og vies derfor forholdsvis stor plass her. I punkt 8.3 og punkt 8.4 drøftes *om, når og hvordan* kreditorvern kan etableres for henholdsvis

¹²¹⁹ Ross: *Ejendomsret og ejendomsøvergang* s. 162.

¹²²⁰ En undersøkelse utført av Norges Bank i 2017 viste at 86 % av alle transaksjoner på utsalgsstedene som deltok i undersøkelsen ble utført med betalingskort. Kontantbetaling ble brukt i 11 % av transaksjonene. Mellom private ble kontant betaling benyttet i 15 % av transaksjonene, mens nettbank og betaling gjennom mobiltelefon (Vipps m.m.) samlet ble benyttet i 80 % av transaksjonene. Den samlede verdien av kontantbetalinger utført mellom private og næringsdrivende var på 6 % av total omsetningsverdi. Link til undersøkelsen (statistikken er hentet fra s. 17 og 18 i undersøkelsen): https://static.norges-bank.no/contentassets/acf2fe440bc6483393bda6d66acc29fa/nb_memo_2_18.pdf?v=05/24/2018084221&ft=.pdf (link sist sjekket 29. oktober 2020). Se også Kai A. Olsen: *Norge blir kontantfritt*, rapport skrevet for NHO Reiseliv, Molde 2017 s. 8 (83 % av de som deltok i en spørreundersøkelse brukte bare kort eller mest kort som betalingsmiddel) og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 13.2.

¹²²¹ I samme retning Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter» s. 92.

¹²²² Mortensen: *Indføring i tingsretten* s. 37 og 46.

panterettigheter og bruksrettigheter i løsøre som ikke kan realregistreres. I punkt 8.5 drøftes om, når og hvordan kreditorvern kan etableres i omsetningsgjeldsbrev. Noen avsluttende refleksjoner fremsettes i punkt 8.6.

8.2 Etablering av kreditorvern for eiendomsrett i alminnelig løsøre

«Individuell eiendomsrett til enkelte arter av løsøre er altså meget gammel: den er eldre enn all historie.»

Fredrik Stang, *Historisk innledning til formueretten. Kapittel 1.*

Formuerettens utvikling, Oslo 1973 s.

3.

8.2.1 Innledning

Det har i lang tid vært diskutert i nordisk teori hvordan løsørekjøper kan verne seg mot selgers kreditorer.¹²²³ Det var tidligere antatt i norsk rett at kjøper var beskyttet mot selgers kreditorer allerede fra avtaletidspunktet.¹²²⁴ Dette har vært omtalt som avtaleprinsippet. Etter avtaleprinsippet vil kjøper oppnå kreditorvern når kjøper og selger har inngått en bindende avtale om overdragelse av løsøregjenstanden. Dette prinsippet kan spores tilbake til naturrettslig tankegods. Viljens autonomi stod sterkt i naturretten. Hadde partene til intensjon å overføre eiendomsretten, var det alt som skulle til for å effektivere en overdragelse.¹²²⁵

På slutten av 1700-tallet skjedde det en gradvis overgang til romerrettstenkning, hovedsakelig på bakgrunn av *Immanuel Kants* lære om overlevering (tradisjon) som vilkår for å stifte eiendomsrett.¹²²⁶ Overleveringskravet utviklet seg gradvis til å bli et nødvendig vilkår for å overføre eiendomsrettigheter i løsøregjenstander. I dag drøftes ikke overlevering som et

¹²²³ Se eksempelvis Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 336, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 301, Andenæs: *Konkurs* s. 260 og Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 226.

¹²²⁴ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 500 og Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsrett* s. 336. Som eksempler på forfattere som har hevdet at erverver er beskyttet mot selgers kreditorer allerede fra avtaletidspunktet, se Nikolaus Gjelsvik: *Norsk Tingsret*, 2. utgave, Oslo 1926 s. 294-297, Lindebrække: *Eiendomsrett og konkursbeslag* s. 207 (går imidlertid inn for tradisjon som rettsvernssakt *de lege ferenda*).

¹²²⁵ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 500 og Max Kaser, Rolf Knütel & Sebastian Lohsse: *Romersk privatrett*, 21. utgave, München 2017, svensk oversettelse av Claes Peterson utgitt i Stockholm 2017 s. 218 (petit).

¹²²⁶ Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret* s. 336.

nødvendig vilkår for å overføre eiendomsretten, men som et vilkår for å etablere rettsvern, jf. punkt 4.1.

Det finnes ingen autoritative kilder som fastslår hvordan kreditorvern etableres for eiendomsrettigheter i løsøre.¹²²⁷ Det har heller aldri vært noen unison enighet om hvilken løsning som skal legges til grunn.¹²²⁸ Det er i dag alminnelig antatt at overlevering er *tilstrekkelig* for å etablere kreditorvern i løsøre. Spørsmålet som diskuteres, er derfor om overlevering også er *nødvendig* for å etablere kreditorvern i løsøre.¹²²⁹

Adgangen til å oppstille ulovfestede kreditorvernregler må som utgangspunkt være liten, jf. punkt 5.4. Det er imidlertid enkelte særforhold ved kreditorvernregelen for eiendomsrettigheter i alminnelig løsøre som kan moderere dette utgangspunktet. Det første forholdet er at overleveringskravet har en historisk kobling til de romerrettslige reglene om *traditio*.¹²³⁰ Det andre forholdet er at etablering av kreditorvern ved løsørekjøp har vært gjenstand for omfattende diskusjoner i norsk teori, og har også vært delvis behandlet i eldre høyesterettspraksis. Konsekvensen av disse forholdene er at rommet for hensynsbaserte drøftelser trolig er større ved etableringen av en ulovfestet kreditorvernregel ved løsørekjøp enn ved etablering av andre ulovfestede kreditorvernregler.¹²³¹ Konklusjonen til *Brækhus* og *Hærem* illustrerer på en god måte hvor vidt argumentasjonsrommet kan tenkes å være:

«Forøvrig er gjeldende rett så pass usikker at man må regne med at domstolene vil stå temmelig fritt. Det gjelder intet ubetinget krav om overlevering, men det er heller ikke alltid at avtalen vil være nok. De regler vi ovenfor er kommet frem til de *lege ferenda*, må muligens også kunne hevdes de *lege lata*.»¹²³²

I de kommende punktene vil jeg først redegjøre for forutsetningene for de videre drøftelsene, temaets aktualitet, hvilke mulige skjæringstidspunkter som *de lege ferenda* kan tenkes for løsørekjøpers kreditorvern og hvilken funksjon overleveringen kan tenkes å ha ved etablering av kreditorvern for eiendomsrett i løsøre, jf. punktene 8.2.2-8.2.5. I punktene 8.2.6-8.2.8 vil jeg *de lege lata* undersøke tre alternative regler om løsørekjøpers kreditorvern. I punkt 8.2.9 vil jeg fremsette mine betraktninger *de sentetia ferenda* om hvilken rettsvernsakt som *bør* gjelde ved

¹²²⁷ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 500. Se også Gjelsvik: *Norsk Tingsret* s. 293-294.

¹²²⁸ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 500-502.

¹²²⁹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 301-302 og Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 2. Dette var også utgangspunktet for drøftelsen til Nikolaus Gjelsvik allerede i 1926, se Gjelsvik: *Norsk Tingsret* s. 291-292.

¹²³⁰ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 217. Se nærmere om den historiske bakgrunnen for tradisjonsprinsippet i Göranson: *Traditionsprincipen* s. 37-46.

¹²³¹ I samme retning, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213 og 217.

¹²³² Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 514.

løsørekjøp. Avslutningsvis vil jeg i punktene 8.2.10-8.2.14 drøfte om det kan tenkes å gjelde særegne kreditorvernregel i noen bestemte typetilfeller.

8.2.2 Forutsetning for drøftelsen

Den faktiske situasjonen som er gjenstand for undersøkelse i de kommende punktene, er etablering av kreditorvern ved *alminnelig løsøresalg*. De hensynene som diskuteres ved alminnelig løsøresalg, kan tenkes å få en annen vekt når løsøregjenstanden overdras gjennom gave eller gavesalg. Overdragelse av løsøre gjennom gave og gavesalg behandles særskilt under punkt 8.2.13.

Videre er det hovedsakelig i situasjoner hvor kjøper forskuddsbetaler for løsøregjenstanden, alternativt lar løsøregjenstanden bli stående igjen hos selger etter betaling, som behandles i det følgende. Det er først i disse situasjonene at spørsmålet om løsørekjøpers kreditorvern settes på spissen.¹²³³ Løsørekjøper vil klart nok være vernet mot selgers kreditorer dersom overlevering *har* skjedd, jf. punkt 8.2.1.

Virkingen av at løsørekjøper ikke tilkjennes en separatistrett i løsøregjenstanden i de tilfellene gjenstand blir stående hos selger etter betaling, kan være betydelig. Dersom kjøper *ikke* tilkjennes en separatistrett i løsøregjenstanden, vil kjøper *de facto* ha ytt selger en usikret kreditt. Ved vurderingen av hvilken konsekvens den manglende separatistretten vil ha for kjøper, må det sondres mellom situasjoner hvor ekstingverende part er et konkursbo eller en utleggstaker. Forskuddsbetalende kjøper vil, for det tilfellet at selger har gått konkurs, stå igjen med et dividendekrav i selgers konkursbo. Det er ofte lite eller ingenting igjen til uprioriterte kreditorer. Kjøper risikerer derfor å tape hele den forskuddsbetalte summen, uten å kunne kreve løsøregjenstanden utlevert fra konkursboet.

Dersom en enkeltsøkende kreditor tar utlegg i den forskuddsbetalte løsøregjenstanden, kan det foreligge en rettsmangel i avtaleforholdet mellom selger og forskuddsbetalende kjøper, jf. kjøpsloven § 41 første ledd og forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd bokstav g. Skjæringstidspunktet for vurderingen av om det foreligger en rettsmangel, settes som utgangspunkt til tidspunktet for risikoens overgang.¹²³⁴ Det kan derfor sondres mellom opprinnelige og etterfølgende rettsmangler. Dersom utlegget heftet på løsøregjenstanden før risikoens overgang, vil rettsmangelen være opprinnelig. Løsørekjøper kan da tenkes å ekstingvere utleggspantet gjennom godtroerervsloven § 1, forutsatt at en overlevering av

¹²³³ Andenæs: *Konkurs* s. 260. Se også Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 226.

¹²³⁴ John Egil Bergem og Stein Roglien: *Kjøpsloven med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 283.

løsøregjenstanden skjer etter kreditorbeslaget. Løsørekjøper trenger imidlertid ikke å påberope ekstinksjon overfor utleggstaker, og kan i stedet velge å fremme et mangelskrav overfor selger.¹²³⁵ Dersom utlegget tas i etterkant av risikoens overgang, og kjøper ikke har etablert kreditorvern for ervervet, vil det foreligge en etterfølgende rettsmangel. Også slike mangler vil selger hefte for, jf. kjøpsloven § 21 annet ledd første punktum og forbrukerkjøpsloven § 18 tredje ledd.¹²³⁶ Forskuddsbetalende kjøper må forfølge mangelskravet overfor selger for å unngå et økonomisk tap. Utsiktene til å få dekning fra selger kan være dårlig, ettersom et utlegg ofte er en indikasjon på en sviktende økonomi hos selger. Forskuddsbetalende kjøper risikerer derfor et økonomisk tap dersom han eller hun ikke tilkjennes kreditorvern overfor utleggstaker.

8.2.3 Aktualitet

Løsørekjøpers kreditorvern har vært viet betydelig oppmerksomhet i norsk teori. Senest i 2016 utga *Hilde Hauge* en bok som var viet temaet.¹²³⁷ Spørsmålet er likevel ikke blitt endelig avklart ved lov eller en avgjørende dom. Begrunnelsen for dette er trolig sammensatt. Det er en kjensgjerning at lovgiver ikke har vært opptatt av å foreta en systematisk gjennomgang av formueretten. I stedet har lovgiver produsert enkeltstående lover når behovet har vært presserende, eller når det har vært tatt initiativ til lovrevisjon gjennom det nordiske lovsamarbeidet.¹²³⁸ Det kan derfor tenkes at lovgiver ikke har sett verdien av å lovregulere løsørekjøpers kreditorvern, og heller latt det være opp til domstolene, i samspill med teorien, å løse problemet.

Fra kreditorenes side kan det være flere grunner til at det ikke er ønskelig å prøve adgangen til å beslaglegge en løsøregjenstand. For utleggstakers del kan prosessrisikoen være for høy. Utleggstaker vil også ha adgang til å skaffe seg utlegg i andre formuesgoder enn løsøregjenstander som utleggsdebitor hevder han eller hun har solgt. Fra konkursboets side vil bostyrer ofte være interessert i å gjennomføre en rask og endelig realisering av debtors aktiva. En kostbar og tidkrevende rettssak vil føre til en forsinket konkursavvikling, samt en redusert bomasse dersom konkursboet ikke vinner frem. Fra løsørekjøpers side kan prosessrisikoen hindre at han eller hun velger å angripe et kreditorbeslag med rettslige midler. Prosessrisikoen vil ofte være større enn den mulige verdien av å bli tilkjent en separatistrett til en løsøregjenstand. Det kan likevel tenkes løsøregjenstander som er kostbare nok til at

¹²³⁵ Bergem og Rognlien: *Kjøpsloven med kommentarer* s. 283.

¹²³⁶ Bergem og Rognlien: *Kjøpsloven med kommentarer* s. 283 og s. 286.

¹²³⁷ Hilde Hauge: *Løsøererververs kreditorvern*, Bergen 2016.

¹²³⁸ Tørum: «Konsekvens i formueretten» s. 317-318.

prosessrisikoen kan være spiselig for både kreditorene og løsørekjøper, eksempelvis dersom den omtvistede løsøreobjekten er et originalt maleri av høy verdi.

Avgjørelse fra Oslo tingrett av 28. mai 2020 (saksnr.: 19-143012TVI-OTIR/03) illustrerer at en tvist om kreditorvern ved løsørekjøp kan tenkes å ha en høy tvisteverdi. Saken kan gjenfinnes i følgende artikkel: <https://rett24.no/articles/klient-vant-erstatningssak-mot-dla-piper> (link sist sjekket 29. oktober 2020). Saken omhandlet erstatningskrav mot et advokatselskap som følge av mangelfull rådgivning. Advokatfirmaet ble dømt til å betale kr 8.636.000,- i erstatning til sin tidligere klient. Erstatningskravet var begrunnet i at en rekke anleggsmaskiner ikke hadde blitt overlevert til klienten i forbindelse med at maskinparken ble kjøpt som ledd i en selskapsrettslig omorganisering. Boet til selger tok beslag i maskinparken under henvisning til at kjøpet manglet kreditorvern. Et sentralt spørsmål i saken var derfor hvorvidt kreditorvern ved løsørekjøp fordret en overlevering. Tingretten konkluderte med at det var erstatningsbetingende uaktsomt av advokatfirmaet «at ikke spørsmålet om rettsvern ble fremhevet og belyst for klientene». Tingrettens dom er anket.

Høgetveit Berg fremhever at debitor vanligvis har underpantsatt sitt varelager og driftstilbehør.¹²³⁹ Han legger videre til grunn at pantnaver med rettsvern vil «uansett gå framom kjøperen sin rett til lausøyre som ikke er overlevert».¹²⁴⁰ *Høgetveit Berg* mener dette er forklaringen på hvorfor løsørekjøpers kreditorvern ikke har vært avklart i rettspraksis.¹²⁴¹ Et varelager eller et driftstilbehørspant kan bortfalle i enkeltgjenstander gjennom alminnelig omsetning. Det har vært antatt at tidspunktet for løsørekjøpers kreditorvern sammenfaller med tidspunktet for bortfall av driftstilbehørspant og varelagerpant, jf. punkt 7.6.1. Dersom løsørekjøper kan etablere kreditorvern før overlevering har skjedd, er det ikke nødvendigvis riktig at pantnavers rett vil gå foran forskuddsbetalende kjøpers rett. Jeg er derfor ikke enig i at adgangen til underpantsettelse av varelager og driftstilbehør har gjort temaet løsørekjøpers kreditorvern mindre aktuelt for rettslig prøving.

Ettersom temaet har vært gjenstand for grundig drøftelse i teorien, kan det hevdes at det vanskelig vil kunne presenteres noe nytt bidrag til de allerede eksisterende drøftelsene. *Sjur Brækhus* har også hatt en betydelig innflytelse for spørsmålet om løsørekjøpers kreditorvern, og det kan tenkes at hans synspunkter i stor grad har blitt lagt til grunn som gjeldende blant noen, se nærmere om dette i punkt 8.2.6.¹²⁴² Jeg er imidlertid ikke enig i at *Brækhus*' innflytelse fører til at løsørekjøpers kreditorvern er et lite aktuelt tema. Det er ingen nødvendighet at en ulovfestet regel må bygge på eksisterende oppfatninger i teorien. Teoriens resonnementer må etterprøves og vurderes.¹²⁴³ Når rommet for hensynsbaserte drøftelser er relativt stort, vil det være et tilsvarende stort rom for fornyede avveininger og prøving av de ulike hensynene.

¹²³⁹ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 8.

¹²⁴⁰ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 8.

¹²⁴¹ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 8 og s. 22.

¹²⁴² Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 22: «I tillegg må Brækhus' eiga 'tyngd' ikke undervurderast.» Se også Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 304-305 og Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 216 som skriver, på generelt grunnlag, at «teorien faktisk kan ha stor innflytelse på rettsutviklingen».

¹²⁴³ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 51.

8.2.4 Mulige skjæringstidspunkter for løsørekjøpers kreditorvern

I teorien har avtale og overlevering vært fremhevet som de to mest aktuelle skjæringspunktene for løsørekjøpers kreditorvern.¹²⁴⁴ Dersom avtalen i seg selv er tilstrekkelig for at suksessor skal være vernet mot kreditorene, vil kreditorvern kunne oppnås allerede på det tidspunktet partene har inngått en bindende avtale om overdragelse av løsøregjenstanden. Et mulig ytterpunkt kan derfor være at avtalebinding *inter partes* får aksessorisk virkning for kreditorene. Avtaleprinsippet kan imidlertid modifiseres slik at ikke enhver avtalebinding *inter partes* har virkninger for kreditorene. Etter gjeldende rett kan for eksempel ikke avtaler som er gjort *proforma* stå seg overfor kreditorene, jf. punkt 5.3.4. Kreditorvern kan heller ikke etableres dersom løsøregjenstand ikke er individualisert på avtaletidspunktet, se nærmere om vilkåret til individualisering i punkt 8.2.8. Dersom det stilles form- og/eller innholds krav til avtalen for at den skal tillegges rettsvernsvirkninger, vil det ikke nødvendigvis være et sammenfall mellom avtalens funksjon som stiftelsesgrunnlag på den ene side og avtalens rettsvernsskapende funksjon på den annen side. Reglene om kreditorvern for salgspant i panteloven § 3-17 viser for eksempel at det kan stilles formkrav til avtalen for at den skal tillegges rettsvernsvirkninger, se nærmere om denne regelen i punkt 8.3.1.

Dersom overlevering er nødvendig for å etablere kreditorvern for eiendomsrettigheter i løsøre, vil ikke rettighetsovergangen *inter partes* være tilstrekkelig for å verne suksessor mot kreditorene. Suksessor må, i tillegg til å inngå avtalen, sørge for at en overlevering skjer. Det kan drøftes hva som skal til for at kravet til overlevering tilfredsstilles. En fysisk overlevering fra selger til kjøper tilfredsstiller klart nok overleveringskravet. Hovedsynspunktet i teorien synes å være at et rådighetstap hos selger, i form av fratakelse av selgers fysiske kontroll over løsøregjenstanden, tilfredsstiller overleveringskravet.¹²⁴⁵ Hvorvidt løsøregjenstanden overleveres til kjøper eller kjøpers hjelper, bør være av liten betydning.¹²⁴⁶ Begrunnelsen for at et rådighetstap bør tilfredsstille overleveringskravet, er at det bør være samsvar mellom overleveringskravet ved løsørekjøp og håndpantregelen i panteloven § 3-2 annet ledd annet punktum, jf. punkt 8.3.2.¹²⁴⁷

Det har i teorien vært fremhevet at kreditorvern ikke nødvendigvis bare kan etableres gjennom avtale eller overlevering. Flere alternative skjæringspunkter har vært fremhevet, særlig

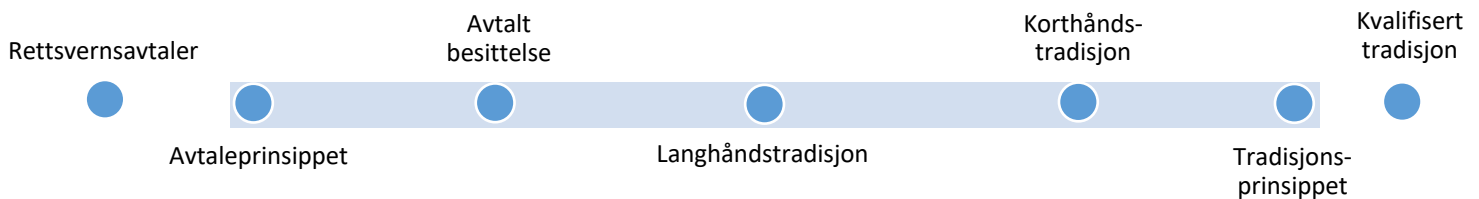
¹²⁴⁴ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 499-503.

¹²⁴⁵ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 88-89, Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 16-17, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 766 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 308 synes å forutsette at det kun er en fysisk overlevering som tilfredsstiller overleveringskravet.

¹²⁴⁶ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 16.

¹²⁴⁷ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 16-17 og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 89.

gjennom at tradisjonsprinsippet har vært gjenstand for en rekke modifikasjoner. For å illustrere noen ulike tenkelige skjæringspunkter, kan man tenke seg en skala. Helt til venstre i skalaen ligger handlinger som oppstår forut i tid for avtaleinngåelsen. Helt til høyre i skalaen ligger handlinger som krever at kjøper foretar seg mer enn å få løsøregjenstanden fysisk overlevert til seg.



Den blå linjen i skalaen viser de to ytterpunktene som fremheves i teorien for å etablere kreditorvern, avtaleprinsippet og tradisjonsprinsippet. Punktene utenfor den blå linjen viser at ytterpunktene kan utvides *de lege ferenda*. Helt ytterst på venstresiden ligger handlinger som er forut i tid for avtaleinngåelsen. For eksempel kan det tenkes at suksessor kan etablere kreditorvern *før* avtalen om eiendomsoverdragelsen er inngått, for eksempel gjennom en egen avtale om etablering av kreditorvern. Slike rettsvernsavtaler godtas klart nok *ikke* i norsk rett, jf. punkt 5.2.4. Ett hakk til høyre på skalaen kan avtaleprinsippet plasseres, slik dette er beskrevet ovenfor.

De neste tre hakkene på skalaen er ulike tradisjonssurrogater. Med tradisjonssurrogater forstås at tredjemannsvirkningene av overlevering utløses gjennom handlinger som har til formål å frata selgeren den fysiske og juridiske rådigheten over løsøregjenstanden, uten at gjenstanden fysisk overleveres til kjøper.¹²⁴⁸ De tre tradisjonssurrogatene som er innført i skalaen, er *traditio brevi manu* (korthåndstradisjon), *traditio longa manu* (langhåndstradisjon) og *constitutum possessorium* (avtalt besittelse).¹²⁴⁹ Alle disse tradisjonssurrogatene har historiske røtter tilbake til romerretten.¹²⁵⁰

Avtalt besittelse er det tradisjonssurrogat som ligger nærmest avtaleprinsippet. Avtalt besittelse innebærer at selger etter avtale beholder formuesgodet på vegne av kjøper. Dersom kjøper

¹²⁴⁸ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 4-5.

¹²⁴⁹ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 5.

¹²⁵⁰ Se nærmere om dette i Göranson: *Traditionsprincipen* s. 61-76.

oppnår vern mot selgers kreditorer gjennom en slik avtale, ligger avtalt besittelse svært tett opp til et avtaleprinsipp. *Hauge* mener for eksempel en annerkjennelse av avtalt besittelse vil føre til et «overleveringskrav [som] i realiteten vil være deklarasjonskrav». ¹²⁵¹ Det er antatt i norsk rett at avtalt besittelse ikke tilfredsstiller et eventuelt overleveringskrav. ¹²⁵²

Et hakk til høyre for avtalt besittelse kan langhåndstradisjon plasseres. Etter dette tradisjonssurrogatet er det tilstrekkelig at en tredjemann sitter med gjenstanden på vegne av suksessor ved avtaleinngåelsen for at kreditorvern skal etableres. Panteloven § 3-2 annet ledd første punktum er et eksempel på en bestemmelse som er utformet i tråd med langhåndstradisjon, jf. punkt 8.3.2.

Tradisjonssurrogatet som ligger nærmest tradisjonsprinsippet, er korthåndstradisjon. Dette tradisjonssurrogatet innebærer at overlevering ikke er nødvendig dersom kjøper sitter med gjenstanden på avtaletidspunktet. Korthåndstradisjon vil trolig kvalifisere som en overlevering i norsk rett. Rådigheten over løsørestanden har blitt overført fra selger til kjøper. Det er ingen hensyn som taler for at kjøper bør tilbakelevere løsørestanden til selger, for deretter å få det overlevert til seg på nytt. ¹²⁵³

Nok et hakk til høyre på glideskalaen kan tradisjonsprinsippet plasseres, i den forstand at kjøper må få løsørestanden fysisk overlevert til seg. Helt ytterste på høyresiden av skalaen kan man tenke seg et kvalifisert tradisjonsprinsipp. For eksempel kan det stilles krav til at overleveringen av løsørestanden må skje foran en *notarius* eller vitner for at overlevering skal ha rettsvernsvirkninger. Dette ville sørget for mer notoritet og publisitet omkring overdragelsen enn en overlevering alene. Det er likevel ikke tvilsomt at en fysisk overlevering er tilstrekkelig for å etablere kreditorvern for eiendomsrett i løsøre etter norsk rett. Noe kvalifisert overleveringskrav er det klart nok ikke grunnlag for *de lege lata*.

Formålet med skalaen er ikke å fremsette en fullstendig oversikt over alle tenkelige skjæringstidspunkter for når suksessor potensielt kan etablere kreditorvern for eiendomsrettigheter i løsøre. Formålet er å illustrere at de to ytterpunktene som oppstilles i

¹²⁵¹ *Hauge: Løsøreerverters kreditorvern* s. 91.

¹²⁵² *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 301. Se til sammenligning mindretallet i Rt. 1910 s. 231 på s. 233 som fremhever at en avtalt besittelse ikke utelukker at kjøper kan være vernet mot selgers kreditorer. Se også *Hauge: Løsøreerverters kreditorvern* s. 195 for en mer nyansert konklusjon.

¹²⁵³ Se til illustrasjon Rt. 1878 s. 412, s. 415 (særvotum): «[...] Hvis f. Ex. en Person, der hos en Uhrmager kjøber et Uhr, som han paa sædvanlig Maade betaler kontant, vil lade Uhrmageren beholde Uhret for at regulere det, saa kan det efter min Mening ikke være nødvendigt, at Kjøberen, for at sikre sig Eiendomsretten til Uhret, først tager det i Haanden og derefter leverer det tilbage til Uhrmageren; det maa være tilstrækkeligt, at Salget eller Kjøbet definitivt er afsluttet [...]».

teorien, avtale kontra overlevering, ikke nødvendigvis trenger å være ytterpunkter. Det kan *de lege ferenda* tenkes at ytterpunktene utvides. I tillegg kan det *de lege lata* foreligge skjæringstidspunkter for etablering av kreditorvern som ligger et sted mellom avtale og overlevering. Argumentasjonsrommet for hvilket skjæringstidspunkt som gjelder ved etablering av kreditorvern for eiendomsrettigheter i løsøre, kan derfor tenkes å romme flere løsninger enn bare avtale og overlevering.

8.2.5 Overleveringens funksjon som vilkår, rettsvernsakt, skjæringstidspunkt og bevispresumsjon

Overlevering kan tillegges ulike funksjoner etter ulike regler. Etter panteloven § 3-2 annet ledd første punktum oppstilles overlevering som en rettsvernsakt for avtalepant i alminnelig løsøre. Godtroervervloven § 1 første ledd første punktum oppstiller overlevering som en sikringsakt for godtroekstinksjon. Overlevering kan også tenkes å bli tillagt ulike funksjoner ved drøftelsen av løsørekjøpers kreditorvern.¹²⁵⁴

En mulig funksjon som overlevering kan ha ved drøftelsen av løsørekjøpers kreditorvern er at overlevering er et absolutt vilkår for å etablere kreditorvern. Dersom overlevering er et absolutt vilkår for å etablere kreditorvern, vil overlevering fungere som en ulovfestet rettsvernsakt.¹²⁵⁵ Overlevering trenger imidlertid ikke å være et absolutt vilkår for å etablere kreditorvern ved løsørekjøp. Som jeg skal komme nærmere tilbake til under punkt 8.2.6 og 8.2.7, har det vært åpnet for at overlevering ikke alltid er nødvendig for å etablere kreditorvern overfor selgers kreditorer. Dersom det åpnes for at kreditorvern kan etableres uten overlevering, kan overlevering tenkes å ha minst to ulike funksjoner. Den første funksjonen er at overlevering som *hovedregel* må gjennomføres for å etablere kreditorvern, men at det åpnes for mer eller mindre vidtrekkende unntak fra overleveringskravet.¹²⁵⁶ Spørsmålet som da melder seg, er hvilke unntak som kan tenkes, og hva som skal til for å oppstille slike unntak. I dette tilfellet vil fortsatt overlevering fungere som en ulovfestet rettsvernsakt, men det åpnes også for at suksessor kan etablere kreditorvern på bakgrunn av andre supplerende vurderingstema.

Dersom overlevering ikke kan anses å være et rettslig vilkår for å etablere kreditorvern, kan overlevering få en annen funksjon. Overlevering kan da være en faktisk hendelse som taler for

¹²⁵⁴ Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 87.

¹²⁵⁵ Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 87.

¹²⁵⁶ I denne retning, se Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 15-16: «Ved å operere med ein hovudregel vil ein, meir eller mindre umedvete, krevja at argumenta som eventuelt skal grunnje 'unntak' må vera sterkare enn om det ikkje fanst nokon hovudregel. Det blir med andre ord skapt ein presumsjon for at hovudregelen skal følgjast der ein elles er tvil [sic]. Ut frå min – sær s vage – konklusjon de lege ferenda, blir derimot konsekvensen at eg generelt vil stille små krav for å stille opp unntak frå tradisjonsprinsippet [...]»

at suksessor har etablert kreditorvern. Overleveringens funksjon kan da være som en *bevispresumsjon* eller et *bevismoment* for at kreditorvern er etablert.¹²⁵⁷

Uansett hvilken funksjon som overleveringen tillegges, vil hensikten med overleveringen være å fastsette et skjæringstidspunkt for suksessors kreditorvern. Skjæringstidspunktet kan være mer eller mindre klart. Dersom overlevering anses som et absolutt vilkår for å etablere kreditorvern, vil skjæringstidspunktet for løsørekjøpers kreditorvern kunne fastsettes ganske enkelt. Rettsanvenderen trenger bare å klarlegge når overleveringen rent faktisk har skjedd for å fastslå skjæringstidspunktet. Dersom den ulovfestede kreditorvernregelen utpeker et mer eller mindre skjønnspreget vurderingstema, og overlevering bare inngår som en bevispresumsjon eller et bevismoment, kan det imidlertid tenkes at rettsanvenderen må foreta en mer inngående rettslig og faktisk vurdering for å avgjøre om løsørekjøper har etablert kreditorvern.

I de følgende punktene skal jeg drøfte tre utforminger av regelen for å etablere kreditorvern ved løsørekjøp. Ettersom rommet for hensynsbaserte drøftelser er stort ved drøftelse av løsørekjøpers kreditorvern, jf. punkt 8.2.1, kan flere ulike løsninger tenkes *de lege lata*. Reglene kan tenkes å supplere hverandre. Dette er den tradisjonelle oppfatningen i teorien av reglene som skal diskuteres: Overlevering anses som hovedregelen, interesselæren anses som et unntak fra overleveringskravet og individualisering anses som et tilleggsvilkår til interesselæren, se nærmere om dette i punkt 8.2.6-8.2.8. De tre reglene som drøftes kan imidlertid tenkes å utgjøre selvstendige regler for å etablere kreditorvern ved løsørekjøp. Hvordan de ulike reglene forholder seg til hverandre, vil være gjenstand for nærmere undersøkelser i de kommende punktene. Reglene kan kanskje utformes på følgende måter:

- Dersom overlevering har skjedd, så har suksessor etablert kreditorvern.
- Dersom suksessor ikke har ytt selger usikret kreditt, så har suksessor etablert kreditorvern.
- Dersom løsøregjenstanden er individualisert i favør av suksessor, så har suksessor etablert kreditorvern.

Disse tre reglene vil i de følgende punktene omtales som henholdsvis regelen om overlevering, interesselæren og individualisering. Vurderingstemaene som reglene legger opp til, er i ulik grad skjønnspreget, og overleveringen kan tillegges ulike funksjoner etter de tre reglene, noe jeg vil komme nærmere inn på ved drøftelsen av de ulike reglene i punkt 8.2.6-8.2.8.

¹²⁵⁷ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 87.

8.2.6 Overlevering

Overlevering har i etterkrigstiden vært et midtpunkt for diskusjonen om løsørekjøpers kreditorvern. *Falkanger* og *Falkanger* mener for eksempel at det har «utkrystallisert seg den ulovfestede hovedregelen at løsøretingen må være fysisk overført til S (eller hans representant) for at disposisjonen skal stå seg i forhold til B».¹²⁵⁸ Denne hovedregelen har imidlertid aldri blitt fastslått av Høyesterett.

På tross av mangelen på et klart høyesterettsprejudikat, har løsørekjøpers vern overfor selgers kreditorer vært tema for prøving i eldre høyesterettspraksis, se deriblant Rt. 1878 s. 412, Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263. Disse dommene har i teorien blitt tatt til inntekt for en overleveringsregel. Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 skal gjennomgås nærmere i punkt 8.2.7.¹²⁵⁹ Det kan nevnes allerede nå at det kan være problematisk å ta disse dommene til inntekt for en ulovfestet rettsvernsregel. Dommene er veldig gamle og inntar en utpreget substansiell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 4.3. Det er illustrerende at flertallet i Rt. 1910 s. 231 vektla hvorvidt transaksjonen hadde karakter «af en virkelig eiendomsoverdragelse», mens byrettens mindretall i Rt. 1912 s. 263, som Høyesteretts flertall sluttet seg til, begrunnet resultatet med at ordningen som ble praktisert mellom kjøperen og selgeren var «naturlig og rimelig og fuldt tilstøkkelig til at sikre [kjøperen] det betalte kvantum til eie».¹²⁶⁰ Høyesteretts argumentasjon i Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 passer godt med *Herman Scheels* lære om aktuell og eventuell eiendomsrett, jf. punkt 4.3.¹²⁶¹ *Scheels* lære om aktuell og eventuell eiendomsrett har i de senere år vært viet liten plass i teorien. Dersom Høyesterett hadde blitt stilt overfor de samme sakene i dag, ville sannsynligvis problemstillingen vært om erververne hadde etablert kreditorvern, og ikke hvorvidt det hadde skjedd en eiendomsoverdragelse. Dette får en klar betydning for dommenes prejudikatsvirkning. Dommene drøfter ikke de hensyn som i dag ligger til grunn for regler om kreditorvern. Dommene har derfor en begrenset rettskildemessig vekt når gjeldende rett skal klarlegges.¹²⁶²

Kåre Lilleholts oppsummering av rettskildesituasjonen for løsørekjøpers kreditorvern synes på denne bakgrunn å være dekkende:

¹²⁵⁸ *Falkanger/Falkanger: Norsk tingsrett* s. 766.

¹²⁵⁹ Se for eksempel *Brækhus og Hærem: Norsk tingsrett* s. 514. Lilleholt mener «ingen [...] kan drøfte spørsmålet [om løsørekjøpers kreditorvern] utan å ta til med ku-dommen og jarnskrapdommen», se «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 51.

¹²⁶⁰ Rt. 1912 s. 263 på s. 263 og s. 266.

¹²⁶¹ Hauge: *Løsøererververs kreditorvern* s. 118 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 302.

¹²⁶² I samme retning, se Eckhoff: *Rettskildelære* s. 171-172.

«Inga lov, lite praksis og ingen sedvanerettsregel – det skulle vel svare til den tilstanden som av og til blir kalla rettskjeldenaud.»¹²⁶³

Det er imidlertid ikke mulig å trekke slutninger fra mangelen på autoritative kilder. Reelle hensyn, sammenholdt med rettskildebildet for øvrig, kan potensielt danne rettslig grunnlag for en ulovfestet overleveringsregel.¹²⁶⁴ Hensynene som gjør seg gjeldende ved diskusjonen av løsørekjøpers kreditorvern må derfor avveies. *Lilleholt* mener på denne bakgrunn at rettskildenød er «eit meiningslaust uttrykk så lenge rettsbrukaren har hovudet på plass; når det er borte, kan ein tala om naud».¹²⁶⁵

Utgangspunktet for drøftelsen av overleveringsregelen må tas i dekningsloven § 2-2. Spørsmålet som bestemmelsen aktualiserer er hvilket tidspunkt løsøregjenstanden ikke lenger «tilhører» selger. Hensynet til å motvirke kreditorsvik gjennom å oppstille krav til notoritet og publisitet, kan imidlertid tale for en ulovfestet overleveringsregel. På ulovfestet grunnlag må imidlertid disse hensynene avveies mot hensyn som taler for å verne kjøper, jf. punkt 5.4. Stikkordsmessig kan hensyn som taler i favør kjøper, omtales som prinsippet om at kreditorene ikke får bedre rett enn debitor og hensynet til *status quo*. I tillegg kan omsetningshensynet fremheves. Dette hensynet taler for at kreditorvernregler ikke bør hindre for omsetningsformer som er rasjonelle, alminnelige og samfunnsøkonomisk gunstige.¹²⁶⁶

Det er i dag umulig å drøfte løsørekjøpers kreditorvern uten å se hen til den hensynsbaserte drøftelsen av temaet som ble foretatt av *Brækhus* og *Hærem*. Deres drøftelse av løsørekjøpers kreditorvern har hatt svært stor betydning for diskusjonene i norsk rett om temaet i etterkrigstiden.¹²⁶⁷ En gjennomgang av deres drøftelse av løsørekjøpers kreditorvern kan derfor danne et naturlig utgangspunkt for en hensynsdrøftelse.

Brækhus og *Hærem* påpekte at overlevering eller lignende handlinger som fratok selger rådigheten over løsøregjenstanden, var handlingen «som best oppfyller notoritetskravet».¹²⁶⁸

¹²⁶³ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 51-52.

¹²⁶⁴ Lilleholt fremhever at reelle hensyn er «kongen på haugen» når løsørekjøpers kreditorvern skal drøftes, se «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 54

¹²⁶⁵ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 51-52.

¹²⁶⁶ Hauge fremhever at omsetningshensynet taler for at kreditorvernregler ikke bør legge til rette for en økonomisk rasjonell virksomhetsdrift, se *Løsøreerverters kreditorvern* s. 27.

¹²⁶⁷ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 52 omtaler Brækhus og Hærem's drøftelse av løsørekjøpers kreditorvern som «[i]llustrerende hovudbruk – eller bruk av reelle omsyn». Se også Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 128: «Beskrivelsen av gjeldende rett om løsøreerverters vern mot avhenders kreditorer i den senere juridiske doktrine er forankret i Brækhus & Hærem's analyse av spørsmålet *de lege ferenda* i standardverket *Norsk tingsrett* fra 1964.»

¹²⁶⁸ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 496.

De mente imidlertid også at «overlevering e.l. sier dog ikke mer enn at [suksessor] har fått en eller annen rett til tingen», og at overleveringen «ikke [gir] noen beskjed om rettens innhold, om S har fått en eiendomsrett eller bruksrett eller om han har håndpant for kr. 1000 eller kr. 5000». ¹²⁶⁹ Overleveringen ga heller ikke noen sikre holdepunkter for hvilket tidspunkt disposisjonen hadde skjedd. ¹²⁷⁰ Selv om *Brækhus* og *Hærem* mente at det var på det rene «at overlevering gir S det nødvendige rettsvern mot A's kreditorer», var det ikke dermed «sagt at overlevering e. l. er en nødvendig betingelse for rettsvernet». ¹²⁷¹ Den notoritets- og publisitetsskapende effekten av overlevering synes derfor ikke å vektlegges i nevneverdig grad av *Brækhus* og *Hærem*.

Hensynet til notoritet har blitt fremhevet av flere andre enn *Brækhus* og *Hærem* som et viktig hensyn bak overleveringskravet. ¹²⁷² En overlevering sier imidlertid ingenting om *når* en disposisjon har skjedd, hvilken *rettighet* som er overdratt, og til *hvilken pris* løsøreobjekten er overdratt. Den notoritetskapende effekten som fremskaffes gjennom overlevering er derfor lav. Notoritet er heller ikke et mål i seg selv. Rettsvernsakter som er ment å styrke hensynet til notoritet bør bare oppstilles dersom rettsvernsakten vanskeliggjør kreditorsvik, jf. punkt 5.4. ¹²⁷³ Et absolutt overleveringskrav vil riktig nok forhindre debitor fra å fabrikke disposisjoner under selve utleggs- eller registreringsforretningen: Står løsøreobjekten hos debitor ved åpningen av forretningen, vil et overleveringskrav forhindre debitor fra å fabrikke en påstand om at løsøreobjekten er solgt.

Debitor vil imidlertid uansett få problemer med å fabrikke en overbevisende transaksjonshistorikk under utleggs- eller registreringsforretningen. Dette gjelder særlig etter at bruk av betalingskort har blitt den alminnelige betalingsformen. Når betaling foretas ved bruk av bankkort eller gjennom mobilbetalingsløsninger som for eksempel Vipps, kan pengestrømmen enkelt spores gjennom kontoopplysninger fra banken. ¹²⁷⁴ Ved bruk av betalingskort er det derfor vanskeligere å fabrikke disposisjoner, jf. punkt 8.1.3. *Brækhus* og *Hærem* fremhever for eksempel faren for antedatering og problemer med å etterprøve påstander om kontant forskuddsbetaling som viktige argumenter som taler i favør et

¹²⁶⁹ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 496-497. *Brækhus* har også uttrykt i senere tid at den notoritetskapende effekten av overleveringskravet er «svært begrenset», se *Brækhus*: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 44.

¹²⁷⁰ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 497.

¹²⁷¹ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 497.

¹²⁷² Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 766 og Andenæs: *Konkurs* s. 260. Litt mer reservert retning, se Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 12.

¹²⁷³ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 11.

¹²⁷⁴ Se også Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter» s. 92.

overleveringskrav.¹²⁷⁵ Disse farene fremstår i dag som små ettersom kontant betaling blir stadig mer uvanlig. Dersom debitor først ønsker å gjennomføre kreditorsvik, er derfor overleveringen et lite hinder.¹²⁷⁶ Overlevering bidrar derfor ikke i særlig grad til at kreditorsvik vanskeliggjøres, og fremskaffer heller ikke noen særlig grad av notoritet.¹²⁷⁷

Det kan videre problematiseres om overlevering som rettsvernsakt er tilpasset markedsplassen for løseomsetning. Som fremhevet i punkt 8.1.3, har netthandel blitt stadig vanligere. Ved netthandel er oppgjørsformen oftest forskuddsbetaling. En overleveringsregel vil være veldig dårlig tilpasset den normale omsetningssituasjonen dersom over halvparten av alle løsekjøp om kort tid vil skje gjennom forskuddsbetaling på internett. De faktiske premissene som ligger til grunn for *Brækhus* og *Hærem*s drøftelse, nemlig at løsekjøp skjer gjennom betaling for varer over disk, er derfor ikke helt treffende i dag. Hensynet til tjenlige transaksjoner taler derfor, etter mitt skjønn, mot et overleveringskrav.

Risikoen for at en forbrukerkjøper skal lide økonomisk tap gjennom kreditorekstinksjon ved forskuddsbetaling, kan reduseres. Dersom forbrukere benytter kredittkort ved betaling av kjøpesummen, gir finansavtaleloven § 54b første ledd forbrukeren anledning til å holde kredittgiveren ansvarlig for mislighold som foretas av selgeren. Adgangen til å holde kredittgiver ansvarlig vil ikke gi forbruker et vern mot kreditorekstinksjon, men vil i det minste sørge for at forbrukerens økonomiske risiko ved en eventuell kreditorekstinksjon minimeres.

Det er på det rene at finansavtaleloven § 54b første ledd ikke gjelder for forbrukere som forskuddsbetaler ved bruk av debetkort, jf. prop. 65 L (2009-2010) s. 224. Ved betaling med debetkort avregnes kjøpesummen løpende mot saldoen på innehaverens bankkonto. Banken yter følgelig ikke forbrukeren en kreditt som senere innkreves av banken, slik situasjonen er ved bruk av kredittkort. Ettersom finansavtaleloven § 54 b første ledd ikke gjelder ved bruk av debetkort, stilles forbrukerkjøperen som forskuddsbetaler for løse på internett med debetkort i en dårligere stilling enn forbrukere som betaler med kredittkort. En undersøkelse fra Norstat fra 2014 viste at 37 % brukte debetkort ved kjøp på internett (se <https://www.nrk.no/livsstil/betaler-fortsatt-med-feil-kort-1.11814106>, link sist sjekket 29. oktober 2020). De som bruker debetkort ved kjøp på internett, vil ikke bare løpe en risiko for kreditorekstinksjon, men vil også løpe en risiko for at kortsteder ikke vil dekke det økonomiske tapet ved en eventuell kreditorekstinksjon.

Publisitetshensynet fremheves i liten grad ved drøftelsen av overleveringskravet. Det kan kanskje skyldes at overlevering i liten grad styrker hensynet til publisitet. Profesjonelle selgere som omsetter løse, har ofte et betydelig varelager. Kreditorene vil ha vanskeligheter med å få innsikt i debitors løsetransaksjoner, uavhengig av om gjenstanden er overlevert eller ikke. Kredittgivning baserer seg også i liten grad på løsebeholdningen til debitor. For kreditorene er forhold som betalingshistorikk og realsikkerhet mye viktigere enn en løpende oversikt over løsebeholdningen i debitors varelager. Riktignok har kreditorene mulighet til å få

¹²⁷⁵ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 477-478 og s. 507-508

¹²⁷⁶ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 193.

¹²⁷⁷ Hauge har identifisert at de fleste forfattere som skriver innenfor temaet, synes å forankre overleveringskravet utelukkende i hensynet til notoritet og hensynet til å motvirke kreditorsvik, se Hauge: *Løseerhververs kreditorvern* s. 146. Hauge mener imidlertid at det «i begrenset grad problematiseres om hensynet [til notoritet] gir tilstrekkelig grunnlag for en hovedregel om overlevering.»

pantesikkerhet i varelageret til debitor, jf. panteloven § 3-11 første ledd. En slik pantsettelse sperrer imidlertid ikke for at debitor kan overdra løsøreobjekter fra varelageret etter at pantet er etablert, jf. panteloven § 3-13 første ledd. Hensynet til publisitet kan derfor ikke tillegges særlig mye vekt ved etableringen av en eventuell overleveringsregel.¹²⁷⁸

Det har vært argumentert for at rettsvernsreglene for eiendomsrettigheter i løsøre bør være identiske med reglene om håndpant, se nærmere om håndpant i punkt 8.3.¹²⁷⁹ Salg av løsøre uten fysisk overlevering kan fungere som et kamuflert pantessurrogat. Med pantessurrogat mener jeg i denne sammenheng at noen forsøker å fremskaffe seg kreditt mot realsikkerhet i en løsøreobjekt, uten at pantsetter fratras rådigheten over løsøreobjektet. Selger og kjøper kan for eksempel kamuflere en pantsettelse ved at kjøper «forskuddsbetaler» for løsøreobjektet, men lar objektet bli igjen i selgers besittelse. Dersom kjøper oppnår kreditorvern uten overlevering, vil kjøper kunne møte et kreditorbeslag med en påstand om at objektet er solgt. Løsøreobjektet vil derfor ikke kunne beslaglegges av selgers kreditorer. På denne måten kan selger skaffe seg kreditt uten å måtte gi fra seg rådigheten over løsøreobjektet. Et slikt pantessurrogat er i strid med regelen om håndpant, ettersom panteloven § 3-2 annet ledd forutsetter at pantsetter mister rådigheten over pantobjektet.

Det er på det rene at proformaoverdragelser som i realiteten er en underpantsettelse av løsøre, faller innenfor virkeområdet til panteloven § 3-2, jf. punkt 5.3.4.¹²⁸⁰ Kjøper, som i realiteten er en pantehaver, vil derfor ikke ha en separatistrett i løsøreobjektet dersom selger, som i realiteten er en pantsetter, ikke har blitt fratatt rådigheten over løsøreobjektet i henhold til reglene i panteloven § 3-2. Løsøreobjektet vil vanligvis bli nyttiggjort av suksessor, enten som investeringsobjekt eller som bruksgjenstand. Det må derfor antas at erverv av en eiendomsrett vil gi seg et ytre utslag. En overlevering vil uansett være et sterkt *bevis* for at overdragelsen ikke er *proforma*. Forsøk på omgåelse av panteloven § 3-2 vil derfor være vanskelig, uavhengig av om overlevering er rettsvernsakten ved kjøp av løsøre.¹²⁸¹ Håndpant er dessuten en lite benyttet pantsettelsesform i dag, jf. punkt 8.3.1. I praksis vil det trolig gjøres få forsøk på å omgå denne regelen. Faren for omgåelse av håndpantreglene bør derfor ikke

¹²⁷⁸ I svensk rett synes ikke hensynet til publisitet å inngå som en del av tradisjonsprinsippet, se Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 148.

¹²⁷⁹ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 97, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305-306, Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 506-507, Andenæs: *Konkurs* s. 260-261 og Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 13-14.

¹²⁸⁰ Se Rt. 2008 s. 1170, avsnitt 54, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 95-96 og Brækhus: *Omsetning og kreditt 2* s. 40.

¹²⁸¹ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 98.

overdrives. Av disse grunner taler ikke hensynet til koherens med særlig styrke for å oppstille overlevering som rettsvernsakt ved løsørekjøp.

Flere teoretikere har i tiden etter *Brækhus* og *Hærem* gått inn for at overlevering som *hovedregel* er nødvendig for å etablere kreditorvern ved kjøp av løsøre.¹²⁸² Noen har til og med hevdet at en hovedregel om overlevering må regnes som en festet rettsoppfatning.¹²⁸³ Andre har vært mer reserverte ved beskrivelsen av overleveringens rettslige status.¹²⁸⁴ *Hilde Hauge* har fremhevet at det *ikke* er rettslig grunnlag for å oppstille overlevering som en rettsvernsakt for løsørekjøpers kreditorvern.¹²⁸⁵

Hvilken rettskildemessig status som kan tillegges overlevering som «festet rettsoppfatning», er uklart. Det er klart at det *ikke* er tale om en rettsoppfatning hos private parter som har dannet grunnlag for en rettslig bindende sedvane.¹²⁸⁶ *Kåre Lilleholt* har forsøkt å undersøke hvordan reglene om løsørekjøpers kreditorvern ble praktisert av «eit utval røynde bustyrarar», uten å kunne fastslå «ein utbreidd og eintydig praksis».¹²⁸⁷ *Høgetveit Berg* og *Andenæs* fant heller ikke grunnlag for å hevde at bostyrere og namsmenn har fulgt en spesifikk praksis.¹²⁸⁸ Det kan også legges til at *Lilleholt*, *Høgetveit Berg* og *Andenæs* vurderte om det kunne påvises en entydig rettsoppfatning fra aktører som representerer kreditorene. Kreditorene er imidlertid ikke de eneste aktørene på dette området. Hadde noen undersøkt rettsoppfatningen til forskuddsbetalende løsørekjøpere, kan det godt tenkes at deres syn på rettstilstanden ville vært annerledes enn oppfatningene til bostyrere og namsmenn.

I utgangspunktet kan ikke teoriens argumentasjon tillegges mer vekt enn styrken til de kildene som argumentasjonen bygger på.¹²⁸⁹ En langvarig rettsoppfatning i teorien kan, i samspill med

¹²⁸² Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 766, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305, Andenæs: *Konkurs* s. 260-262, Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantssettelse av panteretter» s. 92-93.

¹²⁸³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305 («I privatretten hender det at rettssetningar festar seg på slikt grunnlag; tidligare nøgde ein seg gjerne med å vise til sedvane»), Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 766 («utkrystallisert seg den ulovfestede hovedregelen at [...]»), Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantssettelse av panteretter» s. 92-93 («sikker rett») og Berte-Elen R Konow: «Den norske interesselæren og pragmatisme i norsk tingsrett» i Jan Kleineman (red.): *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, Stockholm 2019 s. 183-197 på s. 193 («jeg [vil] for min del mene at det vel har festnet seg en oppfatning i norsk rett om at det gjelder et hovedprinsipp om overlevering/tradisjon»).

¹²⁸⁴ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 29. Marthinussen synes å ha moderert standpunktet sitt i senere tid, sammenlign Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantssettelse av panteretter» s. 92-93 («sikker rett») og Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 217 («ikke avklart»).

¹²⁸⁵ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 193.

¹²⁸⁶ Om sedvane som rettskildefaktor, se Eckhoff: *Rettskildelære* s. 244 flg. og Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 201 flg.

¹²⁸⁷ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 51.

¹²⁸⁸ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 8-9 og Andenæs: *Konkurs* s. 262.

¹²⁸⁹ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 216: «Uttalelser i juridisk teori kan derfor ikke ha større gjennomslagskraft enn de kilder som uttalelsene bygger på.»

underrettspraksis, fremstå med en mer bindende karakter enn rettskildevekten til juridisk teori og underrettspraksis skulle tilsi.¹²⁹⁰ Forutsetningen må være at det er tale om en klar og entydig oppfatning. Rettsoppfatningene i teorien er imidlertid ikke entydige når det kommer til overleveringskravets rettslige status, jf. ovenfor. *Lilleholt* synes også å mene at teoriens oppfatninger ikke kan få en økt rettskildemessig vekt ved drøftelse av overleveringskravet:

«Heller ikkje kan løysinga byggjast på litteraturen og andre rettsoppfatningar åleine. Det er berre dei seinare åra at litteraturen har vore nokolunde samstemt, og i alle høve må ein rettsbrukar etterprøve og vurdere resonnementa i litteraturen før han kan byggje på dei.»¹²⁹¹

Hvilken oppfatning vises det så til når enkelte teoretikere hevder at overleveringskravet må gjelde som en festet rettsoppfatning? Etter mitt skjønn bør forfattere som hevder at overleveringsregelen gjelder som en festet rettsoppfatning, tolkes dithen at de tilslutter seg argumentasjonen som har vært ført i favør overleveringskravet. Denne argumentasjonen bygger som nevnt i stor grad på betraktningene til *Brækhus* og *Hærem*. *Brækhus* sin innflytelse innenfor norsk formuerett har vært betydelig, noe som kan ha vært en medvirkende faktor til den sterke posisjonen som overleveringskravet har fått i teorien.¹²⁹² Likevel er det klart at *Brækhus* ikke kan tillegges normativ kraft på bakgrunn av sin innflytelse alene.¹²⁹³ Overleveringskravet kan derfor ikke ha en økt rettskildemessig status på bakgrunn av å være en festet rettsoppfatning.

Utviklingen i Sverige og Danmark viser også at overleveringskravet har fått en svekket stilling i nordisk rett. I svensk rett stilles det som utgangspunkt et krav om overlevering for å etablere kreditorvern for eiendomsrettigheter i løsøre.¹²⁹⁴ Begrunnelsen for å ha et overleveringskrav i svensk rett sammenfaller i stor grad med begrunnelsen som har vært fremhevet i norsk rett, nemlig å motvirke kreditorsvik. Tradisjonsprinsippet har imidlertid fra og med 2002 ikke vært gjeldende ved forbrukerkjøp i svensk rett. I stedet er løsørekjøper vernet mot selgers kreditorer fra og med avtaleinngåelsen, se Konsumentköplag (1990:932) § 49.

¹²⁹⁰ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 132 og Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 105 og s. 219-220 med videre henvisninger til Rt. 1995 s. 1181 og Rt. 1998 s. 217. Se også HR-2020-837-A, avsnitt 140 (mindretallet).

¹²⁹¹ Lilleholt: «Bruk av reelle omsyn i formueretten» s. 51.

¹²⁹² Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 22: «I tillegg må Brækhus' eiga 'tyngd' ikkje undervurderast.» Se også Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 216 som skriver, på generelt grunnlag, at «teorien faktisk kan ha stor innflytelse på rettsutviklingen.»

¹²⁹³ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 131, se særlig fotnote 287.

¹²⁹⁴ Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 144-145.

Videre har det svenske justisdepartementet vurdert mulighetene for å avskaffe eller innskrenke tradisjonsprinsippet til fordel for avtaleprinsippet. Det svenske justisdepartementet nedsatte derfor en komité for å vurdere om det var samfunnsøkonomiske fordeler ved å gå over til avtaleprinsippet fremfor tradisjonsprinsippet.¹²⁹⁵ Komiteen anbefalte våren 2015 at det burde skje en overgang til avtaleprinsippet.¹²⁹⁶ Komiteen foreslo blant annet at det ble laget en lov om rett til kjøpt løsøre som bestemte at kjøper skulle være beskyttet mot selgerens kreditorer fra og med avtalen. Forutsetningen var at det hadde skjedd en bindende individualisering til fordel for suksessor, se nærmere om bindende individualisering i punkt 8.2.8.4. Komiteen klarte ikke å finne noe belegg for at faren for kreditorsvik var større med et avtaleprinsipp enn med et tradisjonsprinsipp.¹²⁹⁷ Komiteens forslag har foreløpig ikke ført til noen lovendring i Sverige. Torgny Håstad skriver at forslaget «vilar fortfarande i någon byrålåda i justitiedepartementet».¹²⁹⁸

Etter dansk rett oppnår kjøper vern mot selgers kreditorer fra og med avtaleinngåelsen, forutsatt at en individualisering har skjedd. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 8.2.8.3.

Poenget med å fremheve svensk og dansk rett i denne sammenheng er ikke at disse kildene har en direkte normerende virkning for norsk rett, jf. punkt 1.3.3. Likevel illustrerer utviklingen i Sverige og Danmark at de øvrige skandinaviske landene synes å gå bort fra overlevering som vilkår for kreditorvern ved løsørekjøp, selv om tradisjonsprinsippet tidligere har spilt en viktig rolle også i disse landene.

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor synes ikke det samlede rettskildebildet etter mitt skjønn å tale i favør et overleveringskrav. Det rettslige grunnlaget for overleveringskravet er spinkelt. Flere teoretikere har fremhevet at den svake rettskildemessige forankringen til overleveringskravet kan tale for at det bør gjøres forholdsvis vidtrekkende unntak fra overleveringskravet.¹²⁹⁹ Unntakene skal bøte på de mest uheldige utslagene av overleveringsregelen. *Høgetveit Berg* mener for eksempel at avtalen kan tenkes å være tilstrekkelig i så mange tilfeller at «det [blir] i røynda ordskrøyv kva som verkeleg er hovudregelen».¹³⁰⁰

¹²⁹⁵ Dir. 2013:28 Köparens rätt till varor i förhållande till säljarens borgenärer, s. 1.

¹²⁹⁶ SOU 2015:18 Lösöre köp och registerpant, s. 9-11.

¹²⁹⁷ SOU 2015:18 s. 10.

¹²⁹⁸ Torgny Håstad: «Spesialitetsprincipen, och pragmatiska undantag från denna» i Jan Kleinman (red.): *Pragmatism v. principfasthet i nordiska förmögenhetsrätt*, Stockholm 2019 s. 199-207 på s. 206-207.

¹²⁹⁹ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 15-16 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 304-305.

¹³⁰⁰ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 29.

Adgangen til å oppstille unntak fra overleveringskravet er, etter min mening, ikke et argument som taler i *favør* en hovedregel om overlevering. En for vidtrekkende adgang til å oppstille unntak fra overleveringskravet taler tvert om *mot* å oppstille overlevering som hovedregel: Jo mer omfattende unntak som oppstilles, desto mer uklart vil virkeområdet til hovedregelen være. Dette vil klart nok være i strid med behovet for retts teknisk enkle rettsvernsregler.¹³⁰¹

Betydningen av å statuere overlevering som formell hovedregel bør heller ikke underspilles. Tvister kommer vanligvis ikke opp for domstolen før det rettslige utfallet er tilstrekkelig tvilsomt. I tvilstilfeller kan det føles tryggere å følge en formell hovedregel om overlevering enn å oppstille et unntak, selv om hensynene bak et overleveringskrav ikke nødvendigvis gjør seg gjeldende i det konkrete typetilfellet som saken omhandler. Etter mitt skjønn bør ikke overlevering oppstilles som en hovedregel når regelen har en så svak rettskildemessig forankring at den i realiteten bare fungerer som et formelt utgangspunkt.

Etter mitt skjønn bør ordlyden i dekningsloven § 2-2 og hensynet til *status quo* veie tyngre enn hensynet til notoritet når en overlevering i liten grad bidrar til å motvirke kreditorsvik. Konsekvensen av denne avveiningen er at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å oppstille overlevering som hovedregel ved løsørekjøp. Den sterke posisjonen som overleveringskravet har i norsk rett, gjør imidlertid at overleveringens rettslige status er uklar *de lege lata*.

Spørsmålet som oppstår i forlengelsen av denne drøftelsen er hvordan kreditorenes beslagsadgang i alminnelig løsøre kan avgrenses på en alternativ måte. Det kan vanskelig tenkes en alternativ ulovfestet rettsvernsakt. Rettsregistrering og notifikasjon er ikke aktuelle rettsvernsakter for alminnelig løsøre. Overlevering er i realiteten den eneste ulovfestede rettsvernsakten som har vært diskutert i tilstrekkelig grad til at den har en normativ forankring som gjør det forsvarlig å oppstille dette som rettsvernsakt, jf. punkt 5.4 og punkt 6.5. En alternativ kreditorvernregel må derfor utformes uten at gjennomføring av en rettsvernsakt oppstilles som et vilkår for å etablere kreditorvern. I det kommende punktet skal jeg undersøke om kreditorenes beslagsadgang kan avgrenses gjennom en ulovfestet regel som søker å skille mellom forskuddsbetalinger som må anses som usikrede kredittytelser, og forskuddsbetalinger som gir løsørekjøper separatistrett i den forskuddsbetalte gjenstanden.

¹³⁰¹ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.3: «For å tene foremålet, må rettsvernsreglane vera absolutte og invitere til minst mogleg skjøn og provdøming. [...] Ettersom reglane skal redusere *faren* for kreditorsvik, skal ein i den konkrete saka heller ikkje trenge å gå inn på kvifor rettsvernet eventuelt ikkje er i orden.»

8.2.7 Interesselæren

Interesselæren brukes som en betegnelse på et mulig unntak fra overleveringskravet som ble oppstilt av *Brækhus* og *Hærem*.¹³⁰² Etter interesselæren vil en forskuddsbetalende løsørekjøper være vernet mot selgers kreditorer dersom løsøregjenstanden blir værende hos selgeren i kjøpers interesse. Kjøper vil imidlertid ikke være vernet mot selgers kreditorer dersom gjenstanden blir værende hos selger i selgers interesse. Denne vurderingen omtales i det følgende som «interessevurderingen». Med «kjøpers interesse» forstår *Brækhus* og *Hærem* at selger har gjort alt som skal til for å ha krav på oppgjør fra kjøper, herunder stilt løsøregjenstanden til kjøpers disposisjon, «slik at det bare beror på [kjøper] når levering skal skje». ¹³⁰³ Med «selgers interesse» forstår *Brækhus* og *Hærem* at løsøregjenstanden ikke er leveringsklar på betalingstidspunktet, alternativt at selgeren ønsker å beholde løsøregjenstanden i etterkant av at betaling har skjedd.¹³⁰⁴

Dersom løsøregjenstanden står hos selger i selgers interesse, har ikke selger krav på oppgjør fra kjøper. Selger er ikke klar til å levere sin ytelse. Ettersom selger ikke har krav på oppgjør, mener *Brækhus* og *Hærem* at en eventuell forskuddsbetaling utgjør en kredittytelse fra kjøper.¹³⁰⁵ Dersom kjøper velger å foreta forskuddsbetalingen i disse tilfellene, ser ikke *Brækhus* og *Hærem* «[n]oen særlig grunn til å gi kjøperen separasjonsrett».¹³⁰⁶

Dersom løsøregjenstanden står hos selger i kjøpers interesse, ytes kjøper en tjeneste fra selger. Selger har oppfylt sin del av avtalen og er klar til å levere. I dette tilfellet mener *Brækhus* og *Hærem* at selger bør kunne kreve oppgjør fra kjøper, noe som blir lettere å akseptere for kjøper dersom han eller hun ikke risikerer en kreditorekstinksjon. *Brækhus* og *Hærem* konkluderer med at det er «langt sterkere grunner som taler for å beskytte kjøperen mot selgerens kreditorer» i disse tilfellene.¹³⁰⁷

Ettersom jeg er av den oppfatning at det *ikke* er rettskildemessig dekning for å oppstille en hovedregel om overlevering, vil ikke interesselæren kunne fungere som et unntak fra overleveringsregelen. Vurderingstemaet som interesselæren legger opp til *kan* imidlertid utformes som en hovedregel for etablering av kreditorvern ved løsørekjøp: Dersom forskuddsbetalende kjøper ikke har ytt selger en usikret kreditt, vil kjøper være vernet mot

¹³⁰² Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 308-309, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 767, Andenæs: *Konkurs* s. 264 og Konow: «Den norske interesselæren og pragmatisme i norsk tingsrett» s. 193.

¹³⁰³ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 509.

¹³⁰⁴ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 508.

¹³⁰⁵ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 508.

¹³⁰⁶ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 508.

¹³⁰⁷ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 509.

selgers kreditorer. Denne forståelsen av interesselæren samsvarer ikke med den forståelsen som vanligvis legges til grunn i teorien. Hensikten med drøftelsen i dette punktet er ikke å klarlegge hvordan øvrige teoretikere har tolket interesselæren.¹³⁰⁸ I stedet analyseres interesselæren som en potensiell hovedregel for etablering av kreditorvern ved løsørekjøp.

Interesselæren bygger ikke på hensynet til notoritet, slik overleveringskravet gjør. I stedet bygger regelen på et sentralt utgangspunkt i gjeldsforfølgingsretten, nemlig at usikrede kreditorer ikke har dekningsprioritet foran øvrige kreditorer, jf. forutsetningsvis dekningsloven § 9-6.¹³⁰⁹ En forskuddsbetaling uten overlevering kan sammenstilles med en usikret kredittytelse.¹³¹⁰ Om forskuddsbetalingens kredittpreg skriver *Brækhus* og *Hærem* følgende:

«Den kjøper som utbetaler kjøpesummen helt eller delvis før han får den kjøpte gjenstanden, yder faktisk selgeren kreditt. Som utgangspunkt bør han derfor ikke stå sterkere enn andre kreditorer som har lånt selgeren penger, medmindre vilkårene for pantesikkerhet er til stede, m.a.o. medmindre vedkommende gjenstand er satt ut av selgerens besittelse.»¹³¹¹

Selv om *Brækhus* og *Hærem* regnet forskuddsbetalinger som usikrede kredittytelser, mente de at enkelte forskuddsbetalinger burde gi kjøperen en prioritet på bekostning av øvrige usikrede kreditorer. Dette uttrykte *Brækhus* og *Hærem* ved å skrive at «*[k]redittmomentet* er ikke like fremtredende ved enhver forskuddsbetaling». ¹³¹² For å vurdere hvor fremtredende kredittmomentet var ved en forskuddsbetaling, la *Brækhus* og *Hærem* opp til «interessevurderingen» som ble nevnt innledningsvis i dette punktet. ¹³¹³

Interessevurderingen til *Brækhus* og *Hærem* forutsetter at det kan sondres mellom når en forskuddsbetaling utgjør en usikret kredittytelse, og når den ikke kan regnes som en usikret kredittytelse.¹³¹⁴ Et mulig vurderingstema som kan oppstilles for å skille mellom usikrede og

¹³⁰⁸ For en nærmere gjennomgang av øvrige teoretikers syn på interesselæren, se for eksempel Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305-309, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 767-768, Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 20-22, Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 128-150 og Konow: «Den norske interesselæren og pragmatisme i norsk tingsrett» s. 183-195.

¹³⁰⁹ Se Løvold: *Konkursrett* s. 113-114.

¹³¹⁰ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 13, Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 33 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305.

¹³¹¹ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 508.

¹³¹² Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 508 (kursivering i original).

¹³¹³ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 509.

¹³¹⁴ Se også Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 137: «Hvorvidt forskuddsbetalingen innebærer en kredittytelse, er ikke gjort til et selvstendig vurderingstema. Med utgangspunktet i en funksjonell tilnærming er det likevel nærliggende å la kredittmomentet være et sentralt hensyn ved nærmere grensedragnin»

sikrede forskuddsbetalinger, kan være hvorvidt løsøregjenstanden er leveringsklar og er stilt til kjøpers disposisjon på betalingstidspunktet.¹³¹⁵

Brækhus og *Hærem* mente at deres «interessesynspunkt» stemte overens med Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263.¹³¹⁶ Dommene har i tiden etter publiseringen av «Norsk tingsrett» hatt en sentral posisjon ved omtalen av interesselæren. Dommene vil derfor gjennomgå kort i det følgende.¹³¹⁷

I Rt. 1910 s. 231 hadde en kjøper forskuddsbetalt for 10 kyr. Selger ville beholde kyrne til de var utmelket, noe kjøper gikk med på. Selger gikk konkurs før kjøper rakk å hente kyrne. Høyesterett måtte ta stilling til om selgers konkursbo kunne ta beslag i kyrne, se nærmere om faktum i punkt 4.3. Høyesteretts flertall mente at avtalen ikke var tilstrekkelig for å overføre eiendomsretten til kyrne. Det ble vektlagt at selgeren, i egen interesse, beholdt «raadigheden over kreaturene i flere maaneder.» Grunnen til at dette ble vektlagt, var trolig for å understreke at kjøperens erverv var et eventuelt eiendomserverv. Dette underbygges av at flertallet sluttet seg i «det væsentlige» til byrettens flertall. Byrettens flertall sa seg «enig i» *Scheels* lære om aktuell og eventuell eiendomsrett, se nærmere om *Scheels* lære i punkt 4.3. Dommen inneholder ingen premisser som berører de hensyn eller vurderingsmomenter som interesselæren legger opp til.

Rt. 1912 s. 263 omhandlet en avtale om salg av jernskrap. Avtalen gikk ut på at alt jernskrap som et skipsverft produserte i år 1908, skulle erverves av kjøperen. Kjøperen hentet deler av skrapet i oktober 1908, mens deler av skrapet ble liggende igjen hos verftet. Ved utgangen av 1908 lå det 94 tonn jernskrap hos verftet som ennå ikke var hentet av kjøperen. Kjøperen forskuddsbetalte de 94 tonnene jernskrap. Kjøperen og verftet ble enige om at skrapet skulle ligge hos verftet frem til avhenting i februar 1909. Før kjøperen fikk hentet jernskrapet, gikk verftet konkurs. Det oppstod tvist mellom kjøper og verftets konkursbo om retten til jernskrapet.

¹³¹⁵ I denne retning, se Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 129-130 og s. 141-143. Se også Høgetveit Berg: «Rettsvern ved lausøyrekjøp» s. 22 som stiller spørsmål ved om «interesselæra [kan] sjåast på som eit høve for kjøparen til å føre motprov (motbevis) mot kreditorsvik i det konkrete tilfelle?»

¹³¹⁶ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 514.

¹³¹⁷ For ordens skyld nevnes at det eksisterer noe voldgifts- og underrettspraksis som omtaler interesselæren, se særlig RG-1972-53 og LF-2010-133423. Domspremissene inneholder ikke argumentasjon som tilfører noe nytt til diskusjonene om interesselæren. Dommene gjennomgår ikke nærmere ettersom underrettspraksis etter mitt skjønn ikke bør tillegges noe selvstendig rettskildemessig vekt, se i samme retning Carl August Fleischer: «Obligatoriske kravs rettsvern», *Lov og rett* 1964 s. 449-463 på s. 459, Carl August Fleischer: «Anvendelse og fortolkning av dommer», *Jussens Venner* 1965 s. 146-208 på s. 152-153, Carl August Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 174-175 og Falkanger: *God tro* s. 93-96.

Høyesteretts flertall kom til at jernskrapet tilhørte kjøperen. Det var en enighet mellom partene om at jernskrapet lå hos verftet for kjøperens «regning og risiko». Avtalen mellom verftet og kjøper medførte at verftet ikke hadde rett til å «bortføre eller selge til andre noget fra haugen».¹³¹⁸ I tillegg drøftet flertallet om jernskrapet var tilstrekkelig «specifiseret». Denne delen av drøftelsen knytter seg til vilkåret om individualisering som gjennomgås i punkt 8.2.8.

Høyesteretts begrunnelse i Rt. 1912 s. 263 er knapp og det rettslige utgangspunktet for flertallets drøftelse klarlegges ikke. Høyesteretts flertall «tiltræder i det væsentlige» byrettens mindretall og dens begrunnelse. Byrettens mindretall begrunnet resultatet med at ordningen som ble praktisert mellom kjøperen og selgeren var «naturlig og rimelig og fuldt tilstækkelig til at sikre [kjøperen] det betalte kvantum til eie».¹³¹⁹ Heller ikke Rt. 1912 s. 263 inneholder premisser som berører hensynene eller vurderingsmomentene interesselæren legger opp til.

Rt. 1910 s. 231 eller Rt. 1912 s. 263 har først og fremst vært fremhevet til støtte for interesselæren på bakgrunn av at *Brækhus* og *Hærem* tolket dommene ved hjelp av et konstruert *ratio decidendi*.¹³²⁰ Rettskildebruken til *Brækhus* og *Hærem* kan problematiseres. *Brækhus* og *Hærem* var, som fremhevet i punkt 4.4 og 4.5, svært kritisk til en substansiell tilnærming til eiendomsretten. Både Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 synes å ta utgangspunkt i en substansiell tilnærming til eiendomsretten: Spørsmålet i begge saken var om eiendomsretten til henholdsvis kyrene og jernskrapet hadde gått over til kjøper. Det synes noe paradoksalt å hevde at grunnpremissene til Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 er «irrasjonelt», for deretter å hevde at dommene stemmer overens med egen lære.¹³²¹ Selv om man omtaler *Brækhus* og *Hærem*s tolkning av Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 som et konstruert *ratio decidendi*, må rettskildebruken kunne karakteriseres som spenstig. *Brækhus* og *Hærem* bruker resultatet i dommene som et springbrett for å fremsette sin egen begrunnelse for resultatet, helt frikoblet fra dommenes premisser. *Høgetveit Berg* skriver for eksempel at rettskildebruken er et eksempel på «eit fenomen eg i studietia fekk eit klart inntrykk av ikkje var spesielt god rettskjeldebruk».¹³²² Verken Rt. 1910 s. 231 eller Rt. 1912 s. 263 kan derfor tillegges noen særlig rettskildemessig vekt når det skal vurderes om interesselæren kan tenkes å utgjøre en hovedregel for løsørekjøpers kreditorvern. Rt. 1912 s. 263 åpner riktig nok for at forskuddsbetalende kjøper kan være vernet mot selgers kreditorer allerede ved

¹³¹⁸ Rt. 1912 s. 263 på s. 263.

¹³¹⁹ Rt. 1912 s. 263 på side 266.

¹³²⁰ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 79-81 og Eckhoff: *Rettskildelære* s. 171-172.

¹³²¹ Karakteristikken «irrasjonelt» er hentet fra *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 377.

¹³²² *Høgetveit Berg*: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 21.

avtaleinngåelsen. Likevel må interesselæren først og fremst oppstilles på bakgrunn av de hensyn som kan tale i favør en slik kreditorvernregel. Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 yter derfor, etter mitt skjønn, et svært lite rettskildemessig bidrag.

Brækhus og *Hærem* synes hovedsakelig å forankre interesselæren i det obligasjonsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse. Dersom selger *ikke* har prestert sin del av ytelsen, trenger heller ikke kjøper å gjøre det samme. Og *vice versa*: Dersom selger *har* prestert sin del av ytelsen, bør også kjøper gjøre det samme.¹³²³ Obligasjonsrettslige prinsipper og hensyn spiller vanligvis en liten rolle ved etableringen og tolkningen av kreditorvernregler. En kreditorvernregel skal først og fremst motvirke kreditorsvik gjennom notoritet og publisitet. Disse hensynene ivaretas i svært liten grad gjennom interesselæren. Dersom debitor har til hensikt å gjennomføre kreditorsvik, vil det være en smal sak for debitor og en stråmann å bli enige om en falsk historie om at en løsøregjenstand står hos debitor i stråmannens interesse.¹³²⁴ Det vil trolig være vanskeligere for partene å fabrikere en troverdig transaksjonshistorikk enn å fabrikere en troverdig historie om hvorfor løsøregjenstanden står hos debitor. Kreditorvernregler som åpner for at partenes oppfatning av disposisjonen blir det avgjørende bevisstema for kreditorenes beslagsadgang, er lite egnet.¹³²⁵ Dersom det først oppstilles en kreditorvernregel, bør det være på bakgrunn av at regelen utpeker et enkelt bevisvurderingstema.¹³²⁶

Det rettslige innholdet i interesselæren er heller ikke avklart.¹³²⁷ Det er uklart om interesselæren først kommer til anvendelse dersom det kan bevises at det *utelukkende* må bero på kjøper at løsøregjenstanden ikke er overlevert, eller om interesselæren også kan komme til anvendelse dersom manglende overlevering beror på *både* kjøper og selger. *Brækhus* og *Hærem* legger som nevnt ikke opp til at en forskuddsbetaling enten må anses som en usikret kredittytelse eller som en betaling som gir kjøper separatistrett. I stedet mener de at kredittmomentet «ikke [er] like fremtredende ved enhver forskuddsbetaling», for deretter å illustrere dette gjennom en rekke konkrete tilfeller.¹³²⁸ *Høgetveit Berg* synes å mene at interesselæren bare kan komme til anvendelse dersom gjenstanden står hos selger *utelukkende* i kjøpers interesse, mens Hauge mener en slik anvendelse av regelen vil stå i fare for å bli «mekanisk» og «like ‘metafysisk’ som slutninger fra generelle prinsipper om eiendomsrettens overgang».¹³²⁹ Uansett hvilken

¹³²³ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 508-509.

¹³²⁴ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 140.

¹³²⁵ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 21.

¹³²⁶ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054 og Rt. 1998 s. 268 på s. 275.

¹³²⁷ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 137-140.

¹³²⁸ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 508-510.

¹³²⁹ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 21 og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 140.

forståelse som legges til grunn, kan det konstateres at hensynet til en retsteknisk enkel regel i liten grad ivaretas av interesselæren, ettersom det rettslige innholdet i regelen er uklart.

Videre bør interesselæren vurderes i lys av utviklingen av løsøreomsetningen, jf. punkt 8.1.3. Da *Brækhus* og *Hærem* utformet læren i 1964, var det naturlig å ta utgangspunkt i at løsøreomsetning vanligvis skjer gjennom ytelse mot ytelse. Ved løsørekjøp over disk er det få grunner til at kjøper skal betale uten samtidig å få løsøregjenstanden overlevert til seg. I dag er imidlertid forskuddsbetaling svært vanlig ved kjøp på internett. Kjøperen har ofte ikke et valg: Vil kjøper ha varen, må forskuddsbetaling aksepteres.¹³³⁰ Denne utviklingen gjør at utgangspunktet for *Brækhus* og *Hærem*s drøftelse – nemlig at forskuddsbetalinger må likestilles med usikrede kredittytelser – ikke er helt treffende. Forskuddsbetalinger over internett fremstår ikke som en tjeneste fra kjøper til selger, men som en tvungen oppgjørsform. Interesselæren er derfor ikke tilpasset måten løsøre omsettes på i dag.

På denne bakgrunn synes ikke interesselæren å styrke hensynene til notoritet og synes lite tilpasset dagens omsetningsformer ved løsørekjøp. Læren legger også opp til en skjønnsmessig og uklar avgrensning av løsørekjøpers kreditorvern. Etter mitt skjønn fremstår derfor interesselæren som en uegnet hovedregel for etablering av kreditorvern ved løsørekjøp. Rettskildebildet har ikke endret seg mye etter at *Brækhus* og *Hærem* publiserte «Norsk tingsrett», og konklusjonen er derfor fortsatt usikker *de lege lata*.¹³³¹ Om, og eventuelt hvordan, Høyesterett vil vektlegge kredittmoment ved vurderingen av forskuddsbetalende løsørekjøpers kreditorvern, er derfor usikkert.

8.2.8 Individualisering

8.2.8.1 Innledning

Min foreløpige konklusjon etter de to foregående punktene er at det ikke foreligge rettslig grunnlag for å ha overlevering eller interesselæren som kreditorvernregel ved løsørekjøp. Det er ikke med dette sagt at det ikke kan oppstilles noen vilkår for at løsørekjøpers erverver skal stå seg overfor kreditorene. Suksessor kan bare oppnå kreditorvern dersom suksessors erverv relaterer seg til en spesifisert og identifiserbar løsøregjenstand.¹³³² Dersom ervervet relaterer

¹³³⁰ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 307.

¹³³¹ Hauge: *Løsøreerhververs kreditorvern* s. 152-153 og s. 155, Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 21-22 og Konow: «Den norske interesselæren og pragmatisme i norsk tingsrett» s. 195.

¹³³² Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 513-517, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 268-270 og s. 301, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 768, Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 13.1 og Hauge: *Løsøreerhververs kreditorvern* s. 63-65 og s. 157-160. Se også Ot.prp.nr. 39 (2001-2002) s. 112: «Det er alminnelig antatt at overføring av eiendomsrett ikke kan gis rettsvern før det aktuelle formuesgodet er tilstrekkelig individualisert.»

seg til en uspesifisert løseobjekt, er utgangspunktet at kjøper må ta til takke med et dividendekrav i selgers konkursbo.¹³³³ Dette har vært omtalt som vilkåret til individualisering.¹³³⁴ Vilkaeret til individualisering er ulovfestet, og kan ses på som et utslag av prinsippet om spesialitet, jf. 5.4.5.¹³³⁵ *Høgetveit Berg* har stilt spørsmål ved om individualisering kan omtales som «særlege beslags- eller konkursrettslege vilkår, allmenne vindikasjonsvilkår eller ‘berre’ retningslinjer i ei tingsrettleg provvurdering». ¹³³⁶ Han konkluderer med at den beste innfallsvinkelen er å se individualiseringsvilkåret som «ei særleg regulering av kva som ‘tilhører’ debitor» i enkelte tilfeller, men legger til at valg av innfallsvinkel til individualisering ikke utgjør «noko stort poeng». ¹³³⁷ *Ørjasæter* mener på sin side at individualisering «er en forutsetning for i det hele tatt å operere med en forestilling om eiendomsrett». ¹³³⁸ Jeg er enig med *Ørjasæter* i at individualiseringsvilkåret, og i forlengelsen prinsippet om spesialitet, er en grunnleggende forutsetning for å kunne ha eiendomsrett til et formuesgode. Jeg er imidlertid også enig med *Høgetveit Berg* i at individualiseringsvilkåret kan ses på som en forlengelse av vilkåret «tilhører» i dekningsloven § 2-2, ettersom et formuesgodet vanskelig kan tilhøre noen dersom formuesgodet ikke kan identifiseres.

Hauge har fremhevet at det ved fastleggingen av innholdet i individualiseringsvilkåret bør «ses hen til de legislative hensyn som gjør seg gjeldende for konfliktypen». ¹³³⁹ Hun mener at faren for kreditorvilk «kan tilsi at kravet til individualisering utformes slik at hensynet til notoritet og publisitet blir best mulig ivaretatt». ¹³⁴⁰ Likevel synes *Hauge* å forkaste at notoritet og publisitet kan spille en sentral rolle ved utformingen av individualiseringsvilkåret. ¹³⁴¹ Jeg er enig med *Hauge* i at notoritet og publisitet bør spille en mindre rolle ved utformingen av individualiseringsvilkåret. Hensynene til notoritet og publisitet bør først og fremst ivaretas gjennom rettsvernsregler som oppstiller gjennomføring av rettsvernsakter som et vilkår for kreditorvern.

Vilkåret til individualisering eksisterer også i dansk rett, se Mortensen: *Indledning til tingsrett* s. 83. Svensk rett operer også med et vilkår til individualisering som synes å være litt mer omfattende enn det norske og danske, se Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 100. I Millqvist: *Sakrättens grunder* s. 104-106 gis en beskrivelse av det elementet i det svenske spesialitetsprinsippet som tilsvarer det norske individualiseringsvilkåret. DCFR artikkel VIII-2101 tredje ledd oppstiller også et vilkår om individualisering.

¹³³³ Hauge: *Løseobjekters kreditorvern* s. 64.

¹³³⁴ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 268.

¹³³⁵ Hauge: *Løseobjekters kreditorvern* s. 64.

¹³³⁶ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 13.1.

¹³³⁷ Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 13.1.

¹³³⁸ Ørjasæter: «Forledelse, ugyldighet og vindikasjon» s. 142

¹³³⁹ Hauge: *Løseobjekters kreditorvern* s. 158.

¹³⁴⁰ Hauge: *Løseobjekters kreditorvern* s. 158.

¹³⁴¹ Hauge: *Løseobjekters kreditorvern* s. 159-160.

For ordens skyld nevnes at det kan etableres kreditorvern for enkelte typer formuesrettigheter som tilsynelatende relaterer seg til et ubestemt antall formuesgoder, såkalte tingsinnbegrepspart. Det er likevel ikke treffende å omtale tingsinnbegrepspart som et uspesifisert formuesgode, ettersom samlingene av formuesgoder som inngår i tingsinnbegrepet er klart definert, se nærmere om dette i punkt 7.6.

Ved løsørekjøp er det ikke nødvendigvis mulig å identifisere hvilken gjenstand som kjøpers erverv knytter seg til. I de tilfellene løsøregjenstanden har blitt overlevert til kjøper, settes ikke vilkåret til individualisering på spissen: Overleveringen medfører i seg selv en individualisering av den kjøpte løsøregjenstanden.¹³⁴² Vilkåret til individualisering har derfor i norsk rett vært fremhevet som et tilleggsvilkår for å etablere kreditorvern i de unntakstilfellene det har vært åpnet for at kreditorvern kan etableres uten overlevering.¹³⁴³

Mange teoretikere har de senere år fremhevet at overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere kreditorvern for eiendomsrett i løsøre, jf. punkt 8.2.6. Vilkåret til individualisering har derfor vært viet forholdsvis lite oppmerksomhet ved drøftelsen av løsørekjøpers kreditorvern. Som poengtert av *Hauge* vil imidlertid individualiseringsvilkåret spille en mer sentral rolle dersom løsøreerverver kan etablere kreditorvern allerede ved avtaleinngåelsen.¹³⁴⁴ Individualiseringsvilkåret vil ikke nødvendigvis oppfylles ved avtaleinngåelsen. Spørsmålet som aktualiseres er hvilke krav som må stilles til individualiseringen for at løsørekjøpers rettighet skal stå seg overfor selgers kreditorer.

Ettersom jeg er av den oppfatning at det ikke nødvendigvis er grunnlag for å operere med en overleveringsregel, er min inngang til drøftelsen av individualiseringsvilkåret annerledes enn mange øvrige fremstillinger av individualiseringsvilkåret i norsk teori. Slik jeg vurderer individualiseringsvilkåret, oppstilles det *ikke* som et tilleggsvilkår i de unntakstilfellene kreditorvern kan etableres uten overlevering, men vil fungere som et *selvstendig vilkår* for at løsørekjøper skal være vernet mot selgers kreditorer.

I dette punktet skal jeg undersøke individualiseringsvilkåret nærmere. Først vil jeg fremstille hvordan vilkåret har vært fremstilt i norsk teori, jf. punkt 8.2.8.2. Deretter vil jeg undersøke fremstillingen av individualiseringsvilkåret i dansk teori nærmere, jf. punkt 8.2.8.3. Bakgrunnen for at det ses hen til dansk rett, er at rettsvernsreglene i norsk og dansk rett er utformet etter det samme tankegodset. Vilkåret til individualisering har imidlertid spilt en viktigere rolle for diskusjonene om løsørekjøpers kreditorvern i dansk rett sammenlignet med

¹³⁴² Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 513, Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 158 og Torgny Håstad: «Spesialitetsprincippet, och pragmatiska undantag från denna» i Jan Kleineman (red.): *Pragmatism v. principfasthet i nordiska förmögenhetsrätt*, Stockholm 2019 s. 199-207 på s. 199.

¹³⁴³ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 513-517, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 768.

¹³⁴⁴ Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 158.

norsk rett. I punkt 8.2.8.4 vil jeg vurdere om dansk retts syn på individualiseringsvilkåret kan tenkes å ha noen overføringsverdi til den norske diskusjonen om løsørekjøpers kreditorvern. Jeg vil i den forbindelse vurdere individualiseringsvilkåret i lys av dekningsloven § 2-2.

8.2.8.2 Individualiseringsvilkåret i norsk rett

Individualisering fungerte tidligere i norsk rett som ett av flere rettsstiftende vilkår. Som eksempel kan det vises til Rt. 1912 s. 263, jf. punkt 8.2.7. I dommen ble det vektlagt at haugen med jernskrap var tilstrekkelig spesifisert. Dette var et vilkår for at eiendomsretten til jernskrapet skulle gå over til kjøper. Individualiseringen hadde dermed betydning for om en ytelse skulle anses å være obligatorisk eller tinglig. Ettersom sondringen mellom obligatoriske og tinglige rettigheter ikke lenger oppfattes som relevant, jf. punkt 4.6, kan ikke individualiseringsvilkåret forstås som et vilkår for eiendomsrettens overgang. I stedet er individualisering i dag et vilkår for å kunne etablere kreditorvern.

Diskusjonen rundt individualiseringsvilkåret i norsk rett har vært sentrert rundt to momenter. Det første momentet er hvorvidt individualiseringen må være *bindende* for selgeren, det andre momentet er hvorvidt individualiseringen må være *normal*. Med *bindende* individualisering forstås at «[selgeren] ikke ensidig har rett til å omgjøre [individualiseringen]». ¹³⁴⁵ Det avgjørende er om selgeren har forpliktet seg til å foreta individualiseringen overfor kjøperen. Selgeren kan dermed ikke gi kjøper en annen gjenstand enn den individualiserte uten å komme i et ansvar overfor kjøperen. ¹³⁴⁶ Med *normal* individualisering forstås at det må ses hen til om individualiseringen er foretatt som et naturlig ledd i en handel. ¹³⁴⁷ Det kan blant annet ses hen til om individualiseringen er foretatt på en måte som er vanlig for selgeren, vanlig for avtalepartene eller vanlig etter kontraktsforholdets art. ¹³⁴⁸

Dersom individualiseringen er både bindende og normal, er det antatt i dansk rett at vilkåret til individualisering er oppfylt. ¹³⁴⁹ Det samme må trolig gjelde etter norsk rett ettersom diskusjonene først og fremst har omhandlet hvorvidt det er tilstrekkelig med bare en normal individualisering.

I det følgende skal jeg undersøke om individualiseringen kan være tilstrekkelig når den bare er bindende eller bare normal. Det er sparsomme mengder med norsk rettspraksis som direkte

¹³⁴⁵ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 516.

¹³⁴⁶ Jens Paulsen: *Insolvensret – Konkurs*, København 2010 s. 325.

¹³⁴⁷ Fr. Vinding Kruse: *Ejendomsretten II*, 3. utgave, København 1951, s. 1200.

¹³⁴⁸ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 516.

¹³⁴⁹ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 248.

omhandler individualiseringsvilkåret i norsk rett. Det lille som eksisterer av rettspraksis, er også av eldre dato. Av betydning kan først nevnes Rt. 1909 s. 734. Saken omhandlet et konkursbeslag i et parti solgt tømmer. Faktum var at to parter hadde inngått en avtale om salg av 300 tylfter tømmer (3600 tømmerstokker). Avtalen ble inngått ultimo juli 1903. Tømmeret skulle leveres innen utgangen av september 1903. Kjøper betalte kr 2.500,- i forskudd for tømmeret. Videre hadde partene avtalt at kjøper skulle få sikkerhet for forskuddsbetalingene i tømmeret gjennom at tømmeret ble markert med kjøpers merkeøks. Den 1. oktober 1903 viste det seg at selger ikke hadde vært i stand til å levere tømmeret, slik forutsatt av partene. Partene inngikk derfor en ny avtale 1. oktober 1903 hvor det fremgikk at selger overdro alt tømmeret som, på det tidspunkt, hadde blitt hugd til kjøper. I kontrakten var det angitt lokasjonen for tømmeret, mengde og pris per tylft. Samlet pris på det opphugde tømmeret utgjorde på dette tidspunkt kr 2.440,-. Tømmeret var dermed allerede betalt gjennom kjøperens forskudd. Resten av tømmeret skulle betales ved levering, stipulert til våren. Den 28. oktober 1903 gikk selgeren konkurs. Boet nektet å utlever det ferdighugde tømmeret til kjøperen. Til støtte for dette ble det blant annet anført at overdragelsen 1. oktober 1903 var proforma, at disposisjonen måtte omstøtes på grunn av at den var dekning av eldre gjeld og at disposisjonen måtte omstøtes på grunn av at den var foretatt med usedvanlig betalingsmiddel. Kjøper bestred at boet kunne ta beslag i det ferdighugde tømmeret under henvisning til at tømmeret tilhørte kjøper.

Høyesterett ga kjøper medhold i at eiendomsretten til tømmeret hadde blitt overført til kjøperen. Høyesterett viste til overrettens begrunnelse og sluttet seg til den i det vesentlige. Høyesterett drøftet i liten grad spørsmålet om individualisering. Begrunnelsen var konkret utformet og tok utgangspunkt i en tolkning av avtalen fra 1. oktober 1903, herunder hvordan partene hadde oppfattet avtalen. Overretten drøftet imidlertid spørsmålet om individualisering mer inngående og kom til at kontraktens angivelse av tømmerets kvantum og lokasjon, sammenholdt med merkingen som var foretatt, gjorde at det ikke kunne være tvil om hvilket tømmer som avtalen av 1. oktober 1903 omfattet.¹³⁵⁰ At det var en liten uoverensstemmelse mellom det kvantum som var beskrevet i avtalen, og den faktiske mengde tømmer som var hugget, var ikke et hinder for at individualiseringen var tilstrekkelig.

Rt. 1912 s. 263 berører også vilkåret om individualisering, se punkt 8.2.7 for en gjennomgang av faktum. Høyesterett la i dommen blant annet vekt på at partene hadde blitt enige om at jernskrapet kunne ligge på selgers tomt frem til kjøper skulle hente det. Jernskrapet skulle ligge

¹³⁵⁰ Se referatet fra overrettens dom i Rt. 1909 s. 734 på s. 741-742.

der for kjøpers regning og risiko og selger «havde ikke ret til at bortføre eller sælge til andre noget fra haugen».¹³⁵¹ Fakturaen for forskuddsbetalingen som inneholdt en oversikt over skraphaugens innhold, «var en efter varenes art og forholdets natur tilstrækkelig [sic] spesifikasjon».¹³⁵² Individualisering ble ikke problematisert ytterligere i dommen.

I både Rt. 1909 s. 734 og Rt. 1912 s. 263 var fokus for Høyesteretts drøftelse hvorvidt det hadde skjedd en overføring av eiendomsretten fra selger til kjøper. Det må derfor utvises forsiktighet med å bygge direkte på dommene som prejudikater for individualisering som vilkår for kreditorvern. Dommene indikerer imidlertid at en helt nøyaktig utskilling av de kjøpte løsørestandene trolig ikke er nødvendig i de tilfellene dette er lite praktisk.

Individualiseringsvilkåret har imidlertid ikke vært gjenstand for omfattende analyse i teorien. *Brækhus* og *Hærem* mente vilkåret til individualisering var mest aktuelt å anvende i tilfeller hvor kreditorvern skulle etableres i genusytelser.¹³⁵³ Specieytelser vil vanligvis være mulig å identifisere uten en individualisering. Videre mente de at individualiseringen måtte være «tydelig, slik at det ikke er tvil om hvilket parti som tilhører kjøperen».¹³⁵⁴ Individualiseringen burde også være «nøyaktig» og «ikke så skjodesløs at det lett kan oppstå ny sammenblanding».¹³⁵⁵

Brækhus og *Hærem* var av den oppfatning at det ikke kunne stilles krav til at individualiseringen var bindende. Dette ble begrunnet med at kjøper presumtvt alltid ville godta en individualisering fra selger.¹³⁵⁶ *Brækhus* og *Hærem* holdt likevel muligheten åpen for at selger måtte underrette kjøper om at individualiseringen hadde skjedd.¹³⁵⁷ De mente imidlertid at individualiseringen burde være normal. Hva som skulle anses som en normal individualisering måtte vurderes etter avtalepartene og kontraktsforholdets art, i tillegg til om individualiseringen viste tegn til å favorisere bestemte kjøpere.¹³⁵⁸ Dette siste punktet er etter min mening litt vanskelig å forstå. En individualisering er av natur ment å favorisere en bestemt kjøper. Det er mulig at *Brækhus* og *Hærem* skal tolkes dithen at en *klar* favorisering av en bestemt kjøper ikke kan godtas. Det kan for eksempel tenkes at det stilles en kvantitativ terskel for hvor mye aktiva debitor kan utskille til fordel for en bestemt suksessor. Vilkåret til en normal individualisering

¹³⁵¹ Rt. 1912 s. 263 på s. 263.

¹³⁵² Rt. 1912 s. 263 på s. 263.

¹³⁵³ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 513.

¹³⁵⁴ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 514.

¹³⁵⁵ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 514.

¹³⁵⁶ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 516.

¹³⁵⁷ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 516.

¹³⁵⁸ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 516.

vil i så fall ha likhetstrekk med omstøtelsesreglene i dekningsloven §§ 5-5 og 5-9, jf. punkt 3.1.2. Et av hovedhensynene bak omstøtelsesreglene er nettopp å unngå at det skjer en utilbørlig favorisering av en enkelt kreditor på bekostning av kreditorfellesskapet.¹³⁵⁹

Øvrige norske teoretikere synes i stor grad å ha fulgt standpunktene til *Brækhus* og *Hærem*.¹³⁶⁰ Rettskildebildet omkring individualiseringsvilkåret er imidlertid preget av lite teori og gammel og uklar rettspraksis.¹³⁶¹ Dette har også *Patrik Lindskoug* bemerket i en komparativ undersøkelse mellom svensk, dansk og norsk tingsrett:

«Den begränsade rättspraxis som läggs til grund för lösningen i Norge gör att det är svårt att dra alltför långtgående konklusioner – åtminstone innan ytterligare analyser finns tillgängliga.»¹³⁶²

Det kan diskuteres om det manglende fokuset på individualiseringsvilkåret i norsk rett indikerer at vilkåret ikke byr på rettslige utfordringer. En slik slutning mener jeg det ikke er grunnlag for. Individualiseringsvilkåret vil spille en sentral rolle dersom løsørekjøper kan etablere kreditorvern allerede ved avtaleinngåelsen. I svensk rett har for eksempel forbrukerkjøper siden 2002 oppnådd kreditorvern allerede ved avtaleinngåelsen, jf. konsumentköplag (1990:932) § 49. Et minstevilkår for å oppnå kreditorvern etter konsumentköplagen er at det har skjedd en individualisering av varen til fordel for forbrukerkjøperen, jf. konsumentköplag § 49 annet punktum. I dansk rett kreves det som utgangspunkt ikke en overlevering for at løsørekjøper skal være vernet mot selgers kreditorer, jf. punkt 8.2.8.3. Individualiseringsvilkåret har derfor fått en svært fremtredende posisjon i diskusjonene om løsørekjøpers kreditorvern etter dansk rett. Den danske diskusjonen om individualiseringsvilkåret gjennomgås nærmere i det følgende punkt.

8.2.8.3 Sammenligning av individualiseringsvilkåret i dansk og norsk rett

Utgangspunktet for diskusjonene om løsørekjøpers kreditorvern i dansk rett er at kreditorene ikke får bedre rett enn debitor selv.¹³⁶³ Dette utgangspunktet kan ikke alltid få gjennomslag.¹³⁶⁴ Utgangspunktet kan fravikes dersom løsøregjenstand ikke er *individualisert* til fordel for kjøper. Begrunnelsen for å fravike utgangspunktet om at kreditor ikke får bedre rett enn debitor

¹³⁵⁹ Andenæs: *Konkurs* s. 289 og s. 361.

¹³⁶⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 768, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 269 og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 159-160.

¹³⁶¹ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 159.

¹³⁶² Lindskoug: «Avtalsprincippet eller traditionsprincippet» s. 220.

¹³⁶³ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 225.

¹³⁶⁴ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 225.

er at det på avtaletidspunktet kan oppstå uklarheter om hvilke(n) gjenstand(er) som løsørekjøper har ervervet.¹³⁶⁵ Ettersom kreditor ikke skal stille dårligere enn debitor, må utgangspunktet fravikes når det er høy usikkerhet rundt hvilke formuesgoder som løsørekjøper har ervervet.¹³⁶⁶ *Peter Mortensen* tar derfor følgende utgangspunkt:

«[...] Hvis der er tvivl om, hvilke(n) genstand(e), som [suksessor] har fået overdraget, er det vanskelig at hævde, at [suksessor] har andet end en generel fordringsret mot [debitor] på opfyldelse af aftalen – en fordring, som [debitor] principielt hæfter for med hele sin formue».¹³⁶⁷

I dansk rett er utgangspunktet at løsørekjøper er vernet fra og med avtalen. Om dette uttaler *Mortensen* at:

«Denne oppfattelsen [at overlevering er nødvendig for å etablere kreditorvern] er imidlertid nu helt forladt, og det hersker i dag ingen tvivl om, at B *kan* opnå kreditorbeskyttelse, selv om han ikke har foretaget rådighetsberøvelse. Noget andet er, at B normalt vil være beskyttet over for kreditorene, hvis B rent faktisk *har* foretaget rådighetsberøvelse af de(n) genstand(e), som aftalen mellem A og B omhandler, idet der dermed er sket en udskillelse, som afskærer A fra at disponere over genstanden(e) til anden side.»¹³⁶⁸

Selv om det formelle utgangspunktet i dansk og norsk rett er likt, nemlig at kreditorene ikke kan få bedre eller dårligere rett enn debitor, synes hensynet til å motvirke kreditorsvik å stå sterkere i norsk rett. Basert på ovenstående kan det synes som om hensynet til *status quo* og omsetningslivets tarv vektlegges tyngre i dansk rett enn i norsk rett. Et vilkår om overlevering er forkastet i dansk rett på bakgrunn av at det «ville virke begrænsende for omsætningen – navnlig for bestillingskøb og forudbetalingskøb – hvis beskyttelse først kunne oppnås, når det var muligt at rådighetsberøve det købte».¹³⁶⁹ Kreditorvern bør av denne grunn «oppnås på *det tidligst mulige tidspunkt*, uden at det muliggør besvigelser af kreditorene.»¹³⁷⁰

Selv om løsørekjøper er vernet mot kreditorbeslag fra og med avtalen etter dansk rett, må kjøper oppfylle et vilkår om individualisering. Dersom suksessor tilkjennes en separatistrett for en

¹³⁶⁵ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 225.

¹³⁶⁶ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 225.

¹³⁶⁷ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 226.

¹³⁶⁸ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 228.

¹³⁶⁹ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 228.

¹³⁷⁰ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 228.

fordring som ikke knyttet seg til et konkret formuesgode, tilkjennes suksessor i realiteten en realsikkerhet for en usikret fordring. Om dette skriver *Mortensen*:

«Som anført ovenfor [...] er det nærliggende at beskytte den, der har ‘konkretiseret’ sin ret til bestemte af A’s genstande, fremfor de af A’s kreditorer, der kun har et generelt krav mod A’s formue. Kreditorenes krav ‘konkretiseres’ først til at angå bestemte aktiver, når udlæg foretages i aktiverne. Det vanskelige spørgsmål er imidlertid, *hvornår* B har opnået en så bestemt ret, at han nyder beskyttelse over for A’s kreditorer og således ikke længere blot har en generel fordringsret mod A.»¹³⁷¹

Mortensen påpeker at overlevering vanligvis vil oppfylle kravene som bør stilles til individualisering, selv om en overlevering ikke er nødvendig for å etablere kreditorvern:

«En enkel og klar løsning på spørsmålet ville være at kræve, at B for at opnå beskyttelse over for A’s kreditorer skulle foretage *rådighetsberøvelse* af den erhvervede genstand. Når først en genstand er overgivet til B, er det et stærkt indicium for, at B er ejer, med den virkning, at A’s kreditorer ikke længere kan gøre krav på genstaden.»¹³⁷²

Enkelte av *Mortensens* utsagn om overleveringskravet kan gi assosiasjoner til substansielt tankegods og den tidligere sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, jf. formuleringen «[...] B er ejer [...]». Det er imidlertid klart at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er forlatt i dansk rett, i likhet med norsk rett.¹³⁷³ Individualiseringsvilkåret oppstilles ikke som et vilkår for eiendomsrettens overgang i dansk rett, men som et vilkår for å etablere kreditorvern. Dette kommer klart frem når *Mortensen* presenterer individualiseringens funksjon:

«Dette omsætningshensynet har ført til opstilling af en regel om, at B er beskyttet over for A’s kreditorer, når A har foretaget en *udskillelse* (individualisering) af de(n) solgte genstand(e). Fra det tidspunkt, hvor overdrageren (A) har foretaget en sådan udskillelse, bør hververeren (B) være beskyttet over for overdragerens kreditorer. Synspunktet er, at det ved udskillelsen kan afgøres, hvilke genstande der tilhører B (nemlig de udskilte), og som A ikke længere – og dermed heller ikke A’s kreditorer – har nogen ret til.»¹³⁷⁴

¹³⁷¹ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 227.

¹³⁷² Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 227.

¹³⁷³ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 25-29.

¹³⁷⁴ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 228.

Kreditorene kan etter dansk rett ekstingvere tidligere stiftede rettigheter i et formuesgode, såfremt innehaveren av rettigheten ikke har foretatt en «sikringsakt».¹³⁷⁵ Sikringsakt synes i dansk rett å være synonymt med det norske begrepet rettsvernsakt. Forutsetningen for at kreditorekstinksjon skal inntre etter dansk rett er at det foreligger hjemmel for kreditorekstinksjon.¹³⁷⁶ Ettersom det ikke foreligger noen hjemmel i dansk rett som krever at suksessor foretar en sikringsakt ved erverver av eiendomsrett i løsøre for å være vernet mot kreditorene, hevder *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen* at kreditorene «ikke [kan] ekstingvere køberens eiendomsret».¹³⁷⁷ *Bang-Pedersen* mener likevel at suksessor må ha individualisert løsøregjenstanden for at ervervet skal stå seg overfor et kreditorbeslag.¹³⁷⁸ *Mortensen* omtaler vilkåret til bindende individualisering som en «nødvendig og tilstrækkelig sikringsakt».¹³⁷⁹ Selv om *Bang-Pedersen* ikke omtaler individualisering som en sikringsakt, er det trolig ingen rettslig forskjell på synspunktene til *Bang-Pedersen* og *Mortensen*. Drøftelsene deres synes imidlertid å ha ulike innfallsvinkler: *Bang-Pedersen* vurderer om det foreligger hjemmel for kreditorekstinksjon, mens *Mortensen* vurderer hva løsørekjøper må gjøre for å verne seg mot et kreditorbeslag. Begge mener uansett at individualiseringen er et vilkår for at løsørekjøper skal være vernet mot kreditorbeslag etter dansk rett.

I norsk rett er det ikke vanlig å oppstille individualisering som en rettsvernsakt. Bakgrunnen for dette er trolig at mange norske teoretikere anser overlevering som hovedregelen for etablering av kreditorvern i løsøre.¹³⁸⁰ Når overlevering anses som nødvendig for å etablere kreditorvern, fungerer overleveringen som en rettsvernsakt.

Det er verdt å merke seg at *Mortensen* knytter vilkåret til individualisering opp mot en vurdering av hva som «tilhører» suksessor, se *Mortensen: Indledning til tingsretten* s. 228. Dette kan ha sammenheng med at kreditorenes beslagsadgang er avgrenset etter dansk rett på en lignende måte som etter norsk rett. Et konkursbos beslagsrett følger av den danske konkursloven § 32 hvor følgende fremgår:

«Konkursen omfatter skylderens formue ved afsigelsen af konkursdekretet, og hva der under konkursen tilfader ham.»

For utleggstakere følger beslagsadgangen av den danske retsplejeloven § 507 hvor det fremgår at:

«Pengekrav fuldbyrdes ved udlæg i en så stor del af skyldnerens formue, som efter fogedrettens skøn er nødvendig til dækning af kravet samt af omkostninger ved forretningen og det udlagtes opbevaring indtil auktionen.»

Beslagsadgangen til kreditorene er etter dansk rett avgrenset til å omfatte de aktiva som inngår i «skyldnerens formue», se *Bang-Pedersen: Kreditorerne* s. 129-131 for en nærmere beskrivelse av hva som inngår i «skyldnerens

¹³⁷⁵ Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen: *Kreditorerne*, 3. utgave, København 2019 s. 65 og s. 88.

¹³⁷⁶ Bang-Pedersen: *Kreditorerne* s. 88.

¹³⁷⁷ Bang-Pedersen: *Kreditorerne* s. 66.

¹³⁷⁸ Bang-Pedersen: *Kreditorerne* s. 66.

¹³⁷⁹ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 249.

¹³⁸⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 766, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305, Andenæs: *Konkurs* s. 260-262, Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter» s. 92-93.

formue». Denne avgrensningen av kreditorenes beslagsrett synes å være forholdsvis lik den avgrensningen som eksisterer etter dekningsloven § 2-2. Det er imidlertid klart at tredjemanns stilling i dansk rett ikke er uttømmende regulert av henholdsvis konkursloven § 32 og retsplejeloven § 507. Bestemmelsene suppleres, i likhet med norsk rett, av tredjemannsregler, se Paulsen: *Insolvensret – Konkurs* s. 323-324. Se spesifikt om tredjemannsregler ved salg av løsøre fra skylderen på s. 324-328.

I dansk rett har det, i likhet med norsk rett, vært diskutert om individualiseringen må være bindende og/eller normal.¹³⁸¹ Det er enighet om at kjøper vil ha vern mot selgers kreditorer dersom individualiseringen er både bindende og normal. Det er også enighet om at en individualisering som verken er bindende eller normal, ikke er tilstrekkelig.¹³⁸² Spørsmålet er derfor om kjøper kan være vernet mot selgers kreditorer dersom bare ett av vilkårene er oppfylt.¹³⁸³ Konklusjonen er tvilsom etter dansk rett.¹³⁸⁴ Den rådende oppfatningen synes å være at individualiseringen må være bindende, men trenger ikke å være normal.¹³⁸⁵ Bakgrunnen for at individualisering må være bindende er at det ikke skal oppstå en diskrepans mellom debtors råderett og kreditorenes beslagsadgang. Dersom individualiseringen ikke trenger å være bindende, vil debitor fritt kunne råde over løsøret til fordel for andre enn suksessor før et kreditorbeslag. Kreditorene vil imidlertid ikke kunne ta beslag i løsøret når gjeldsforfølgning iverksettes.¹³⁸⁶ Kreditorene stilles følgelig i en dårligere stilling enn debitor, noe som er i strid med utgangspunktet om at kreditorene skal settes i samme stilling som debitor.¹³⁸⁷ Bakgrunnen for at vilkåret til normalitet *ikke* oppstilles i dansk rett er at det ikke er vanlig å operere med kreditorvernregler hvor disposisjonens normalitet inngår som et vurderingstema.¹³⁸⁸ I tillegg *kan* en individualisering som fremstår unormal, tjene legitime og beskyttelsesverdige formål.¹³⁸⁹

I tillegg til at individualiseringen må være bindende, er det et krav etter dansk rett at de individualiserte gjenstandene må svare til kontraktsgjenstandene.¹³⁹⁰ Som eksempel på et tilfelle hvor de individualiserte gjenstandene ikke svarte til kontraktsgjenstandene, kan det vises til U 1954.673 (Højesteret). I denne dommen hadde en sykkelforhandler kjøpt 100 sykler til en verdi av 20.000,- DKK. Syklene ble forskuddsbetalt gjennom to veksler som ble utstedt henholdsvis den 27. november 1951 og 3. januar 1952. Ettersom kjøper ikke hadde plass til å

¹³⁸¹ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 228.

¹³⁸² Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 229.

¹³⁸³ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 228-229 og s. 246.

¹³⁸⁴ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 246.

¹³⁸⁵ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 249 og Paulsen: *Insolvensret – Konkurs* s. 325-326. Se også henvisningene til øvrig dansk litteratur i fotnote 102 på s. 229 i Mortensen: *Indledning til tingsretten*.

¹³⁸⁶ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 230.

¹³⁸⁷ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 230.

¹³⁸⁸ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 248.

¹³⁸⁹ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 246-247.

¹³⁹⁰ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 229.

lagre syklene, ble kjøper og selger enige om at syklene skulle suksessivt transporteres, utskilles og mellomlagres på et varelager tilhørende selger frem til våren. Da selger gikk konkurs, hadde kjøper bare fått overlevert 38 sykler til en verdi av 7644,- DKK. På dette tidspunkt hadde også selger overført og utskilt 25 herre- og 25 damesykler av sykkelmerket Scott til sitt varelager i tillegg til 12 lettvekt 22 tommer sykler i deler. I ordreseddelen stod det at kjøpet gjaldt 30- herre og 20 damesykler av merket Club, samt 12 ferdig monterte lettvekt 22 tommer sykler. Spørsmålet Højesteret måtte ta stilling til, var om selger kunne kreve utlevert de 62 syklene som var overført og utskilt på selgers varelager. Højesteret mente syklene som var blitt levert til selgers lager, ikke svarte til syklene som var oppgitt i ordreseddelen. Selger og kjøper hadde heller ikke blitt enige om en endring av den opprinnelige avtalen. På denne bakgrunn konkluderte Højesterets flertall med at kjøper ikke hadde separatistrett i de 62 syklene som stod på selgers varelager. Syklene som var utskilt til fordel for kjøper på selgers varelager, svarte ikke til de syklene som avtalen mellom selger og kjøper omhandlet.

8.2.8.4 Kan diskusjonene om individualiseringsvilkåret i dansk rett ha overføringsverdi til norsk rett?

Individualiseringsvilkåret kan kanskje best forstås i lys av dekningsloven § 2-2 etter norsk rett. Dersom dekningsloven § 2-2 ikke kan suppleres med en rettsvernsregel, forutsetter ordlyden i bestemmelsen at kreditorene kan ta beslag i løsøregjenstanden helt frem til den ikke lenger «tilhører» debitor. Dekningsloven § 2-2 synes derfor, isolert sett, å forutsette at løsøregjenstanden kan beslaglegges helt frem til eiendomsretten er gått over til suksessor, jf. punkt 4.7.¹³⁹¹ En løsøregjenstand kan imidlertid ikke ha blitt overført til suksessor dersom det ikke er mulig å identifisere hvilken gjenstand som er gjenstand for overføring. Dekningsloven § 2-2 åpner derfor for at kreditorene kan beslaglegge en løsøregjenstand frem til en individualisering har skjedd.¹³⁹²

For å avgjøre når en individualisering skal anses å ha skjedd, kan det tas utgangspunkt i at kreditorene ikke skal få bedre rett enn debitor. Dette utgangspunktet medfører at kreditorene ikke trenger å ta hensyn til rettigheter som debitor ikke er forpliktet til å respektere overfor suksessor. Dersom selger ikke er forpliktet til å opprettholde en individualisering overfor kjøper, bør heller ikke kreditorene være bundet av individualisering. I motsatt fall ville selger ansvarsfritt kunne omgjøre individualiseringen til ugunst for kjøper, samtidig som at

¹³⁹¹ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 93.

¹³⁹² Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 93-94.

kreditorene ikke kunne beslaglagt gjenstanden. Selger kunne dermed unndratt løsøreobjekter fra et potensielt kreditorbeslag, men fortsatt hatt adgang til å disponere fritt over løsøreobjektene utenfor beslagssituasjonen. Dette vil klart være i strid med hensynene bak dekningsloven § 2-2. Dekningsloven § 2-2 synes derfor å forutsette at individualiseringen må være bindende.

Vilkåret til normalitet er, i motsetning til vilkåret om bindende individualisering, ikke nødvendigvis i tråd med dekningsloven § 2-2. Når det skal vurderes om en individualisering er normal, ses det vanligvis hen til *hvordan* individualiseringen gjennomføres, og ikke hvilken *rettsvirkning* individualisering har mellom selger og kjøper.¹³⁹³ Det er ingenting i veien for at selger ansvarsfritt kan omgjøre en normal individualisering. Av denne grunn kan en normal individualisering stille kreditorene i en dårligere stilling enn debitor, forutsatt at den normale individualiseringen vil gi kjøper et vern overfor kreditorene.

Videre inngår vanligvis ikke normalitet som et vilkår for etablering av kreditorvern. Situasjonen er snarere den motsatte: I Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 vektla ikke Høyesterett at transaksjonene som var foretatt var både normale og lojale overfor kreditorene ved tolkningen av lovfestede rettsvernsregler. Høyesterett mente at lovfestede rettsvernsregler måtte tolkes absolutt, uten hensyn til subjektive forhold hos avtalepartene, jf. punkt 5.2.2. I norsk rett inngår disposisjonens normalitet i stedet som et vurderingstema i enkelte av omstøtelsesreglene, se for eksempel dekningsloven §§ 5-5 og 5-9, jf. punkt 3.1.2. Et vilkår til normal individualisering har dermed likhetstrekk med omstøtelsesreglene. Det er ikke rom for å oppstille ulovfestede omstøtelsesregler.¹³⁹⁴ Det bør derfor utvises forsiktighet med å gi kreditorene en beslagsadgang på bakgrunn av et vilkår om normal individualisering.

Slik jeg ser det passer argumentene som har vært fremført i favør et vilkår om bindende individualisering i dansk rett, godt inn med rettskildebildet i norsk rett. Jeg mener derfor vilkåret til bindende individualisering er i bedre kontakt med dekningsloven § 2-2 enn vilkåret til normal individualisering. Etter mitt skjønn bør det derfor oppstilles et vilkår om bindende individualisering i norsk rett, slik som i dansk rett.

Hvilket nærmere innhold som kan utledes av vilkåret til bindende individualisering etter norsk rett, er usikkert. Det avgjørende er at kjøper har etablert en rettighetsposisjon overfor selger

¹³⁹³ Se for eksempel Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 516-517 og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 160.

¹³⁹⁴ Rt. 2014 s. 922, avsnitt 19 og NOU 1972:20 s. 284-285.

som avskjærer selger fra å kunne disponere ansvarsfritt over løsøreobjekten til fordel for andre kjøpere.¹³⁹⁵ Det aller sikreste vil nok derfor være om individualiseringen skjer gjennom medvirkning fra kjøper, slik at debitor ikke ansvarsfritt kan disponere over løsøreobjekten til fordel for andre enn kjøper.

Eldre praksis fra Høyesterett kan gi støtte til at det inntas en forholdsvis pragmatisk holdning til hvordan en bindende individualisering kan gjennomføres. Som eksempel kan Rt. 1916 s. 1055 nevnes. Saken omhandlet blant annet risikoovergangen for 2000 kasser sild. Risikoens overgang er et annet rettslig spørsmål enn kjøpers vern mot selgers kreditorer. Likevel oppstilte den daværende kjøpsloven av 1907 § 37 annet ledd et vilkår om at genusytelser måtte være utskilt til fordel for kjøper for at risikoen skulle gå over på kjøper.¹³⁹⁶ Høyesteretts tolkning av kravet til utskillelse i den gamle kjøpsloven kan kanskje være av interesse for individualisering som vilkår for etablering av kreditorvern. *Brækhus og Hærem* legger for eksempel til grunn at «kjøpslovens individualiseringskrav skiller seg neppe» fra individualiseringskravet som stilles for etablering av kreditorvern ved løsørekjøp.¹³⁹⁷

I Rt. 1916 s. 1055 befant omkring 3100-4100 kasser sild seg i et steng. Ca. 2000-3000 av kassene ble solgt til en kjøper siste halvdel av mars 1910, og skulle hentes «efter paaske».¹³⁹⁸ Silden ble ikke hentet til avtalt tid av kjøper, selv etter gjentatte purringer fra selger. Til slutt stilte selger hele stenet med sild til kjøpers disposisjon gjennom et telegram den 16. april 1910. Den 19. april 1910 ble låset sprengt, og silden ble ødelagt. Selger krevde erstatning for 2000 kasser sild fra kjøper. En av kjøpers innsigelser mot selgers krav var at de 2000 kassene med sild ikke var tilstrekkelig utskilt fra stenet, slik at risikoen for silden ikke hadde gått over på kjøper, jf. den dagjeldende kjøpsloven av 1907 § 37 annet ledd. Høyesterett sluttet seg til resultatet og begrunnelsen fra de tidligere instansene, som begge hadde gitt selger medhold i kravet mot kjøper. Underretten sa følgende om utskillelsspørsmålet:

«At forlange, som av indstevnte paastaat, en faktisk utskillelse av 2.000 og 3.000 kasser for at vaagnaden skal gaa over, synes aldeles urimelig, da dette praktisk talt maa lede til, at sælgeren i tilfælde som heromhandlede altid maa bære risikoen, hvormeget end

¹³⁹⁵ Paulsen: *Insolvensret – Konkurs* s. 325

¹³⁹⁶ Lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb.

¹³⁹⁷ *Brækhus og Hærem: Norsk tingsrett* s. 515

¹³⁹⁸ Rt. 1916 s. 1055 på s. 1057.

kjøperen er in mora. Lovens krav paa utskillelse maa selvfølgelig avpasses efter de konkrete tilfælder [...].»¹³⁹⁹

Individualiseringen som var foretatt i Rt. 1916 s. 1055 var klart nok bindende for selgeren. Etter at selgeren hadde stilt stenget til kjøpers disposisjon i telegrammet av 16. april 1910, kunne ikke selger disponere over stenget ansvarsfritt til andre. Dommen illustrerer likevel at det må ses hen til hva som er praktisk gjennomførbart når den bindende individualiseringen skal foretas.

Kravene som stilles til individualiseringen, bør ses i lys av hensynet til å motvirke kreditorsvik. Dersom det er nærliggende at løsøre gjenstanden sammenblandes med andre gjenstander, slik at det er usikkert hvilken løsøre gjenstand som tilhører kjøper, bør beviskravene til at individualiseringen er gjennomført, være strenge.¹⁴⁰⁰

Faren for sammenblanding vil være lav ved speciekjøp. Av denne grunn trenger *vanligvis* ikke individualisering å skje ved speciekjøp.¹⁴⁰¹ *Peter Mortensen* har argumentert for at sontringen mellom specie- og genusytelser bør forkastes i dansk rett.¹⁴⁰² Begrunnelsen er at sontringen virker forvirrende og lite oppklarende for de rettslige vurderinger som individualiseringsvilkåret legger opp til. I stedet mener han at det utelukkende bør vurderes om en bindende individualisering har skjedd.¹⁴⁰³ Jeg er enig med *Mortensen* i at sontringen mellom specie- og genusytelser i seg selv ikke kan være avgjørende for om en individualisering må foretas. Sontringen mellom specie- og genusytelser kan imidlertid være av betydning for å avgjøre hvordan den bindende individualiseringen skal foretas. Dess større faren for sammenblanding er – noe den ofte vil være ved kjøp av generiske gjenstander – jo mer entydig bør den bindende individualiseringen være. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor faren for sammenblanding ikke er til stede for generiske ytelser, for eksempel dersom suksessor kjøper et parti generiske stoler som befinner seg i en kontainer. Dersom det er enkelt å identifisere hvilken kontainer kjøper har ervervet, vil det være liten grunn til å stille strenge krav til individualiseringen, selv om kontraktsgjenstanden i seg selv er generisk.

Selv om et kjøp gjelder en specieytelse, må gjenstanden som er kjøpt kunne identifiseres. Dette har støtte i Rt. 1988 s. 1327. Høyesterett la i Rt. 1988 s. 1327 til grunn at over to tusen

¹³⁹⁹ Rt. 1916 s. 1055 på s. 1057.

¹⁴⁰⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 768.

¹⁴⁰¹ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 514, Falkanger/Falkanger: *Tinglysing* s. 768, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 268 og Paulsen: *Insolvensret – Konkurs* s. 324-325.

¹⁴⁰² Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 249-253.

¹⁴⁰³ Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 253.

kunstgjenstander ikke var tilstrekkelig utskilt på tidspunktet gaveløftet ble gitt. En rekke av gjenstandene befant seg på et annet sted enn der det var oppgitt at de skulle være i gavebrevet. Flere av gjenstandene tilhørte heller ikke gavegiver selv, og en omvisning som ble foretatt i forbindelse med at gaveløftet ble gitt, kunne bare gi mottaker «et omtrentlig inntrykk av hvilke gjenstander samlingen omfattet».¹⁴⁰⁴ Det hadde følgelig ikke skjedd en besittelsesovergang på tidspunktet gaveløftet ble avgitt. Rt. 1988 s.1327 omhandler riktig nok fullbyrdelseskravet for gavedisposisjoner etter omstøtelsesregelen i den tidligere konkursloven § 42, se nærmere om dette i punkt 8.2.13. Dommen kan imidlertid fungere som et støtteargument for at specieytelser som overdras må være identifiserte for at overdragelsen skal stå seg overfor kreditorene.

Videre bør individualiseringsvilkåret ses i lys av samfunnsutviklingen. Et mye brukt eksempel på hvordan en individualisering kan foretas, er at selger plasserer en lapp med kjøpers navn på løsøregjenstanden.¹⁴⁰⁵ En slik individualisering er neppe praktisk i dag. Varelageret til selger er vanligvis av en forholdsvis betydelig størrelse, og føres ofte elektronisk. Videre har ofte gjenstander på selgers varelager et unikt varenummer. Dersom det elektroniske datasystemet til selger har registrert at en generisk vare – med et unikt varenummer – er holdt av til en spesifikk kjøper, og kjøper er varslet om dette via for eksempel en automatisert epost, bør dette være tilstrekkelig for å kunne konstatere at en bindende individualisering har skjedd.

Enkelte vil kanskje innvende at tolkningen av individualiseringsvilkåret som har blitt presentert i dette punktet medfører et tilbakeskritt til sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Selv om individualiseringsvilkåret har en klar tilknytning til denne sontringen, vil ikke vilkåret til bindende individualisering oppstilles som et skjæringspunkt for når eiendomsretten har gått over til kjøper. Dersom individualiseringsvilkåret tilnærmes på en funksjonell måte, kan rettsvirkningen av å foreta en bindende individualisering anses å være at kreditorvern etableres mot selgers kreditorer, jf. punkt 4.4. Dersom individualiseringsvilkåret tilnærmes på en substansiell måte, kan individualiseringsvilkåret anses å være en presisering av vilkåret «tilhører» i dekningsloven § 2-2, jf. punkt 4.3 og punkt 4.7. Uansett hvilken tilnærming som inntas til individualiseringsvilkåret, er det klart at sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter ikke kan anses å være avgjørende for løsørekjøpers kreditorvern.

¹⁴⁰⁴ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1332.

¹⁴⁰⁵ Se for eksempel Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 768.

8.2.9 Hvilken kreditorvernregel bør gjelde ved løsørekjøp?

Gjennomgangen i punkt 8.2.6-8.2.8 har vist at det *de lege lata* er vanskelig å konkludere med hvilken kreditorvernregel som gjelder ved løsørekjøp. Jeg har i de foregående punktene presentert tre ulike kreditorvernregler ved løsørekjøp: Overlevering, interesselæren og individualisering. Det kan også argumenteres for en kombinasjon av disse kreditorvernreglene, for eksempel gjennom at det oppstilles en hovedregel om overlevering med forholdsvis vidtrekkende unntak.¹⁴⁰⁶ I det følgende vil jeg fremsette noen oppsummerende betraktninger om hvilken kreditorvernregel som jeg mener bør gjelde ved løsørekjøp. Ettersom rommet for hensynsbaserte drøftelser er forholdsvis stort, kan det *de lege lata* argumenteres for en rekke ulike løsninger. De følgende betraktningene bør derfor ses på som hensynsbaserte anbefalinger fra min side. Betraktningene kan kanskje sies å ligge tett opp til *de sententia ferenda*-betraktninger.

I punkt 8.2.6 drøftet jeg om overlevering kunne tenkes å utgjøre en ulovfestet rettsvernsakt ved løsørekjøp. Hensynet som skal ivaretas gjennom å oppstille overlevering som rettsvernsakt, er først og fremst hensynet til notoritet. Overlevering bidrar imidlertid i liten grad til å fremme hensynet til å motvirke kreditorsvik, herunder hensynene til notoritet og publisitet. I tillegg er overleveringskravet lite tilpasset omsetning av løsøre via internett. Jeg synes heller ikke en overleveringsregel med mer eller mindre vidtgående unntak har noen særlig god rettskildemessig forankring. En vidtgående adgang til å etablere unntak er ikke et argument som taler i *favør* et overleveringskrav. I tillegg vil en kreditorvernregel som innbyr til skjønnsmessige og uklare avgrensninger av kreditorenes beslagsadgang, være lite egnet.

Ettersom det vanskelig kan tenkes en annen rettsvernsakt enn overlevering ved løsørekjøp, må en alternativ kreditorvernregel legge opp til et annet vurderingstema enn hvorvidt suksessor har gjennomført en rettsvernsakt. Interesselæren ble i punkt 8.2.7 drøftet som en alternativ kreditorvernregel ved løsørekjøp. Interesselæren søker å skille mellom forskuddsbetalinger som må anses som usikrede kredittytelser, og forskuddsbetalinger som kan danne grunnlag for en separatistrett. Interesselæren bidrar ikke til en styrking av hensynene til notoritet og publisitet, og vanskeliggjør i liten grad kreditorsvik. I tillegg vil en avgrensning av kreditorenes beslagsadgang gjennom interesselæren være svært skjønnsmessig og usikker. Et av de bærende premissene for interesselæren – at forskuddsbetalinger må regnes som usikrede kredittytelser – er heller ikke helt treffende i dag. Forskuddsbetaling er ofte påkrevd ved kjøp på internett. Etter

¹⁴⁰⁶ Slik for eksempel Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 15-16.

mitt skjønn vil uansett vilkåret til individualisering sørge for å skille mellom forskuddsbetalinger som har kredittpreg og forskuddsbetalinger som retter seg mot et erverv av en konkret løsøreobjekt. Formålet bak interesselæren ivaretas derfor langt på vei gjennom vilkåret til individualisering.

I punkt 8.2.8 drøftet jeg hvordan vilkåret til individualisering kan forstås når overlevering ikke oppstilles som rettsvernsakt. Denne inngangen til drøftelsen av individualiseringsvilkåret skiller seg fra hvordan individualiseringsvilkåret tradisjonelt har vært fremstilt i norsk rett. Etter mitt skjønn bør individualiseringsvilkåret ses i lys av dekningsloven § 2-2. Det grunnleggende utgangspunktet etter dekningsloven § 2-2 er at kreditorene ikke får bedre rett enn debitor. Kreditorene skal derfor ikke trenge å ta hensyn til rettighetsstiftelser som debitor ikke er forpliktet til å opprettholde. Av denne grunn vil et vilkår om bindende individualisering være i god kontakt med utgangspunktet i dekningsloven § 2-2.¹⁴⁰⁷ På denne bakgrunn bør løsørekjøper, etter mitt skjønn, være vernet mot selgers kreditorer når en bindende individualisering er gjennomført.

Hvorvidt Høyesterett vil godta at en bindende individualisering er tilstrekkelig for å etablere kreditorvern, er høyst usikkert. Hvordan kreditorvern etableres for eiendomsrett i løsøre, herunder hvordan individualiseringsvilkåret i norsk rett skal forstås, er et tema som er overmodent for avklaring. Dersom det ikke kommer en prinsipiell avklaring fra Høyesterett i nærmeste fremtid, er dette noe som lovgiver bør ta tak i.¹⁴⁰⁸ Kanskje vil fremveksten av forskuddsbetaling på internett fremtvinge en prinsipiell avklaring i fremtiden.

8.2.10 Typetilfeller

Det kan vurderes om det bør gjelde enkelte særegne kreditorvernregler ved løsørekjøp i enkelte avgrensede *typetilfeller*.¹⁴⁰⁹ Hensynene som ligger til grunn for den ulovfestede regelen om etablering av kreditorvern ved løsørekjøp, kan tenkes å ha ulik vekt i ulike tilfeller. Frie avveininger av hvilken løsning som vil være mest gunstig i en konkret sak, kan imidlertid ikke godtas. Rettsanvenderen bør være regelorientert ved etableringen av ulovfestede kreditorvernregler, jf. punkt 5.4. Når en eventuell særegen kreditorvernregel avgrenses til et nærmere bestemt typetilfelle, kan en hensynsavveining foretas på et generelt grunnlag.

¹⁴⁰⁷ Se også Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 193 hvor hun skriver at en avgrensning av løsøreerverters kreditorvern på bakgrunn av vilkåret til spesialitet, harmonerer godt med ordlyden i dekningsloven § 2-2, herunder at boet trer inn i skyldnerens rettsstilling.

¹⁴⁰⁸ I samme retning, se Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.2.3.

¹⁴⁰⁹ Lilleholt: *Godtruervert og kreditorvern* s. 194 (note 276). Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.3 mener adgangen til å oppstille unntak for enkelte typetilfeller i praksis må forstås som at det kan være aktuelt å oppstille unntak for enkelte kontraktstyper.

Rettsanvenderen slipper dermed å avveie hensynene som gjør seg gjeldende i en konkret sak, men kan i stedet avveie hvordan hensynene *typisk* vil måtte vektes i det nærmere bestemte typetilfellene. Typetilfeller kan avgrenses til nærmere bestemte kontraktstyper, avtaleparter, oppgjørsformer m.m.¹⁴¹⁰

Det er mest aktuelt å analysere ulike typetilfeller nærmere dersom overlevering anses som hovedregelen for å etablere kreditorvern. Dette kan begrunnes med at en absolutt anvendelse av et overleveringskrav kan motvirke tjenlige transaksjonstyper.¹⁴¹¹ Dersom kreditorvern etableres på tidspunktet en individualisering er gjennomført, vil det ikke være behov for å oppstille unntak: Individualisering er uansett et minstevilkår for at forskuddsbetalende kjøper skal være vernet mot selgers kreditorer, jf. punkt 8.2.8.1.¹⁴¹²

Selv om en analyse av ulike typetilfeller ofte foretas for å vurdere om det kan oppstilles unntak fra et eventuelt overleveringskrav, kan det imidlertid også være grunnlag for å drøfte om det bør gjelde *strengere* kreditorvernregler i enkelte typetilfeller. Dette kan begrunnes med at faren for kreditorsvik er større for enkelte typer disposisjoner. For å motvirke kreditorsvik, kan det eksempelvis være aktuelt å oppstille et absolutt krav om overlevering, eventuelt i kombinasjon med at overdragelseserklæringen må gjøres skriftlig.

I de følgende punktene vil jeg undersøke hvorvidt det kan være grunnlag for å oppstille særegne kreditorvernregler for enkelte typer løsøredisposisjoner. Drøftelsene vil først og fremst ta for seg noen typetilfeller som har vært gjenstand for diskusjon i teorien. I punkt 8.2.11 drøftes om kreditorvern kan etableres gjennom avtale i enkelte typer tilvirkningskontrakter. I punkt 8.2.12 drøftes om kreditorvern kan etableres gjennom avtale ved forbrukerkjøp. I punkt 8.2.13 drøftes om det gjelder et absolutt overleveringskrav ved overdragelse av løsøre gjennom gavedisposisjoner, før jeg i punkt 8.2.14 drøfter om det kan tenkes særegne kreditorvernregler i noen øvrige typetilfeller. En viktig forutsetning for drøftelsene i punkt 8.2.11, 8.2.12 og 8.2.14 er at overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere kreditorvern i løsøre. Etersom jeg er av den oppfatning at det ikke er grunnlag for å oppstille et overleveringskrav etter gjeldende norsk rett, må drøftelsene i disse punktene anses som *subsidiære drøftelser* i min fremstilling, jf. punkt 8.2.9. Spørsmålet som drøftes subsidiært er om kreditorvern kan etableres gjennom avtale i disse typetilfellene, forutsatt at overlevering som hovedregel er nødvendig for

¹⁴¹⁰ Se Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* kapittel 7 for nærmere eksempler og avveininger av ulike typetilfeller.

¹⁴¹¹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 305.

¹⁴¹² I samme retning, se Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 63-64 og s. 187-188. Se også Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 307: «Ellers kan vilkåret om individualisering sikkert by på problem.»

å etablere kreditorvern ved løsørekjøp. Punkt 8.2.13 vil imidlertid være en *prinsipal drøftelse* i min fremstilling. Punkt 8.2.13 omhandler ikke et unntak fra overleveringskravet, men snarere hvorvidt det kan være grunnlag for å oppstille en strengere kreditorvernregel ved gavedisposisjoner.

8.2.11 Typetilfelle: Tilvirkningsunntaket

8.2.11.1 Innledning

Selv om flere teoretikere mener at overlevering bør være hovedregelen for etablering av kreditorvern ved løsørekjøp, har mange åpnet for at bestiller i en tilvirkningskontrakt bør kunne etablere kreditorvern for eiendomsrett i kontraktsgjenstanden og byggematerialer gjennom avtale.¹⁴¹³ Dette unntaket fra overleveringsregelen omtales i det følgende som «tilvirkningsunntaket». En tilvirkningskontrakt kan defineres som enhver avtale hvor gjenstanden som skal overdras fra selger til kjøper, ikke foreligger på avtaletidspunktet, og hvor kjøper ikke skal stå for mesteparten av materialet, jf. kjøpsloven § 2 og forbrukerkjøpsloven § 2 første ledd bokstav a.¹⁴¹⁴

Tilvirkningsunntaket må avgrenses mot to tilgrensende typetilfeller: *Tjenestekjøp* og *alminnelige løsørekjøp*. Dersom bestiller skal stå for egne materialer, er det mest naturlig å se kontraktsforholdet mellom bestiller og tilvirker som et tjenestekjøp, og ikke en tilvirkningskontrakt, jf. kjøpsloven § 2 første ledd første punktum. Bestiller vil i disse tilfellene ha et separatistkrav mot tilvirkers kreditorer i kraft av å være hjemmelshaver til tilvirkningsobjektet og materialene, og det er følgelig ikke behov for noe tilvirkningsunntak.¹⁴¹⁵

Ved alminnelige løsørekjøp er kontraktsgjenstanden allerede ferdigstilt på kjøpstidspunktet. Et kjennetegn ved en tilvirkningskontrakt er at kontraktsgjenstanden frembringes av tilvirker i etterkant av avtaleinngåelsen.¹⁴¹⁶ Ettersom frembringelsen av kontraktsgjenstanden kan være kostbart i enkelte typer tilvirkningsavtaler, har ofte ikke tilvirker god nok likviditet til å finansiere tilvirkningskostnadene. I enkelte tilvirkningskontrakter er det derfor vanlig at

¹⁴¹³ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 167-168, Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 510-513, Falkanger/Falanger: *Tingsrett* s. 769-770, Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 22-23 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 306-307. I reservert retning, se Andenæs: *Konkurs* s. 266-270.

¹⁴¹⁴ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 166. Se også Hov og Høgberg: *Obligasjonsrett* s. 210 (bestilling av skreddersydd dress omtales som et «tilvirkningskjøp») og Kåre Lilleholt: *Kontraksrett og obligasjonsrett*, 1. utgave, Oslo 2017 s. 156 (skilles mellom tilvirkningskjøp som reguleres av kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven på den ene side og «tilverknad av store lausøyretning» som i praksis mer eller mindre alltid reguleres av standardkontrakter på den annen side).

¹⁴¹⁵ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 23.

¹⁴¹⁶ Tore Sandvik: «Eiendomsomgang og kreditorbeslag ved tilvirkningskontrakter», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1968 s. 445-480 på s. 445-446.

bestiller finansierer frembringelsen av tilvirkningsobjektet gjennom forskuddsbetalinger, jf. punkt 8.2.11.2. En tilsvarende finansieringsordning er ikke nødvendig ved alminnelige løsørekjøp: Produksjonskostnadene er ofte lavere, produksjonstiden er kortere og selger kan prise inn kostnadene og fortjenesten i utsalgsprisen. Det er følgelig ikke behov eller grunnlag for et tilvirkningsunntak ved alminnelige løsørekjøp.

Tilvirkningsunntaket har først og fremst vært drøftet som et mulig unntak fra overleveringskravet i *større tilvirkningsforhold*.¹⁴¹⁷ Det er ikke helt klart hvilke typer tilvirkningsforhold som skal regnes som større tilvirkningsforhold. Det finnes en rekke ulike typer tilvirkningskontrakter som ofte involverer store kontraktssummer. En mulig sontring kan kanskje trekkes mellom entrepriseavtaler og andre større tilvirkningsavtaler som for eksempel skipsbygging og fabrikkasjonskontrakter. I begge tilfeller er det tale om avtaler hvor kontraktsgjenstanden må tilvirkes i etterkant av avtaleinngåelsen. Et vesentlig skille kan imidlertid fremheves. Sluttproduktet av en entrepriseavtale er fast eiendom, og ikke en løsøregjenstand. Fast eiendom vil vanligvis oppføres på byggherrens grunn. I entrepriseforhold er det derfor først og fremst byggherrens adgang til å etablere kreditorvern i *materialer* gjennom avtale, og ikke i selve kontraktsgjenstanden, som settes på spissen.¹⁴¹⁸ Likevel kan det være relevant å se hen til entrepriseavtaler ved drøftelse av andre større tilvirkningskontrakter, ettersom materialene som skal inkorporeres i den faste eiendommen vil regnes som løsøregjenstander frem til inkorporasjon har skjedd.¹⁴¹⁹

Hensynene bak tilvirkningsunntaket trenger ikke være like vektige i enhver type tilvirkningskontrakt. Hver enkelt tilvirkningskontrakt kan hypotetisk sett være gjenstand for en selvstendig drøftelse. Innledningsvis vil jeg derfor i punkt 8.2.11.2 vurdere det rettslige grunnlaget for tilvirkningsunntaket. I punkt 8.2.11.3 redegjøres det nærmere for Rt. 1990 s. 59, en dom som berører bestillers adgang til å etablere kreditorvern gjennom avtale i tilvirkningsforhold. I punkt 8.2.11.4 vil jeg drøfte særskilt om tilvirkningsunntaket bør kunne gjøres gjeldende i skipsbyggingskontrakter. Skipsbyggingskontrakter drøftes særskilt på bakgrunn av at denne kontraktstypen har vært gjenstand for omtale i teorien, samt at enkelte særegne forhold ved skipsbyggingskontrakter fordrer nærmere analyse.

¹⁴¹⁷ Se for eksempel Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 510 («Slike større tilvirkningskontrakter»), Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 309 («Større tilverknadsavtaler») og Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 167 («større tilvirkningskjøp»).

¹⁴¹⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 307 og Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 198.

¹⁴¹⁹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 306-307 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 769-770 drøfter både entreprise og større tilvirkningskjøp når denne tematikken behandles.

8.2.11.2 Rettslig grunnlag

Når teorien omtaler adgangen til å etablere kreditorvern gjennom avtale i tilvirkningsforhold, synes det først og fremst å være tale om tilvirkningsforhold mellom profesjonelle parter. Et gjennomgående trekk for de tilvirkningsavtalene som har vært drøftet i teorien, er at det er snakk om tilvirkningskontrakter hvor bestiller skal stå for finansieringen av arbeidet gjennom forskuddsbetalinger. Forskuddene betales gjennom avdrag og skal i størst mulig grad samsvare med fremdriften i tilvirkningsarbeidet. I tillegg fremheves det i teorien at det er tale om «omfattende» kontrakter som ikke kan inngås uten «medvirkning fra en rekke personer».¹⁴²⁰ *Brækhus* impliserer for eksempel at kjøp av en skreddersydd dress vil være en usikret kredittytelse.¹⁴²¹ Selv om kjøp av en skreddersydd dress klart nok vil kunne karakteriseres som en tilvirkningsavtale, synes det som om tilvirkningsunntaket avgrenses mot kontraktsforhold som vanligvis inngås mellom forbruker og næringsdrivende. Tilvirkningsunntaket synes dermed først og fremst å rette seg mot tilvirkningskontrakter inngått mellom *profesjonelle parter*, som strekker seg ut i *tid* og som har en forholdsvis *høy kontraktssum*.

En rekke standardkontrakter innenfor tilvirkningsbransjer inneholder reguleringer som søker å verne bestiller mot tilvirkers kreditorer under tilvirkningsarbeidet. Reguleringen i NTK 15 artikkel 22.1 kan brukes som illustrasjon.¹⁴²² Bestemmelsen lyder som følger:

«[Bestiller] blir eier av Leveransen etter hvert som Arbeidet utføres. Materialer blir [Bestillers] eiendom når de kommer til Byggeplass eller når [Bestiller] har betalt dem, dersom betalingen har skjedd tidligere.»

Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd synes å regulere bestillers «eiendomsrett» til kontraktsgjenstanden, er det ikke tvilsomt at slike bestemmelser har til formål å skaffe bestiller en separatistrett i kontraktsgjenstanden overfor tilvirkers kreditorer. Det er imidlertid ikke mulig å binde kreditorene gjennom avtaler *inter partes*, jf. punkt 5.2.4.¹⁴²³ Vilkår i standardavtaler kan ikke på selvstendig grunnlag verne bestiller mot tilvirkers kreditorer: En slik adgang må kunne utledes av rettskildene.¹⁴²⁴ Spørsmålene er derfor *om* bestiller kan

¹⁴²⁰ *Brækhus og Hærem: Norsk tingsrett* s. 510.

¹⁴²¹ *Brækhus og Hærem: Norsk tingsrett* s. 510.

¹⁴²² Tilsvarende reguleringer finnes også i standardkontraktene NS 8405 punkt 40.1 annet punktum, NS 8407 punkt 48.1 annet punktum og NF 15 artikkel 22.1

¹⁴²³ Sandvik: «Eiendomsovergang og kreditorbeslag ved tilvirkningskontrakter» s. 451 og Lilleholt: *Godtruervern og kreditorvern* s. 198.

¹⁴²⁴ Andenæs: *Konkurs* s. 262, med videre henvisning i note 53 til s. 211-212.

etablere kreditorvern mot tilvirkers kreditorer gjennom slike avtaler, og i *hvilke* typer kontraktsforhold kreditorvern kan etableres gjennom avtale.

Bustadoppføringsloven § 47 første ledd bokstav a bygger på en forutsetning om at forskuddsbetalende kjøper nyter kreditorvern i materialer som er tilført eiendommen.¹⁴²⁵ Selv om forbrukerentrepriser ikke har vært omtalt som et «større tilvirkningsforhold» i teorien, kan bustadoppføringsloven potensielt fungere som et utgangspunkt for drøftelsen av adgangen til å etablere kreditorvern gjennom avtale i tilvirkningskontrakter, i mangel på andre lovregler som berører denne tematikken.¹⁴²⁶ Etter bustadoppføringsloven § 47 første ledd bokstav a trenger ikke forbrukeren å betale forskudd med mindre verdien av arbeidet som er utført, sammen med materialer som er tilført eiendommen, svarer til det som er betalt. Avtaler om forskuddsbetaling etter bustadoppføringsloven § 47 første ledd bokstav a forutsetter imidlertid at forbrukeren er eier av eiendommen som arbeidet foretas på. Om dette sies følgende i forarbeidene:

«Det er presisert at regelen berre gjeld der eiendommen tilhører forbrukeren. I andre tilfelle kan ikkje avdragsbetaling godtakast utan at innbetalingane er sikra på anna vis, til dømes gjennom garanti (jf tredje ledd).»¹⁴²⁷

Dersom forbrukeren ikke eier grunnen som arbeidet foretas på, kan det bare avtales forskuddsbetaling dersom forbrukeren får overført grunnbokshjemmelen til eiendom uten heftelser, alternativt at en finansinstitusjon stiller selvskyldnergaranti, jf. bustadoppføringsloven § 47 annet ledd. Bakgrunnen for bestemmelsen i bustadoppføringsloven § 47 annet ledd er at forbrukeren *ikke* vil ha vern overfor grunneierens kreditorer før forbrukeren har fått overført grunnbokshjemmelen til seg.¹⁴²⁸

Bustadoppføringsloven gjelder bare avtaler hvor byggherren er en forbruker, jf. bustadoppføringsloven § 1 første ledd første punktum. Forbrukere er ofte ikke like risikobevist som profesjonelle parter. Forbrukervernet som oppstilles i bustadoppføringsloven § 3 første ledd har derfor ikke nødvendigvis overføringsverdi til kontraktsforhold mellom profesjonelle parter. I tillegg eksisterer det en rekke tilvirkningsforhold hvor tilvirkningsarbeidet foretas på tilvirkers eiendom, og ikke bestillers eiendom. I slike situasjoner forutsetter

¹⁴²⁵ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 198 (fotnote 288).

¹⁴²⁶ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 177 viser også til bustadoppføringsloven i en drøftelse av tilvirkningskjøp. For ordens skyld nevnes at Hauge viser til bustadoppføringsloven § 59. Henvisningen til bustadoppføringsloven § 59 er trolig en inkurie. Denne bestemmelsen omhandler entreprenørens krav på renter og erstatning ved forsinket betaling, og ikke bestillers rett til materialer.

¹⁴²⁷ NOU 1992:9 s. 96.

¹⁴²⁸ Norsk lovkommentar på www.rechtsdata.no av Kåre Lilleholt, note 200 (sist sjekket 12. desember 2019).

bustadoppføringsloven § 47 annet ledd at forskuddsbetalinger ikke kan skje. Bustadoppføringsloven § 47 egner seg derfor dårlig som grunnlag for analogi til tilvirkningsavtaler mellom profesjonelle parter.

Inngåelsen av store tilvirkningskontrakter vil ofte være en omfattende og stor prosess som krever bidrag fra flere personer. Det er dermed vanskelig å fabrikere slike tilvirkningsavtaler siden dette forutsetter medvirkning fra flere parter. I tillegg vil påståtte betalinger være vanskelige å forfalske når kontraktssummen er stor. Faren for kreditorsvik er derfor lavere i typetilfellene som omfattes av tilvirkningsunntaket enn ved alminnelig løsøresalg.¹⁴²⁹ Selv om tilvirkningsunntaket i liten grad fremmer hensynene til notoritet og publisitet, vil ikke mangelen på notoritet og publisitet være like viktig når faren for kreditorsvik er lav, jf. punkt 5.4. Mangelen på notoritet og publisitet må også avveies mot hensynet til tjenlige transaksjoner.

Forskuddsbetalingene i store tilvirkningskontrakter vil ofte tjene et finansieringsformål. Forskuddsbetaling sørger for at tilvirker ytes en «kreditt» for arbeidet, mens bestiller oppnår en realsikkerhet i tilvirkningsobjektet og materialer. Dersom en slik finansieringsformen er samfunnsøkonomisk ønskelig, bør ikke et overleveringskrav virke avskrekkende på bestiller.¹⁴³⁰ Dette er det bærende hensynet bak tilvirkningsunntaket, og kan stikkordsmessig omtales som hensynet til tjenlige transaksjoner.¹⁴³¹ Det går imidlertid en grense for hvor langt hensynet til tjenlige transaksjoner kan strekkes: Dersom forskuddsbetalingen utelukkende har et kredittskapende formål, må sikkerhet for kredittytelsen som utgangspunkt fremskaffes gjennom pant. Dette utgangspunktet må stå fast selv om avdragsbetalingen er en fornuftig finansieringsordning.¹⁴³² En rekke forskuddsbetalinger kan tjene et legitimt formål, uten at det nødvendigvis rettferdiggjør et unntak fra overleveringskravet.

Hensynet til tjenlige transaksjoner står sterkest i de tilfellene bestiller ikke har noen praktiske måter å sikre sine avdragsbetalinger på. I tillegg vil hensynet til tjenlige transaksjoner måtte vektlegges mer dersom avdragsbetalingene til bestiller er med på å fremme en samfunnsmessig ønskelig finansieringsform. Motsatt bør ikke kreditorvern kunne etableres gjennom avtale dersom bestiller enkelt kan skaffe seg en sikkerhet på andre måter enn gjennom avtale. Det er kun i situasjoner hvor forskuddsbetalingene ikke kan sikres på forsvarlig og praktisk vis at hensynet til tjenlige transaksjoner taler for at bestiller kan etablere kreditorvern i

¹⁴²⁹ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 510, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 307 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 769-770.

¹⁴³⁰ Brækhus og Hærem: *Norsk Tingsrett* s. 510 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 307 med videre henvisninger.

¹⁴³¹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 309.

¹⁴³² Sandvik: «Eiendomsovergang og kreditorbeslag ved tilvirkningskontrakter» s. 456.

tilvirkningsobjektet og materialer gjennom avtale. Det er for eksempel ingen verneverdige hensyn som tilsier at bestiller skal kunne etablere kreditorvern gjennom avtale av bekvemmelighetsgrunner

Vanligvis skal avdragsbetalingene til bestiller samsvare med fremdriften i tilvirkningsarbeidet. Avdragsbetalingene kan fra bestillers side fremstå som betalinger for selve tilvirkningsobjektet, som dermed ikke må sikres med en panterett. Det er imidlertid ikke tvilsomt at avdragsbetalingene *har* et klart kredittskapende formål. *Brækhus* skriver om forskuddsbetalingens formål:

«Når en selger skal tilvirke salgsgjenstanden, hender det ofte at han ber kjøperen om forskudd for å finansiere selve kontrakten [...] For kjøperen betyr dette store utlegg, og slike utbetalinger kan fortone seg som uforsvarlige, dersom han bare skulle stå som en almindelig dividendeberettiget kreditor i selgerens konkurs.»¹⁴³³

Tilsvarende betraktninger finnes hos *Lilleholt*:

«Når partane avtalar at tingen og materialar som ikkje er innebygde, skal 'tilhøyre' bestillaren, er poenget å sikre bestillarens krav etter avtalen; han skal ikkje risikere å blir [sic] sitjande att med eit dividendekrav og ingen separatistrett til tingen.»¹⁴³⁴

Også *Hilde Hauge* har fremhevet at den avtalte «eiendomsretten på dette stadiet har liten annen realitet enn at erverver får sikkerhet for innbetalt forskudd».¹⁴³⁵ Selv om det er uklart hvor grensen går mellom en forskuddsbetaling for eiendomsrett og en kredittytelse, synes det rimelig klart at «eiendomsretten» til bestiller har liten realitet ut over å sikre bestilleren en realsikkerhet i tilvirkningsobjektet. Dersom bestiller kan etablere kreditorvern for eiendomsretten i tilvirkningsobjektet, vil dette derfor klart være i strid med utgangspunktet om at forskuddsbetalende kjøper skal likestilles med en usikret kreditor.¹⁴³⁶

8.2.11.3 Rettspraksis

Høyesterett har delvis berørt adgangen til å etablere kreditorvern gjennom avtale i tilvirkningsforhold, herunder hvilken vekt som kan tillegges hensynet til tjenlige transaksjoner. I Rt 1990 s. 59 måtte Høyesterett ta stilling til om en byggherre hadde ekstingvert en

¹⁴³³ *Brækhus og Hærem: Norsk tingsrett* s. 510.

¹⁴³⁴ *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 306. Se også *Lilleholt: Godtruervern og kreditorvern* s. 198: «Avdragsbetalinga har klare innslag av forskotsbetaling og kredittytting.»

¹⁴³⁵ Se også *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* s. 168: «Det må erkjennes at eiendomsretten på dette stadiet har lite annen realitet enn at erverver får sikkerhet for innbetalt forskudd.»

¹⁴³⁶ *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* s. 168.

underleverandørs salgspant i stålplater som skulle brukes til å oppføre et lagerbygg for byggherren. Entreprenøren som skulle oppføre lagerbygget hadde gått konkurs, og stålplatene befant seg på byggherrens eiendom på konkurstidspunktet. Stålplatene var ikke inkorporert i lagerbygget da entreprenøren gikk konkurs. Det var ikke tvilsomt at underleverandøren hadde stiftet gyldig salgspant i stålplatene overfor entreprenøren. Tvisten stod mellom underleverandøren og byggherren.

Høyesterett vurderte to spørsmål i saken. Det første spørsmålet som ble vurdert, var om byggherren hadde ervervet eiendomsretten til stålplatene overfor underleverandøren. Det andre spørsmålet som Høyesterett vurderte, var om byggherren hadde ekstingvert underleverandørens salgspant i stålplatene med hjemmel i godtroervervloven § 1. Det er kun det første spørsmålet som er relevant for spørsmålet om kreditorvern, ettersom godtroervervloven ikke kommer til anvendelse overfor kreditorer.

Byggherren og entreprenøren hadde avtalt at NS 3401 skulle gjelde i avtaleforholdet mellom dem.¹⁴³⁷ Det følger av NS 3401 punkt 16 at:

«Arbeidet blir byggherrens eiendom etter hvert som det utføres. Materialer som er tilført byggeplassen og som skal bygges inn, blir byggherrens eiendom når han har betalt dem.»

Høyesterett mente at NS 3401 punkt 16, kombinert med avdragsbetalingene som byggherren hadde ytt entreprenøren, ga et tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at eiendomsretten til stålplatene hadde gått over til byggherren. Høyesterett vektla særlig at byggherren «bidrar til finansiering av entreprisen ved at det betales avdrag etter hvert som arbeidet skrider frem».¹⁴³⁸ Byggherren hadde derfor behov for «en sikkerhet for de utbetalinger som finner sted».¹⁴³⁹ Høyesterett vektla også at byggherrens avdragsbetalinger ikke bar preg av å være kredittytelser, ettersom det var en forholdsvis liten differanse mellom betalingene som hadde skjedd og verdien av de leverte materialene.¹⁴⁴⁰ Konklusjonen var følgelig at «vilkårene for eiendomsovergang» i NS 3401 punkt 16 var oppfylt.¹⁴⁴¹ Vilkåret til individualisering var oppfylt ved at materialene var tilført byggeplassen.¹⁴⁴²

¹⁴³⁷ NS 3401 ble senere erstattet av NS 3430, og deretter den någjeldende NS 8405.

¹⁴³⁸ Rt. 1990 s. 59 på s. 63.

¹⁴³⁹ Rt. 1990 s. 59 på s. 63.

¹⁴⁴⁰ Rt. 1990 s. 59 på s. 64.

¹⁴⁴¹ Rt. 1990 s. 59 på s. 64.

¹⁴⁴² Rt. 1990 s. 59 på s. 64.

Rt 1990 s. 59 omhandlet omsetningsekstinksjon, og ikke kreditorekstinksjon. Dommens overføringsverdi til spørsmålet om etablering av kreditorvern, kan derfor diskuteres. Videre synes det forholdsvis klart at bestiller *kan* etablere kreditorvern for eiendomsrett i tilvirkningsobjektet og materialer som befinner seg på bestillers eiendom.¹⁴⁴³ Kreditorvern i kontraktsgjenstanden og materialene kan i disse tilfellene bygge på at gjenstandene er overlevert til byggherren, ettersom byggherren eier eiendommen som materialene befinner seg på.¹⁴⁴⁴ Dersom byggherren ikke har betalt for byggverket eller materialer som befinner seg på byggherrens eiendom, kan byggherren trolig overta byggverket og materialene gjennom å betale rimelig vederlag.¹⁴⁴⁵ Tradisjonelle entrepriseavtaler, hvor entreprenøren oppfører et bygg på byggherrens eiendom, står derfor i en særstilling sammenlignet med tilvirkningsavtaler hvor arbeidet foretas på tilvirkers eiendom.¹⁴⁴⁶ Behovet for tilvirkningsunntaket er ikke til stede i tradisjonelle entrepriseavtaler hvor arbeidet utføres på byggherrens eiendom.¹⁴⁴⁷ Rt. 1990 s. 59 gir likevel indikasjoner på at Høyesterett vil vektlegge hensynet til tjenlige transaksjoner i ethvert tilvirkningsforhold, forutsatt at bestillers avdragsbetalinger skal finansiere tilvirkningen. Selv om Høyesteretts uttalelser i Rt. 1990 s. 59 om behovet for økonomisk sikkerhet spesifikt relaterer seg til «entreprisekontrakter», vil behovet for økonomisk sikkerhet være det samme i ethvert tilvirkningsforhold hvor bestiller må finansiere tilvirkningsarbeidet gjennom forskuddsbetalinger.¹⁴⁴⁸

Høyesterett berørte i Rt. 1990 s. 59 om bestiller og tilvirker eksplisitt må avtale at bestiller skal være eier av tilvirkningsgjenstanden og materialer for at bestiller skal oppnå kreditorvern, eller om bestillers vern automatisk vil inntre så lenge bestiller finansierer arbeidet gjennom forskuddsbetalinger. Høyesterett stilte spørsmål ved «om det ikke bør gjelde som en alminnelig regel ved tilvirkningskontrakter - selv om det ikke foreligger uttrykkelig avtale om dette - at byggherren får eiendomsretten til materialer som er tilkjørt byggeplass, når verdien av disse materialer, sammen med det arbeid som er utført, ligger innenfor summen av de avdrag som byggherren har betalt».¹⁴⁴⁹ Ettersom partene *hadde* avtalt at byggherren skulle være eier av

¹⁴⁴³ Andenæs: *Konkurs* s. 268-269, Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 167, Kolrud m.fl.: *NS 8405* s. 512, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 307 og Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 23.

¹⁴⁴⁴ Andenæs: *Konkurs* s. 268-269: «Reglene må ses på bakgrunn av at byggherren eier den grunn byggverket og materialene befinner seg på. Det kan derfor være en smakssak om byggherrens rettsvern skal regnes som et tilfelle av rettsvern uten overlevering.» Se også Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 23.

¹⁴⁴⁵ Andenæs: *Konkurs* s. 268.

¹⁴⁴⁶ Andenæs: *Konkurs* s. 269.

¹⁴⁴⁷ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 198.

¹⁴⁴⁸ Rt. 1990 s. 59 på s. 64-65.

¹⁴⁴⁹ Rt. 1990 s. 59 på s. 63-64.

materialene som hadde ankommet byggeplassen, må denne uttalelsen i Rt. 1990 s. 59 regnes som et *obiter dictum*.

Reelle hensyn kan tale for at det ikke er nødvendig å avtale hvem som skal være eier til tilvirkningsobjektet for at tilvirkningsunntaket skal kunne komme til anvendelse. Det er den ønskelige finansieringsmodellen som avdragsbetalingen representerer, sammenholdt med den lave faren for kreditorsvik, som er det rettslige grunnlaget for tilvirkningsunntaket. Partenes avtale om bestillers eiendomsrett spiller ikke noen selvstendig rolle, ettersom partene uansett ikke kan binde kreditorene gjennom en avtale *inter partes*, jf. punkt 5.2.4. I den grad tilvirkningsunntaket kan gjøres gjeldende, bør derfor utgangspunktet være at bestillers kreditorvern ikke forutsetter en eksplisitt avtale om eiendomsretten til tilvirkningsobjektet og materialer.¹⁴⁵⁰

Et annet spørsmål som kan problematiseres i forlengelsen av Rt. 1990 s. 59, er om bestillers kreditorvern bør avgrenses til tilvirkningsobjektet, eller om vernet også bør innbefatte materialer som er ment for inkorporasjon i tilvirkningsobjektet. Høyesterett problematiserte ikke i Rt. 1990 s. 59 at saken omhandlet materialer (stålplater), og ikke selve kontraktsgjenstanden (lagerbygget). Det har imidlertid vært problematisert i teorien om tilvirkningsunntaket bør kunne gjøres gjeldende for materialer. *Brækhus* mener for eksempel at det er mer betenkelig å tilkjenne bestiller kreditorvern i materialer som ennå ikke er inkorporert i tilvirkningsobjektet, enn å tilkjenne bestiller kreditorvern i den tilvirkede gjenstanden.¹⁴⁵¹ Det hevdes at faren for kreditorsvik er større for materialer. Dersom tilvirker blir utsatt for press fra kreditorene, kan tilvirker oppføre materialer på bestillers oppgave som egentlig ikke er ment for inkorporasjon i bestillers tilvirkningsgjenstand.¹⁴⁵²

Bestillers behov for sikkerhet vil ikke tilfredsstilles dersom sikkerheten bare skal gjelde selve tilvirkningsobjektet, især tidlig i tilvirkningsfasen. Faren for kreditorsvik kan avbøtes gjennom vilkåret til individualisering. NTK 15 og NF 15 artikkel 22.1 annet ledd inneholder for eksempel forutsetninger om merking av materialer og produksjonsutstyr. Det følger av disse bestemmelsene at materialer skal merkes «med identifikasjonsnummer og [bestillers] navn, og så vidt mulig holde dem adskilt fra andre ting». Slik jeg ser det, bør hensynet til å gi bestiller en fullgod sikkerhet for forskuddsbetalinger vektlegges tyngre enn hensynet til å unngå kreditorsvik. Dersom bestiller først tilkjennes kreditorvern i selve tilvirkningsobjektet gjennom

¹⁴⁵⁰ I samme retning, se Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 178 og Rt. 1990 s. 59 på s. 63-64 (*obiter dictum*).

¹⁴⁵¹ Brækhus og Hærem: *Norsk Tingsrett* s. 511

¹⁴⁵² Brækhus og Hærem: *Norsk Tingsrett* s. 511

tilvirkningsunntaket, bør kreditorvernet også omfatte individualiserte materialer som er ment for inkorporasjon i tilvirkningsobjektet. Dette synes også å være i samsvar med den rådende oppfatningen i teorien.¹⁴⁵³

8.2.11.4 Skipsbygging

I teorien har skipsbyggingskontrakter vært fremhevet som et typetilfelle på et kontraktsforhold som faller innenfor tilvirkningsunntakets virkeområde.¹⁴⁵⁴ Likevel er det enkelte særegne forhold ved skipsbygging som gjør at denne kontraktstypen bør drøftes særskilt. I det kommende punktet vil jeg derfor drøfte om tilvirkningsunntaket bør kunne gjøres gjeldende i skipsbyggingskontrakter.

Bygging av skip kan være en kostbar affære. Skipsbygging skjer typisk på et skipsverft og foregår over tid.¹⁴⁵⁵ Det er flere måter skipsbygging kan finansieres på. En finansieringsform er at verftet foretar alle investeringene, for deretter å motta fullt oppgjør fra bestiller ved ferdigstillelse. En annen måte å finansiere skipsbyggingen på er at bestiller forskuddsbetaler avdrag som utløses ved oppnåelsen av bestemte milepæler. Hvordan skipsbyggingen skal finansieres, er ofte et tema for forhandlinger mellom bestiller og skipsverftet.¹⁴⁵⁶ Det har vært nokså vanlig å finansiere skipsbygging gjennom bruk av avdragsbetaling fra bestiller, noe også den norske standardkontrakten for skipsbygging, SKIP 2000, legger opp til i artikkel III nr. 3.¹⁴⁵⁷

Både bestilleren og verftet har en interesse i å regulere rettighetene til skipet i byggetiden. Ettersom skipsbygging kan være kostbart, har partene behov for å kunne sikre sine investeringer på en forutberegnelig måte. Dersom skipsverftet eller bestiller skal finansiere investeringene gjennom en bank, vil også banken ha en berettiget interesse i å få en sikker prioritetsposisjon. På denne bakgrunn finnes det en egen avdeling i Norsk Ordinært Skipsregister som kalles for skipsbyggingsregister. I dette registret kan skip som er under bygging i Norge og som vil få en største lengde på 10 meter når skipet er ferdigbygd, registreres, jf. sjøloven § 31. Også faste innretninger som skal brukes «ved undersøkelse etter eller utnyttning, lagring eller transport av

¹⁴⁵³ Brækhus og Hærem: *Norsk Tingsrett* s. 511-512, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 306, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 770, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 167-170 og Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 23. Dansk rett synes å være forholdsvis restriktiv med å tilkjenne bestiller kreditorvern i materialer og produksjonsutstyr, se Mortensen: *Indledning til tingsretten* s. 256-259.

¹⁴⁵⁴ Se for eksempel Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 510.

¹⁴⁵⁵ Falkanger og Bull: *Sjørett* s. 49.

¹⁴⁵⁶ Øystein Meland: *Skipsbygging. Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt*, Bergen 2006 s. 60.

¹⁴⁵⁷ Brækhus og Hærem: *Norsk Tingsrett* s. 510, Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 197 og Falkanger og Bull: *Sjørett* s. 78

undersjøiske naturforekomster eller til hjelp for slik virksomhet og byggekontrakter for slike innretninger», kan innføres i skipsbyggingsregisteret dersom innretningen skal plasseres på norsk territorium eller sokkel (heretter «faste innretninger»), jf. sjøloven § 39 første ledd. Det innebærer at bestillers rettigheter til kontraktsgjenstanden etter petroleumskontraktene NTK 15 og NF 15 kan innføres i skipsbyggingsregisteret.¹⁴⁵⁸

Skipsbyggingsregisteret er organisert som et realregister. Dersom et skip under tilvirkning innføres i skipsbyggingsregisteret, tillegges registreringen tredjemannsvirkninger på lik linje med innføring i andre realregister, jf. sjøloven § 31 tredje ledd og punkt 7.4 og 7.5. Registrering sørger ikke bare for at kreditorvern etableres for rettigheter i selve skipsbygget, men også i «skrog, større seksjoner av skrog eller hovedmaskineri bygget ved verksted utenfor riket dersom levering fra det utenlandske verkstedet har funnet sted», jf. sjøloven § 31 første ledd annet punktum.

Det er imidlertid én vesentlig forskjell mellom skipsbyggingsregisteret og andre realregister: Registreringsadgangen i skipsbyggingsregisteret er fakultativ, jf. formuleringen «kan på begjæring» i sjøloven § 31 første ledd første punktum. Spørsmålet er om bestiller kan unnlate å innføre skip under bygging i skipsbyggingsregisteret, og i stedet fremskaffe kreditorvern gjennom avtale med verftet. Dersom et skip under bygging er frivillig innført i skipsbyggingsregisteret, er virkningen klart nok at registrerte rettigheter nyter kreditorvern. Etter at skipsbygget er innført, må det legges til grunn at registrering *er* nødvendig for å etablere kreditorvern.¹⁴⁵⁹ Sjøloven sier imidlertid ikke noe om hvordan kreditorvern etableres i skip under bygging som kunne vært innført i skipsbyggingsregisteret, men hvor partene har valgt å ikke benytte seg av den fakultative registreringsadgangen.

Innledningsvis kan det fastslås at det ikke kan etableres kreditorvern for panterrettigheter i skipsbygget uten innføring i skipsbyggingsregisteret. Dette følger av sjøloven § 41 første ledd, jf. annet ledd nr. 3. Dersom bestillers bank ønsker sikkerhet for et byggelån, må skipet innføres i skipsbyggingsregisteret. Alternativt kan verftet stille en bankgaranti som sikrer de utbetalinger som bestiller har foretatt til enhver tid. Det forutsettes i SKIP 2000 artikkel XI nr. 2 at skipsverftet skal stille en slik byggerisikoforsikring frem til levering har skjedd. En slik forsikring vil ikke gi bestiller noen separatistrett i skipet, men vil kunne gi bestiller en økonomisk sikkerhet for forskuddsbetalingene.

¹⁴⁵⁸ Knut Kaasen: *Tilvirkningskontrakter. Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*, Oslo 2018 s. 568.

¹⁴⁵⁹ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 199.

I forarbeidene til sjøloven synes det forutsatt at kreditorvern for eiendomsrett i skipsbygget kan etableres uten registrering i skipsbyggingsregisteret.¹⁴⁶⁰ Sjølovkomitéen var av den oppfatning at rettsvern i skip som ikke hadde en registreringspliktig adgang, måtte kunne etableres etter reglene som gjaldt for alminnelig løsøre.¹⁴⁶¹ Ettersom kreditorvernreglene for løsøre er forholdsvis uklare, er Sjølovkomitéens henvisning lite oppklarende.¹⁴⁶² I likhet med det som gjelder for tilvirkningsunntaket generelt, må det vurderes om reelle hensyn, og da særlig hensynet til tjenlige transaksjoner, kan tale for å verne bestiller mot verkstedets kreditorer, jf. punkt 8.2.11.2.

Bestiller har som nevnt adgang til å registrere skipsbygget i skipsbyggingsregisteret. Dersom skipsbygget registreres, vil ikke bestiller ha behov for å etablere kreditorvern gjennom avtale: Rettigheter i skipsbygget vil oppnå kreditorvern gjennom registrering.¹⁴⁶³ Registreringen vil også utvilsomt bidra til en mye høyere notoritet og publisitet enn en avtalt eiendomsrett. Hensynet til notoritet og publisitet taler derfor for at bestiller ikke bør kunne etablere kreditorvern gjennom avtale.

Ved vurderingen av om kreditorvern bør kunne etableres gjennom avtale, kan det også være relevant å se hen til reguleringen i skipsbyggingsbransjens standardkontrakt. Den norske standardkontrakten for bygging av skip forutsetter at verkstedet skal være eier av skipet frem til leveransen, jf. SKIP 2000 Artikkel XI første ledd.¹⁴⁶⁴ Kontrakten gir bestilleren en adgang til å registrere skipet i skipsbyggingsregisteret, jf. SKIP 2000 artikkel XI fjerde ledd. Om dette skriver *Øystein Mæland*:

«Dersom Kjøper skal få beskyttet sin kontraktsfestede rett til å overta Skipet i henhold til byggekontraktens bestemmelser overfor tredjemenn (slik som Verkstedets kreditorer) må kontrakten som sådan registreres, hvilket gjøres ved melding til skipsbyggingsregisteret på eget skjema som må undertegnes både av Verksted og Kjøper.»¹⁴⁶⁵

¹⁴⁶⁰ Innstilling VI fra Sjølovkomitéen s. 83-84.

¹⁴⁶¹ Innstilling VI fra Sjølovkomitéen s. 73.

¹⁴⁶² Om klarhetene som oppstår gjennom at forarbeidsuttalelser henviser til ulovfestede regler, se Bjørn Løtveit: «I hvilken grad bør domstolene og rettsvitenskapen utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område?», *Jussens Venner* nr. 1/2020 (volum 55) s. 28-51 på s. 50-51.

¹⁴⁶³ I denne retning, se Sandvik: «Eiendomsomgang og kreditorbeslag ved tilvirkningskontrakter» s. 459.

¹⁴⁶⁴ Øystein Mæland: *Skipsbygging. Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt*, Bergen 2006 s. 173-176 og Falkanger og Bull: *Sjørett* s. 84.

¹⁴⁶⁵ Mæland: *Skipsbygging* s. 174.

Videre legger *Mæland* til grunn at «[k]jøper får motsatt ikke rettsvern overfor Verkstedets kreditorer uten registrering».¹⁴⁶⁶ Skipsbyggingsbransjens standardløsning synes dermed å være at bestiller *ikke* har eiendomsrett til skipsbygget under tilvirkningen, med mindre bestillers eiendomsrett registreres i skipsbyggingsregisteret. Dette tilsier at behov for tilvirkningsunntaket i skipsbyggingskontrakter er lite, ettersom bransjen synes å forutsette at bestiller må registrere sine rettigheter i skipsbyggingsregisteret for å etablere vern mot verftets kreditorer.

Teorien synes i stor utstrekning å godta at kreditorvern kan etableres gjennom avtale i skipsbyggingsforhold.¹⁴⁶⁷ Dette begrunnes med at forskuddsbetalingen representerer en ønskelig finansieringsform, samt at faren for kreditorsvik vil være liten, jf. punkt 8.2.11.2.¹⁴⁶⁸ Det har imidlertid i liten grad vært problematisert hvilken betydning registreringsadgangen i skipsbyggingsregisteret har for vekten av hensynet til tjenlige transaksjoner. Det kan for eksempel innvendes at dersom bestiller bevisst unnlater å innføre skipsbygget i skipsbyggingsregisteret, tar bestiller en risiko på at kreditorvern oppnås gjennom avtalen. Ettersom bestiller enkelt kan skaffe notoritet og publisitet gjennom registrering i skipsbyggingsregisteret, skaper bestiller større uklarheter rundt rettighetsforholdene enn det som er nødvendig. Det kan derfor spørres om hensynet til tjenlige transaksjoner bør vektlegges tyngre enn hensynene til notoritet og publisitet i skipsbyggingsforhold, særlig sett i lys av at bransjen selv synes å forutsette at registrering er nødvendig for å etablere kreditorvern.

Det er også eksempler i teorien på at prejudikatverdien til Rt. 1990 s. 59 – etter mitt skjønn – strekkes for langt, jf. punkt 8.2.11.3. *Hauge* synes for eksempel å mene at tilvirkningsunntaket må kunne gjøres gjeldende i alle større tilvirkningsforhold, under henvisning til Rt. 1990 s. 59.¹⁴⁶⁹ *Hauge* nevner ikke skipsbyggingskontrakter spesifikt, men mener tilvirkningsunntaket som hovedregel vil kunne komme til anvendelse i alle «de større tilvirkningskontraktene».¹⁴⁷⁰ *Hauge* fremhever at behovet for å kunne etablere kreditorvern gjennom avtale er det samme i alle tilvirkningskontrakter.¹⁴⁷¹ Når Høyesterett godtok den avtaleregulerte eiendomsretten til

¹⁴⁶⁶ *Mæland: Skipsbygging* s. 175.

¹⁴⁶⁷ *Brækhus og Hærem: Norsk Tingsrett* s. 510-513, *Lilleholt: Godtruerverv og Kreditorvern* s. 199-200, *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 306 og *Falkanger/Falkanger: Tingsrett* s. 769-770.

¹⁴⁶⁸ *Brækhus og Hærem: Norsk Tingsrett* s. 510 og *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 307 med videre henvisninger.

¹⁴⁶⁹ *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* s. 168.169: «En sentral rettskilde når rettsstilstanden skal fastlegges, er avgjørelsen inntatt i *Rt. 1990 s. 59* (Myra Båt) [...] Som det ble lagt til grunn i punkt 6.3.4, må Høyesteretts anerkjennelse av denne typen avtaleklausuler få betydning også for andre tredjemannskonflikter knyttet til entreprisekontrakter. [...] Hensynet til konsekvens i rettsystemet tilsier da at avtaleklausuler om eiendomsrettens overgang anerkjennes også for andre større tilvirkningskontrakter.»

¹⁴⁷⁰ *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* s. 170.

¹⁴⁷¹ *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* 169-170.

byggherren i Rt. 1990 s. 59, mener hun at det samme vil gjelde i øvrige større tilvirkningskontrakter. Som nevnt i punkt 8.2.11.3, kan det diskuteres om tradisjonelle entreprisekontrakter står i en særstilling sammenlignet med tilvirkningskontrakter hvor arbeidet foretas hos tilvirker. Materialer som er tilført byggeplassen befinner seg på byggherrens grunn. Et eventuelt overleveringskrav vil være oppfylt når materialene ankommer byggeplassen, og det samme vil gjelde vilkåret til individualisering.¹⁴⁷² Byggherren vil også ha etablert kreditorvern for eiendomsretten til bygget på bakgrunn av å ha grunnbokshjemmelen til eiendommen.¹⁴⁷³ I skipsbyggingsforhold, som vanligvis foretas på tilvirkers verksted, vil ikke kreditorvern for eiendomsrett i materialer eller skipsbygget kunne bygge på at skipsbygget er overlevert. Rt. 1990 s. 59 har dermed ikke nødvendigvis overføringsverdi til skipsbyggingskontrakter.

Ettersom bestiller enkelt kan etablere kreditorvern for eiendomsrett i skipsbygget og delvis materialer gjennom registrering i skipsbyggingsregisteret, bør det etter mitt skjønn ikke åpnes for at kreditorvern kan etableres gjennom avtale i disse kontraktene. Hensynene til notoritet og publisitet taler for at kreditorvern *ikke* bør kunne etableres gjennom avtale i skipsbyggingsforhold, forutsatt at det gjelder et vilkår om overlevering, jf. punkt 8.2.10. Hensynet til tjenlige transaksjoner taler ikke med tilstrekkelig styrke for å gjøre et unntak fra overleveringskravet. Dette standpunktet strider med den rådende oppfatning i teorien, og er derfor høyst usikker *de lege lata*. Teoriens standpunkter kan i seg selv være et viktig argument på dette området. Likevel er det etter mitt skjønn rom for å argumentere hensynsbasert for at registrering i skipsbyggingsregisteret er nødvendig for at bestiller skal kunne etablere kreditorvern i skipsbygget.

8.2.12 Typetilfelle: Forbrukerunntaket

Kåre Lilleholt har drøftet hvorvidt «privatpersonar skal ha separatistrett» ved løsørekjøp «utan fråtaking av innehavinga».¹⁴⁷⁴ Dette omtaler jeg i det følgende som «forbrukerunntaket». Forbrukerunntaket har ikke vært gjenstand for grundig analyse i norsk teori.¹⁴⁷⁵

Flere hensyn kan tale for et forbrukerunntak ved løsørekjøp. For det første bør ikke kreditorvernregler sette utilsiktede skranker for omsetningslivet. Kjøp av løsøre via internett

¹⁴⁷² Rt. 1990 s. 59 på side 64: «Individualiseringshensynet er oppfylt ved at materialene er tilført byggeplassen.»

¹⁴⁷³ Andenæs: *Konkurs* s. 268-269.

¹⁴⁷⁴ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 307.

¹⁴⁷⁵ Foruten Lilleholt kan det vises til Hans Fredrik Marthinussen: «Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode» (bokanmeldelse), *Lov og rett*, nr. 4, 2013, s. 317-319, s. 319, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 187-188 og Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp» s. 24.

foretas oftest av forbrukere og forutsetter vanligvis forskuddsbetaling, jf. punkt 8.1.3. Dersom forbrukere er vernet mot selgers kreditorer allerede fra avtaleinngåelsen, vil forbrukerunntaket gjøre det tryggere for forbrukere å handle på internett.

For det andre hevdes det at faren for kreditorsvik er liten ved salg av løsøre til privatpersoner. *Lilleholt* fremhever for eksempel at debitor ofte vil ha lite å tjene på å «dikte opp ein avtale med ein forbrukar». ¹⁴⁷⁶ Argumentet til *Lilleholt* synes å være at den økonomiske verdien av løsøregjenstander som overdras til forbrukere er så lav, at debitor neppe vil ha mye å tjene på å gjennomføre kreditorsvik. Dette argumentet kan nyanseres: Biler, klokker og kunstverk er løsøregjenstander som kan overdras til forbrukere og som kan ha en betydelig økonomisk verdi, jf. punkt 8.2.14. En overdragelse forutsetter også bare bistand fra én part, noe som forenkler adangen til å foreta kreditorsvik ved forbrukerkjøp. ¹⁴⁷⁷ Faren for kreditorsvik er derfor, etter mitt skjønn, like tilstedeværende ved forbrukerkjøp som ved andre typer løsørekjøp.

For det tredje har *Lilleholt* fremhevet at forbrukere ofte har liten kjennskap til risikoene ved forskuddsbetaling. Forbrukere vil også ofte være tvunget til å godta forskuddsbetaling som oppgjørsform. ¹⁴⁷⁸ Argumentet bryter litt med hvordan kreditorvernregler vanligvis utformes: Individuelle forhold hos enkelte grupper erverver vektlegges vanligvis ikke ved utarbeidelsen av kreditorvernregler. Forbrukers manglende kunnskaper om den rettslige risikoen ved forskuddsbetalinger kan derfor neppe vektlegges som et tungtveiende hensyn ved etableringen av et forbrukerunntak. Det faktum at forbruker tvinges til å godta forskuddsbetaling som oppgjørsform, er, etter mitt skjønn, et argument som først og fremst taler for at overlevering ikke bør være hovedregelen ved løsørekjøp, og ikke et argument som taler i favør et forbrukerunntak: Hovedregelen bør tilpasses de alminnelige oppgjørsformene.

Flere har i teorien stilt seg kritisk til forbrukerunntaket. *Marthinussen* mener forbrukerunntaket «er tidsriktig, i tråd med den generelle rettsutviklingen, men samtidig godt utenfor det de fleste vil driste seg til å mene er gjeldende rett». ¹⁴⁷⁹ *Hauge* mener som utgangspunkt at det bør være en lovgiveroppgave å etablere en regel som gir forbruker et særskilt vern. ¹⁴⁸⁰ Hun mener også at det kan finnes andre virkemidler enn rettsvernsregler som er bedre egnet til å gi forbrukere et særskilt vern. ¹⁴⁸¹ Slik jeg leser *Hauge*, synes det derfor som om hun mener det ikke er rettslig

¹⁴⁷⁶ *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 307.

¹⁴⁷⁷ *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* s. 188.

¹⁴⁷⁸ *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 307.

¹⁴⁷⁹ *Marthinussen: «Allmenn formuerett» (bokanmeldelse)* s. 319.

¹⁴⁸⁰ *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* s. 187.

¹⁴⁸¹ *Hauge: Løsøreerververs kreditorvern* s. 188.

grunnlag for å operere med et særskilt forbrukerunntak. *Lilleholt* og *Høgetveit Berg* synes imidlertid å stille seg positiv til forbrukerunntaket.¹⁴⁸²

Ettersom jeg er av den oppfatning at en bindende individualisering vil sørge for at suksessor etablerer kreditorvern, er det ikke behov for å operere med et særegent forbrukerunntak, jf. punkt 8.2.9. Dersom det *de lege lata* legges til grunn at kreditorvern etableres gjennom overlevering, stiller jeg meg skeptisk til å oppstille et særegent forbrukerunntak. Foruten reglene om salgspant i panteloven § 3-17 første ledd, eksisterer det som nevnt ikke noen lovfestede kreditorvernregler som bare gjelder overfor en spesifikk type suksessor. Salgspantreglene synes heller ikke å være utformet på bakgrunn av et bevisst lovgivermønster, men snarere en langvarig forretningspraksis.¹⁴⁸³ Panteloven § 3-17 bør derfor ikke være mønstergivende for ulovfestede kreditorvernregler. Når lovfestede kreditorvernregler vanligvis ikke anerkjenner særegne regler som bare gjelder for spesifikke typer suksessorer, vil det virke fremmed og lite koherent dersom det oppstilles et eget forbrukerunntak ved løsørekjøp. Av denne grunn er jeg enig med *Hauge* i at det først og fremst må være en lovgiveroppgave å etablere en kreditorvernregel som gir forbrukere et styrket vern mot selgers kreditorer.¹⁴⁸⁴

8.2.13 Typetilfelle: Eiendomsrett ervervet gjennom gavedisposisjoner

Det eksisterer ingen lovhjemmel om hvordan kreditorvern etableres i løsøregjenstander som overdras gjennom gave. Reelle hensyn kan tale for at det bør gjelde et absolutt vilkår om besittelsesovergang ved gavetransaksjoner. Formålet bak en gave er å berike mottakeren.¹⁴⁸⁵ Alminnelige omsetningstransaksjoner bygger på en forutsetning om at transaksjonen skal være gjensidig bebyrdende. Til forskjell fra omsetningstransaksjoner trenger derfor ikke gavegiver og gavemottaker å bli enige om noen motytelse i forkant av kreditorbeslaget. Den eneste medvirkningen som trengs fra gavemottakers side for å fullføre gavedisposisjonen, er en aksept av gaven. Aksepten kan gis stilltiende gjennom mottak av gaven. Ettersom gaver kan overføres vederlagsfritt og forutsetter liten medvirkning fra gavemottakers side, vil en gaveoverføring kunne skje uten store forberedelser fra gavegiver. En alminnelig omsetningstransaksjon forutsetter til sammenligning en motytelse. Dersom det skal gjøres forsøk på kreditorsvik gjennom salg, må kjøper klare å bevise at betaling har funnet sted slik at kjøper unngår å måtte

¹⁴⁸² *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 307 og *Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausørekjøp»* s. 24.

¹⁴⁸³ Salgspantreglene er utformet på bakgrunn av de tidligere ulovfestede reglene om «eiendomsforbehold» som ble utviklet på bakgrunn av en forretningspraksis som kan spores tilbake til slutten av 1800-tallet, se *Skoghøy: Panterett* s. 105-106.

¹⁴⁸⁴ *Hauge: Løsøreerverters kreditorvern* s. 187. For ordens skyld nevnes at forbrukerhensynet ikke ble vektlagt ved utarbeidelsen av bok VIII i DCFR, se von Bar og Clive: *DCFR. Full Edition*, volum 5 s. 4416.

¹⁴⁸⁵ Se Rt. 1996 s. 1647 på s. 1652 og *Andenæs: Konkurs* s. 292.

betale boet for den unndratte løsøregjenstanden, jf. boets inntredelsesrett i dekningsloven § 7-3 første ledd. Dersom salget er gjort *proforma*, vil bruk av betalingskort eller mobilbetaling vanskeligjøre antedatering og fabrikkering, jf. punkt 8.1.3. Ved gavetransaksjoner vil det imidlertid være enklere å foreta kreditorsvik. Debitor trenger ikke å gjøre noe annet enn å fremsette en påstand om at løsøregjenstanden er overdratt som gave. Fremlegges av en troverdig transaksjonshistorikk er ikke nødvendig for å lykkes med en *proforma* gaveoverdragelse. Det er følgelig vanskeligere å foreta kreditorskadelige disposisjoner gjennom omsetningssalg enn gjennom gavetransaksjoner. Av denne grunn kan det drøftes om det bør gjelde et strengere krav til rettsvernsakt for gaveoverdragelser.

Dekningsloven § 7-13 inneholder en særregulering av gavemottakers stilling ved gavegivers konkurs. Det følger av første ledd at «[r]etten etter et gaveløfte faller bort dersom giveren åpner gjeldsforhandling eller går konkurs, og gaven ikke er fullbyrdet før åpningen av bobehandlingen». Gavemottaker vil heller ikke ha et dividendekrav i gavegivers konkursbo dersom gaven er ufullbyrdet i forkant av konkursen, jf. dekningsloven § 7-13 annet ledd. Bestemmelsen omhandler bortfall av avtaleforholdet mellom gavegiver og gavemottaker. Bestemmelsen er derfor ikke en kreditorvernregel *per se*, og er heller ikke begrunnet i de hensyn som ligger til grunn for kreditorvernreglene. Bakgrunnen for bestemmelsen er at insolvens antas å være en bristende forutsetning for gaveløftet.¹⁴⁸⁶ Det er likevel likhetstrekk mellom dekningsloven § 7-13 og kreditorvernregelen for gavedisposisjoner.¹⁴⁸⁷ Rettsvirkningen av dekningsloven § 7-13 inntreffer ved *konkursåpning*. Det vil gi liten sammenheng i regelverket dersom kreditorvern kan etableres *før* gaven er fullbyrdet etter dekningsloven § 7-13, ettersom gaveløftet i et slikt tilfelle uansett vil bortfalle ved konkursåpningen. Det er likevel ikke noe prinsipielt i veien for at kreditorvernregelen ved gavedisposisjoner krever noe *mer* enn fullbyrdelseskravet i dekningsloven § 7-13. Konsekvens er i så fall at kreditorekstinksjon kan inntreffe selv om gaveløftet ikke bortfaller etter dekningsloven § 7-13.

Rt. 1988 s. 1327 inneholder premisser av relevans for hvordan kreditorvern etableres ved gaveoverdragelse av løsøre. I denne dommen vurderte Høyesterett blant annet om en gaveoverføring av en rekke malerier kunne omstøtes etter den gamle konkurslovens § 42, subsidiært den subjektive omstøtelsesregelen.¹⁴⁸⁸ Den gamle konkurslovens § 42 omhandlet ufullbyrdede gavers stilling i konkurs, og er nå erstattet av dekningsloven § 5-2.

¹⁴⁸⁶ Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 191 og NOU 1972:20 s. 327.

¹⁴⁸⁷ Se for eksempel Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 300 hvor bestemmelsen behandles i et kapittel om rettsvern.

¹⁴⁸⁸ Lov 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling.

Fullbyrdelseskravet som ble stilt i den gamle konkursloven § 42 og fullbyrdelseskravet i den nåværende dekningsloven § 5-2, er likt. Høyesteretts tolkning av den gamle konkursloven § 42 er derfor fortsatt av interesse for tolkning av dekningsloven § 5-2.

Fullbyrdelseskravet i dekningsloven § 5-2 må tolkes i lys av dekningsloven § 5-10, som svarer til den gamle konkurslovens § 47. Det følger av dekningsloven § 5-10 at en omstøtelig disposisjon skal anses foretatt når «rettsvern ved tinglysing eller annen sikringsakt» er gjennomført. Det er dermed en klar parallell mellom fullbyrdelseskravet for omstøtelse av gavedisposisjoner og rettsvernsakten for gavedisposisjoner. Høyesteretts tolkning av fullbyrdelseskravet i dekningsloven § 5-2 er følgelig av relevans for spørsmålet om kreditorvern. Høyesteretts drøftelse av innholdet i den subjektive omstøtelsesregelen i Rt. 1988 s. 1327 har imidlertid ikke betydning for spørsmålet om etablering av kreditorvern ved gavedisposisjoner, og gjennomgås derfor ikke nærmere her.

Faktum i Rt. 1988 s. 1327 var at en reder overførte store deler av kunstsamlingen sin til et fond som blant annet skulle fremme kulturelle og humanitære oppgaver i samfunnet. Kunstsamlingen ble overført gjennom et gavebrev av 3. mai 1972 og omfattet mer enn to tusen gjenstander inklusive blant annet bilder, tepper, møbler m.m. Samlingen hadde en stor kulturell og økonomisk verdi. Kunstutstillingen åpnet våren 1979. Rederen døde 1. juli 1980, og dødsboet ble tatt under behandling som konkursbo 17. november 1980. Ved stevning av 27. mars 1985 reiste boet krav om at fondet skulle stille kunstsamlingen til boets disposisjon. Høyesterett tok blant annet stilling til om kunstsamlingen kunne omstøtes på bakgrunn av at gavedisposisjonen hadde blitt fullbyrdet innenfor omstøtelsesfristen på ett år i den gamle konkursloven § 42.

Høyesterett tok utgangspunkt i at det «ved løsøre kreves etter sikker rettsoppfatning at gjenstanden [må] bringes ut av avhenders – debtors – besittelse [for at fullbyrdelse skal skje]». ¹⁴⁸⁹ Dette ble begrunnet med at fratakelse av besittelse «skal sikre notoriteten og er oppstilt for å ramme illojale eller tvilsomme disposisjoner fra debtors side overfor kreditorene når hans økonomi svikter». ¹⁴⁹⁰ Høyesterett fremhevet at kravet til besittelsesfratakelse også kunne ramme reelle og lojale disposisjoner, men at dette var nødvendig for å unngå «tvil og prosedyre». ¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁹ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331.

¹⁴⁹⁰ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331.

¹⁴⁹¹ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331.

Den innledende redegjørelsen til Høyesterett bygger på noe av det samme argumentasjonsmønsteret som ligger til grunn for overleveringskravet ved løsørekjøp, jf. punkt 8.2.6. Det er derfor mulig at Høyesterett sikter til teoriens oppfatninger om overleveringskravet ved *kjøp* av løsøre når det vises til «sikker rettsoppfatning». Det er imidlertid uklart hvilken rettsvernsregel som gjelder ved løsørekjøp, herunder hvor absolutt et eventuelt overleveringskrav kan tolkes, jf. punkt 8.2.6-8.2.9. Høyesteretts henvisning til «sikker rettsoppfatning» er derfor lite oppklarende. Fra et metodisk perspektiv er det uheldig når det ikke utdypes hvilken oppfatning det siktes til når formuleringer som «sikker rettsoppfatning» brukes.¹⁴⁹²

I etterkant av Rt. 1988 s. 1327 har enkelte teoretikere tatt dommen til inntekt for at en besittelsesovergang er nødvendig for å etablere kreditorvern ved gavetransaksjoner.¹⁴⁹³ Spørsmålet er om en tolkning av omstøtelsesreglene i den gamle konkurslovens § 42, nå dekningsloven § 5-2, har overføringsverdi til den ulovfestede rettsvernsregelen for gavetransaksjoner. Hensynet til koherens taler for en slik tolkning. Dekningsloven § 5-10 medfører at det er en klar parallell mellom fullbyrdelseskravet for omstøtelse av gavedisposisjoner og rettsvernsakten for gavedisposisjoner.

Gavemottaker har ofte heller ingen berettigede forventninger om å motta gaven. En gave er en gledelig overraskelse, men ikke noe som kan forventes eller kreves. Kjøper har til motsetning fra gavemottaker prestert en motytelse for sitt erverv. Kjøper har derfor klare forventninger om at en motytelse skal presteres. Omsetningsinteressene hos gavemottaker vil derimot være fraværende.

Mads Henry Andenæs mener rettsvernsakten for gaveoverføringer og løsørekjøp må ses separat, og hevder i den forbindelse at:

«Fullbyrdelseskravet [...] står på egne ben i forhold til overleveringskravet til løsørekjøp [...]. Således er det ved gaver ikke plass for noe unntak hvis giveren beholder gaven i mottakerens interesse, slik som ved løsørekjøp.»¹⁴⁹⁴

Jeg er enig i synspunktene til *Andenæs*. På bakgrunn av de hensyn som gjør seg gjeldende ved gavedisposisjoner, bør det etter mitt skjønn gjelde et ubetinget overleveringskrav ved gaveoverdragelser av løsøre. Overleveringskravet vil kunne motvirke tilfeller hvor skyldneren

¹⁴⁹² Se i samme retning Løtveit: «I hvilken grad bør domstolene og rettsvitenskapen utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område» s. 50-51

¹⁴⁹³ *Andenæs: Konkurs* s. 301 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 300.

¹⁴⁹⁴ *Andenæs: Konkurs* s. 301.

møter et kreditorbeslag med falske påstander om at et formuesgode er overdratt som gave. For ytterligere å vanskeliggjøre kreditorsvik ved gavedisposisjoner, kan det *de lege ferenda* drøftes om gavedisposisjoner bør være skriftlig for å stå seg overfor kreditorene. Et slikt skriftlighetskrav kan kanskje hevdes å være i strid med prinsippet om formfrihet i avtaleretten. Det må imidlertid skilles mellom rett og rettsvern. Gaver vil fortsatt kunne overdras muntlig *inter partes*, selv om rettsvernet hypotetisk sett først ville etableres ved den skriftlige overdragelsen. Et skriftlighetskrav ved gaveoverdragelser vil dermed ikke være mer i strid med prinsippet om formfriheten enn for eksempel å oppstille tinglysing som vilkår for rettsvern. Det er imidlertid lite som tyder på at det *de lege lata* kan være grunnlag for å oppstille skriftlighet som et vilkår for å etablere kreditorvern ved gavedisposisjoner. Dersom domstolen skulle komme til at en gavedisposisjon må være skriftlig for at gavemottaker skal oppnå kreditorvern, vil regelen kunne fremstå som så ny og uventet at den potensielt vil kunne være i strid med EMK P1-1, jf. punkt 6.4.2 og 6.4.4.

8.2.14 Øvrige tenkelige typetilfeller?

Typetilfellene som er presentert så langt kan ikke anses uttømmende. Den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten åpner for at de underliggende hensyn i et typetilfelle kan analyseres, jf. punkt 1.3.2 og 4.4. Hensynene bak kreditorvernreglene kan *hypotetisk sett* åpne for at det gjelder en særegen kreditorvernregel i andre typetilfeller enn de som foreløpig er nevnt.

Et typetilfelle som kan diskuteres er om kreditorvern bør kunne etableres gjennom avtale ved kjøp og salg av *enkelte typer samleobjekter*, forutsatt at overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere kreditorvern. Som eksempel tar jeg utgangspunkt i omsetning av brukte klokker. De samme betraktningene som fremsettes gjør seg imidlertid også i stor grad gjeldende ved omsetning av andre samleobjekter som for eksempel malerier, krigsgjenstander, sjeldne vesker m.m. Bakgrunnen for at denne drøftelsen foretas, er for å illustrere hvordan hensynene bak kreditorvernreglene kan brukes ved drøftelsen av typetilfeller.

Omsetning av brukte klokker er et marked som preges av at markedsdeltakerne er *liebhabere*: Kjøper og selger har ofte høy kunnskap om klokker. Omsetning skjer typisk innenfor forum som retter seg mot klokkeentusiaster.¹⁴⁹⁵ Verdien på klokkene som omsettes på disse forumene

¹⁴⁹⁵ Som eksempel på markedsplasser for omsetning av brukte klokker nevnes Tidssonens forum (link: www.tidssonen.no/forum/forums/marked---klokker.9/) (link sist sjekket 29. oktober 2020) og den lukkede gruppen «Klokkeriet» på Facebook (gruppen har per 29. oktober 2020 ca. 64.500 medlemmer).

kan variere. Til illustrasjon er det ikke uvanlig at sjeldne klokker omsettes for godt over kr 100.000,-.

Et karakteristisk trekk ved klokkeomsetning er at tilgangen på ettertraktede bruktmoteller kan være lav og at etterspørselen er tilsvarende høy. Gruppen av potensielle selgere av ettertraktede bruktmoteller er ofte lav, noe som gjør at selger og kjøper ofte befinner seg på ulike plasser i landet. En vanlig brukt oppgjørsform er at kjøper forskuddsbetaler til selger, som deretter sender klokken til kjøper med en forsikret ekspressforsendelse. Postoppkrav godtas vanligvis ikke av selger. Det er to grunner til at postoppkrav vanligvis ikke godtas. For det første vil selger ha risikoen for at kjøper henter ut forsendelsen ved bruk av postoppkrav. Det er en risiko som selger vanligvis ikke tar. For det andre er forsendelsen dårligere forsikret ved bruk av postoppkrav. Dersom kjøper ikke ønsker å forskuddsbetale ved kjøp av bruktklokker, kan oppgjør alternativt foretas gjennom at kjøper og selger møtes ansikt til ansikt. Et slikt møte kan være veldig upraktisk i de tilfellene partene befinner seg på hver sin side av landet. Kjøper har derfor vanligvis ikke noe annet valg enn å godta forskuddsbetaling, ettersom kretsen av potensielle selgere som kan tilby de sjeldneste klokkemodellene, er liten. Markedet for omsetning av bruktklokker er derfor i stor grad basert på *tillit* mellom aktørene.

Det er heller ikke helt usannsynlig at selger kan være i en presset økonomisk stilling når klokken skal selges. Klokker er lett omsettelige og verdifulle objekter. Ved et salg frigjør selger likvide midler raskt. Kjøper kan derfor risikere at klokken beslaglegges av kreditorene til selger i perioden mellom forskuddsbetalingen og før klokken er sendt. Spørsmålet er derfor om reelle hensyn kan tale for et unntak fra overleveringskravet slik at kjøper er vernet mot selgers kreditorer fra og med avtaletidspunktet.

Det kan drøftes om hensynet til tjenlige transaksjoner, alternativt i kombinasjon med forbrukerhensynet, kan tale for å verne forskuddsbetalende kjøper mot selgers kreditorer allerede fra avtaleinngåelsen. Kjøper er ofte tvunget til å godta forskuddsbetaling som oppgjørsform og er heller ikke nødvendigvis klar over hvilken risiko for kreditorkestinksjon en slik betaling kan medføre. Et slikt resonnement kan det imidlertid neppe være grunnlag for. Hensynet til tjenlige transaksjoner kan ikke være vektig når forskuddsbetalingen ikke bidrar til noen samfunnsøkonomisk ønskelig finansieringsordning. Klokkekjøpers forskuddsbetalinger bidrar til å opprettholde en (dyr) hobby, og bidrar i liten grad til samfunnsmessig verdiskapning. Av samme grunn bør heller ikke forbrukerhensynet tillegges vekt. I tillegg har forskuddsbetalende kjøper av bruktklokker utvist en betydelig risikovillighet: Selgers annonse kan vise seg å være falsk slik at kjøper aldri mottar gjenytelsen, alternativt at klokken viser seg

å være en piratkopi. Kjøpers manglende kunnskap om risikoen for kreditorekstinksjon kan derfor ikke vektlegges.

For å motvirke noe av risikoen som forskuddsbetalende kjøper av bruktklokker utsettes for, har flere av forumene hvor brukte klokker omsettes et brukerbasert tilbakemeldingssystem. I disse systemene kan brukere rapportere om en kjøper og/eller selger er pålitelig. Forskuddsbetalende kjøper kan derfor til en viss grad sikre sine forskuddsbetalinger gjennom å undersøke selgers tilbakemeldinger. Disse tilbakemeldingssystemene viser at bruktklokkekjøpere vanligvis vil være klar over risikoene som er forbundet med å kjøpe klokker fra selgere som man ikke stoler på. Det heter seg derfor ofte at klokkekjøpere bør kjøpe selgeren, og ikke klokken. Denne språklige vendingen skal uttrykke at det kan være like viktig å kjøpe fra den rette selgeren som å kjøpe den rette klokken.

På denne bakgrunn må det være klart at kreditorvern ikke kan etableres gjennom avtale ved omsetning av bruktklokker og andre samleobjekter, forutsatt at overlevering er et vilkår for å etablere kreditorvern ved løsørekjøp.

8.3 Etablering av kreditorvern for panterettigheter i løsøre

«Aillt e stampa førr godt,
og di pengan æ har fått,
dem e brukt opp på breinnvin og tobakk.»

Trygve Hoff, utdrag fra sangen
«Aillt e stampa»

8.3.1 Innledning og kort om salgspant

Panteloven § 3-2 inneholder hovedregelen om pantsettelse av alminnelig løsøre. Panteloven § 3-2 er en håndpantregel, jf. panteloven § 1-1 tredje ledd.¹⁴⁹⁶ For at panthaver skal kunne etablere kreditorvern, er det avgjørende at pantsetteren fratras rådigheten over panteobjektet, jf. formuleringen «lignende tiltak som fører til at eieren taper rådigheten over pantet» i panteloven § 3-2 annet ledd annet punktum. Tidligere eksisterte det flere forretninger, såkalte pantelånekontor, som tilbød lån mot å ta håndpant i løsøregjenstander. I dag er det imidlertid kun ett gjenværende pantelånekontor i Norge (Lånekontoret som er eid av Nordea).¹⁴⁹⁷ Den faktiske bruken av håndpantsettelse er derfor forholdsvis beskjedne i dag.¹⁴⁹⁸ Bakgrunnen for at håndpant spiller en mindre rolle i dag, er trolig at det har blitt åpnet for en forholdsvis bred

¹⁴⁹⁶ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 37.

¹⁴⁹⁷ <https://www.lanekontoret.no/#/history> (link sist sjekket 29. oktober 2020)

¹⁴⁹⁸ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 76.

adgang til underpantsettelse av løsøre, jf. punkt 7.6. Håndpant er likevel fortsatt den formelle hovedregelen for pantsettelse av alminnelig løsøre.

Panteloven åpner for at alminnelig løsøre kan pantsettes på andre måter enn gjennom håndpant. Foruten reglene om driftstilbehør- og varelagerpant, jf. punkt 7.6, kan reglene om salgspant i panteloven § 3-14 nevnes. Reglene om salgspant oppstiller ikke overlevering som rettsvernsakt, og gjennomgås derfor ikke inngående her. Noen korte merknader skal likevel fremsettes. Etter panteloven § 3-17 første ledd første punktum må avtale om salgspant ved salg til forbruker være inngått skriftlig senest «samtidig med at salgstingen blir overgitt».¹⁴⁹⁹ Begrepet «overgitt» i panteloven § 3-17 sikter til tidspunktet for opphør av selgers stansings- og hevingsrett.¹⁵⁰⁰ Overgivelsen fungerer følgelig ikke som en rettsvernsakt for salgspant, men er et skjæringstidspunkt for når salgspanthaver senest må ha inngått en skriftlig avtale om salgspant. Dersom salgspanthaver ikke har inngått en skriftlig avtale med forbruker senest ved overgivelsen, vil ikke salgspantet ha vern mot kjøpers kreditorer. Inngåelse av den skriftlige avtalen fungerer dermed som en rettsvernsakt for salgspantrettigheter.¹⁵⁰¹ Ved salg til andre enn forbruker må salgspantavtalen bekreftes skriftlig av en av partene «uten ugrunnet opphold etter overleveringen», jf. panteloven § 3-17 annet ledd. Den skriftlige bekreftelsen fungerer som rettsvernsakt ved løsøresalg til andre enn forbruker. Rettsvernsakten for salgspant er følgelig mindre streng utenfor forbrukerkjøpstilfeller.¹⁵⁰²

8.3.2 Hvordan etableres kreditorvern etter reglene om håndpant?

For å etablere kreditorvern etter reglene om håndpant i panteloven § 3-2, er det som nevnt avgjørende at pantsetteren fratras rådigheten over pantobjektet. Panteloven § 3-2 oppstiller *ikke* et krav om at panthaver får den fysiske rådigheten over pantobjektet.¹⁵⁰³ Det avgjørende er at «pantsetjaren ikkje lenger på sjølvstendig måte kan rå over pantet.»¹⁵⁰⁴ Panteloven § 3-2 nevner eksplisitt tre handlinger som kvalifiserer til å frata panthaver rådigheten over panteobjektet. Den første handlingen følger av panteloven § 3-2 annet ledd første punktum:

¹⁴⁹⁹ Dersom det ikke er inngått noen avtale om salgspant i forkant av overgivelsen, verken skriftlig eller muntlig, vil ikke bare salgspantet mangle rettsvern, men vil også være ugyldig mellom partene, se formuleringen «[i] forbindelse med salg» i panteloven § 3-14 og Skoghøy: *Panterett* s. 109.

¹⁵⁰⁰ Se Rt. 2000 s. 1360 på s. 1363 og Skoghøy: *Panterett* s. 109.

¹⁵⁰¹ Dersom pantobjektet er en motorvogn, må salgspantet i tillegg tinglyses på kjøperens blad i Løsøreregisteret for at kreditorvern skal etableres, jf. panteloven § 3-17 tredje ledd. For motorvogner er dermed også tinglysing i løsøreregisteret en påkrevd rettsvernsakt.

¹⁵⁰² For kritiske merknader om forskjellen på rettsvernsakten i og utenfor forbrukerkjøpstilfeller, se Skoghøy: *Panterett* s. 193 (petit).

¹⁵⁰³ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 248.

¹⁵⁰⁴ NUT 1970:2 s. 111.

«Håndpanterett får rettsvern ved at pantet overleveres til panthaveren eller en annen som påtar seg å sitte med det for panthaveren, slik at eieren ikke selv har hånd om det.»

Selv om en fysisk overlevering av pantobjektet til panthaver ikke er nødvendig for å etablere kreditorvern etter panteloven § 3-2, vil en fysisk overlevering alltid tilfredsstillende kravet til håndpant i panteloven § 3-2 annet ledd første punktum. Det vil også være tilstrekkelig at panthavers fullmektig mottar pantobjektet. Ettersom det avgjørende er at pantsetter mister rådigheten over pantet, må tredjemann som skal motta objektet på vegne av panthaver ha en selvstendig stilling overfor pantsetter.¹⁵⁰⁵ I motsatt fall er det fare for at pantsetter kan instruere tredjemann til å gi pantsetter rådigheten over pantobjektet i etterkant av pantsettelse.

Den andre handlingen som medfører rådighetstap etter panteloven § 3-2, følger av annet ledd annet punktum:

«Likt med overlevering av selve pantet regnes overlevering av nøkkel til rom hvor pantet oppbevares, eller lignende tiltak som fører til at eieren taper rådigheten over pantet.»

Panteloven § 3-2 annet ledd annet punktum omtales som nøkkelpant. Panthaver etablerer kreditorvern etter regelen om nøkkelpant gjennom å få nøklene til et rom hvor panteobjektet oppbevares. Igjen er det avgjørende at pantsetter mister rådigheten over pantet. Kreditorvern kan derfor ikke etableres etter nøkkelpant dersom panthaver mottar en nøkkel, mens pantsetter beholder et eget nøkkelsett.¹⁵⁰⁶

Det tredje eksempelet på en handling som kvalifiserer til å frata panthaveren rådigheten over panteobjektet, følger av panteloven § 3-2 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen kan kreditorvern etableres i tilfeller hvor panteobjektet befinner seg hos en annen enn eieren på pantsettelsestidspunktet. Vilkåret for at kreditorvern skal oppnås i disse tilfellene er at den som besitter panteobjektet, får melding om pantsettelsene og får beskjed om at eieren ikke har rett til å råde over pantet, jf. panteloven § 3-2 tredje ledd. Bestemmelsen har som tidligere nevnt sterke likhetstrekk med tradisjonssurrogatet langhåndstradisjon, jf. punkt 8.2.4.

Reglene om håndpantsettelse *kan* bidra til at det oppstår en viss notoritet og publisitet omkring pantsettelsen. Den notoritets- og publisitetsskapende effekten av håndpantsettelsen vil vanligvis være tilsvarende som en overlevering ved løsøresalg, jf. punkt 8.2.6. Håndpantsettelsen sørger videre for en spesialisering av panteobjektet, jf. punkt 5.3.5. Det er liten tvil om hvilket objekt

¹⁵⁰⁵ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 71-72.

¹⁵⁰⁶ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 73.

som skal være sikringsobjekt for panthavers kreditt når rettsvernsakten i panteloven § 3-2 gjennomføres. Panteloven § 3-2 skal også bidra til å begrense realkreditten. Adgangen til dobbel pantsettelse vil effektivt begrenses når pantsetter fratras rådigheten over panteobjektet.¹⁵⁰⁷ Dette formålet vektlegges til sammenligning *ikke* ved drøftelse av kreditorvernregelen ved løsørekjøp.

I teorien har det vært drøftet om andre handlinger enn de som er eksplisitt nevnt i panteloven § 3-2, kan oppfylle kravet til rådighetstap. *Skoghøy* mener at panthaver vil kunne etablere kreditorvern dersom panteobjektet blir avsperrert fysisk gjennom «gjenspikring, forsegling eller andre effektive sikringstiltak».¹⁵⁰⁸ *Brækhus* mener også at kreditorvern kan etableres dersom panthaver får overlevert «bilnøkler eller nøkler til annet låsbart maskineri, eller av en vital del av slikt maskineri som eieren ikke har mulighet til å erstatte».¹⁵⁰⁹ Etter *Brækhus*' syn trenger ikke pantsetter å flytte selve panteobjektet dersom nøkler eller vital del overleveres til panthaver.¹⁵¹⁰ *Skoghøy* er av den oppfatning at det ikke er tilstrekkelig å frata pantsetteren nøkler til bil eller vital del, men mener selve panteobjektet må innelukkes fysisk for at kreditorvern skal kunne etableres.¹⁵¹¹ *Skoghøy* vektlegger blant annet at publisiteten som fremskaffes ved overlevering av nøkler eller vital del, er dårlig.

Ved vurderingen av hva som skal regnes som rådighetstap etter panteloven § 3-2, bør det ses hen til om eieren taper rådighet over panteobjektet på en slik måte at dobbel pantsettelse vanskeligjøres. Pantsetter kan ved hjelp av enkle grep nyttiggjøre seg av panteobjektet dersom det bare er bilnøkler eller vitale komponenter som fratras pantsetteren. Pantsetter kan for eksempel narre panthaver til å tro at alle nøklene til pantobjektet er overlevert, mens det i realiteten viser seg at pantsetter har beholdt en egen nøkkel til pantobjektet. Pantsetter kan også narre panthaver til å tro at han har overlevert en vital del til panteobjektet, når pantsetter i realiteten har en erstatningsdel klar til bruk. Risikoen for svikaktig adferd fra pantsetters side er også til stede ved pantsettelse etter den alminnelige regelen om nøkkelpant i panteloven § 3-2 annet ledd annet punktum. Pantsetter kan narre panthaver til å tro at det ikke eksisterer noen duplikatnøkkel til rommet hvor pantobjektet befinner seg, for deretter å beholde en duplikatnøkkel til rommet. I forarbeidene til panteloven fremheves det at det vil være panthavers risiko at pantsetter beholder duplikatnøkler etter regelen om håndpant, selv om

¹⁵⁰⁷ Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 506.

¹⁵⁰⁸ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 251.

¹⁵⁰⁹ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 74.

¹⁵¹⁰ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 74.

¹⁵¹¹ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 251 og Skoghøy: *Panterett* s. 191.

panthaver var i god tro om eksistensen av duplikatnøkler.¹⁵¹² Etter mitt skjønn er regelen om nøkkelpant på dette punkt litt ubalansert. Pantsetter bør ikke premieres for å opptre svikaktig overfor panthaver. Det vil dessuten være vanskelig for panthaver å føre en kontroll over eksistensen av duplikatnøkler. Faren for at pantsetteren fortsatt vil kunne råde over pantobjektet ved pantsettelse etter den alminnelige regelen om nøkkelpant, er stor. Det bør derfor, etter mitt skjønn, utvises forsiktighet med å utvide nøkkelpantregelen slik at fratakelse av nøkler til pantobjektet eller vitale deler til pantobjektet kvalifiserer som et rådighetstap.¹⁵¹³

8.3.3 Bortfall av kreditorvern

Selv om kreditorvern er etablert etter panteloven § 3-2, kan det tenkes situasjoner som kan føre til bortfall av panthavers kreditorvern. En mulig situasjon som kan oppstå er at pantsetter får rådigheten over panteobjektet etter at rådigheten har vært fratatt panthaver. Eksempler kan være at pantsetteren får rådigheten over pantobjektet som følge av at han eller hun urettmessig skaffer seg rådigheten over formuesgodet, for eksempel gjennom å bryte seg inn i rommet hvor pantobjektet er avsperrert, alternativt at pantsetter får rådigheten på helt legitimt vis, for eksempel gjennom å låne den pantsatte løsøreobjekten av panthaver.

Dersom pantsetteren skaffer seg rådigheten over pantobjektet etter at rådigheten har vært fratatt pantsetteren, faller kreditorvernet som utgangspunkt bort.¹⁵¹⁴ Panthaver vil da måtte etablere kreditorvern for sin panterettighet på nytt, og vil få prioritet fra det tidspunktet panteobjektet på nytt fratras pantsetteren. Det kan imidlertid drøftes om panthaver i ethvert tilfelle skal miste kreditorvern når pantsetter får rådighet over pantobjektet. Panthaver kan fremstå mer beskyttelsesverdig i tilfeller hvor han eller hun ikke kan beskytte seg mot at pantsetter har skaffet seg rådigheten over pantobjektet, enn dersom panthaver enkelt kunne beskytte seg mot at pantsetter skaffet seg rådigheten over pantobjektet. Dersom panthaver har gjort det som er nødvendig for å etablere kreditorvern etter reglene i panteloven § 3-2, synes det uforholdsmessig hardt å kreve at panthaver foretar ytterligere sikkerhetstiltak for å beskytte seg mot ulovlig adferd fra pantsetters side. Lovgiver har foretatt en avveining av hva som skal til for å etablere kreditorvern gjennom panteloven § 3-2, og det kan ikke kreves at panthaver utfører ytterligere tiltak for å verne panterettigheten sin. Teorien synes også i vid utstrekning å

¹⁵¹² Ot.prp.nr. 39 (1977-1978) s. 42.

¹⁵¹³ Se til illustrasjon LG-1995-862 hvor lagmannsretten konkluderte med at fratakelse av tenningsmekanismen i 30 våpen ikke kvalifiserte som rådighetstap etter panteloven § 3-2. Om dette uttalte lagmannsretten at: «Selv om tenningsmekanismen utgjør en funksjonsmessig vital del av våpenet, kan denne vanligvis erstattes slik at våpenet kan benyttes av pantsetter eller omsettes med eller uten annen tenningsmekanisme.» Selv om en lagmannsrettsdom ikke kan tillegges noen særlig rettskildemessig vekt, er jeg enig i argumentasjonen til lagmannsretten.

¹⁵¹⁴ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 71 og Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 248.

godta at panthaverens kreditorvern ikke øyeblikkelig bortfaller i tilfeller hvor pantsetter urettmessig skaffer seg rådighet over panteobjektet.¹⁵¹⁵ Panthaver må imidlertid foreta seg tiltak for å prøve å få tilbake panteobjektet etter at han eller hun oppdager at pantsetter har fått urettmessig rådigheten over panteobjektet.¹⁵¹⁶ Dersom panthaver godtar at pantsetter har rådighet over panteobjektet, godtar samtidig panthaver at kreditorvernet kan bortfalle.

I tilfeller hvor pantobjektet skal vedlikeholdes eller repareres, har teorien åpnet for at panthaver ikke bør miste kreditorvern for panterettigheten sin dersom pantsetter foretar vedlikeholdet. Forutsetningen er at det er praktisk at vedlikeholdet gjennomføres av pantsetter.¹⁵¹⁷ Videre antas det at panthaver må føre en viss aktiv kontroll over pantobjektet mens det blir reparert, samt at panthaver søker å få pantobjektet tilbakelevert så snart det lar seg praktisk gjøre etter at vedlikeholdsarbeidet er gjennomført.¹⁵¹⁸

Det er uklart hvilke hensyn som begrunner at panthaver ikke skal miste kreditorvernet dersom pantsetter utfører vedlikehold på pantobjektet. *Brækhus* begrunner ikke unntaket ut over å mene at «man [bør] være mer liberal» i disse tilfellene.¹⁵¹⁹ *Skoghøy* har heller ikke begrunnet unntaket nærmere enn å vise til *Brækhus'* oppfatning.¹⁵²⁰ Den underliggende begrunnelse for unntaket kan kanskje være at en for streng tolkning av panteloven § 3-2 vil forhindre en praktisk ønskelig ordning. Det vil være i samtlige parter interesse at verdien av pantobjektet ikke går til spille. Kanskje kan det også trekkes veksler på at pantsetter selv eier pantobjektet, og dermed kan ha en beskyttelsesverdig interesse i å utføre vedlikeholdsarbeidet selv. Det kan for eksempel tenkes at pantsetter kan utføre vedlikeholdsarbeidet billigere og bedre enn en tredjepart.

Som fremhevet under punkt 5.2.2 har teorien og Høyesterett de lovfestede kreditorvernreglene forholdsvis absolutt. Rommet for å se hen til konkret rimelighet og praktiske ordninger ved tolkningen av kreditorvernregler er lite. Dersom panthaver skal beholde sitt rettsvern ved tap av rådighet på bakgrunn av vedlikeholdsarbeid som skal utføres av pantsetter, vil det nettopp være på bakgrunn av en konkret rimelighetsbetraktning. Rommet for konkrete rimelighetsbetraktninger kan kanskje være større når spørsmålet som drøftes er *bortfall* av etablert kreditorvern, og ikke *etablering* av kreditorvern, selv om en slik sontring ikke har vært fremhevet av Høyesterett. Det vil uansett være stikk i strid med formålet bak panteloven § 3-2,

¹⁵¹⁵ *Brækhus: Omsetning og kreditt 2 s. 71* og *Skoghøy: Panteloven med kommentarer s. 248-249*.

¹⁵¹⁶ *Brækhus: Omsetning og kreditt 2 s. 71*.

¹⁵¹⁷ *Brækhus: Omsetning og kreditt 2 s. 71* og *Skoghøy: Panteloven med kommentarer s. 248-249*.

¹⁵¹⁸ *Skoghøy: Panteloven med kommentarer s. 249*.

¹⁵¹⁹ *Brækhus: Omsetning og kreditt 2 s. 71*.

¹⁵²⁰ *Skoghøy: Panterett s. 189*.

nemlig å frata pantsetter rådigheten over pantobjektet, dersom panthaver bevisst kan utstyre pantsetter med rådigheten over pantobjektet uten å miste kreditorvern for sin panterettighet.

På den annen side bør ikke kreditorvernreglene hindre tjenlige transaksjonstyper. Dersom pantsetter ikke gis adgang til å vedlikeholde pantobjektet uten at panthaver risikerer å miste kreditorvernet sitt, kan det potensielt føre til et verditap, særlig dersom pantsetter er den som har størst kompetanse til å gjennomføre vedlikeholdet. Hensynet til tjenlige transaksjoner har imidlertid først og fremst vært fremhevet som et relevant hensyn på ulovfestet grunnlag, ettersom den positivrettslige karakteren til de lovfestede kreditorvernreglene taler for en absolutt tolkning, jf. punkt 5.2.2. Det er følgelig usikkert hvor mye vekt hensynet til tjenlige transaksjoner bør tillegges ved tolkningen av en lovfestet kreditorvernregel. Et unntak fra panteloven § 3-2 annet ledd ved vedlikeholdsarbeid vil kunne være et velbegrunnet og godt unntak, men vil være i strid med hensynet til retts teknisk enkle kreditorvernregler. Jeg er derfor usikker på om panthavers kreditorvern kan opprettholdes dersom pantsetter får rådigheten over pantobjektet for å foreta vedlikeholdsarbeid.

8.4 Bruksrettigheter

Det foreligger ingen lovfestet hjemmel som direkte regulerer hvordan kreditorvern etableres for bruksrettigheter i løsøre. En bruksrettighet kan potensielt ha en omsetningsverdi for kreditorene. Kreditorene kan for eksempel fremleie løsøregjenstanden eller selge bruksretten til noen andre. En bruksrett kan følgelig være gjenstand for kreditorbeslag. I teorien er det antatt at kreditorvern for bruksrett i løsøre etableres gjennom overlevering.¹⁵²¹ De samme hensynene som gjør seg gjeldende ved en overdragelse av eiendomsrett, gjør seg gjeldende ved overdragelse av en bruksrett. Det har derfor vært hevdet at kreditorvernreglene som gjelder for eiendomsrettigheter i løsøre bør, av koherenshensyn, gjelde tilsvarende for bruksrettigheter.¹⁵²²

Den mest aktuelle bruksrettighetsavtalen som inngås for løsøregjenstander, er leieavtaler. Dersom partene har inngått en alminnelig tidsavgrenset leieavtale, vil ikke leietakers kreditorer kunne beslaglegge løsøret med ekstinktive virkninger overfor utleier. De reelle eierforholdene er avgjørende for kreditorenes beslagsadgang. Noen kreditorekstinksjon av utleiers eiendomsrett kommer følgelig ikke på tale. Kreditorbeslaget er begrenset til å omfatte bruksrettigheten. Det samme må gjelde for operasjonell leasing, som har sterke likhetstrekk

¹⁵²¹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 310, Andenæs: *Konkurs* s. 272 og Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 499.

¹⁵²² Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 499 og Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 201.

med vanlig tingsleie.¹⁵²³ Spørsmålet som derfor er mest aktuelt fra leietakers side er hvilket kreditorvern bruksrettigheten nyter mot utleiers kreditorer.

En leasingavtale kan defineres som en «[l]eieavtale eller lignende avtale som i realiteten tjener til å sikre et avhendelsesvederlag», jf. panteloven § 3-22 annet ledd første punktum. Det kan sondres mellom leasingavtaler hvor leieren *har* rett til å bli eier av løsøreobjekten etter betaling av et visst antall leietimer («salg på leiekontrakt»), og leasingavtaler hvor leieren *ikke har* rett til å bli eier av løsøreobjekten etter betaling av et visst antall leietimer («finansiell leasing»). Det er disse to formene for leasingkontrakter som er gjenstand for nærmere undersøkelse i det følgende.

I tilfeller hvor leieren *har* rett til å bli eier av løsøreobjekten etter betaling av et visst antall leietimer, skal avtalen regnes som en avtale om salg og salgspant, jf. panteloven § 3-22 annet ledd første punktum. Slike avtaler omtales som «salg på leiekontrakt».¹⁵²⁴ Det avgjørende er om avtalen i realiteten er et salg, og ikke hva avtalen kalles.¹⁵²⁵ Utleier må følgelig regnes som en salgspanthaver etter slike leasingavtaler, og leietaker må regnes som ny eier. «Leietaker» etablerer følgelig kreditorvern for sitt erverv etter reglene om løsørekjøp, jf. punkt 8.2, og «utleier» etablerer kreditorvern for sitt salgspant etter reglene i panteloven § 3-17, jf. punkt 8.3.1.

Leasingavtaler hvor det *ikke er* meningen at leietaker skal bli eier eller ha rett til å bli eier etter et visst antall timer, omtales som finansiell leasing. Det typiske for slike avtaler er at utleier har kjøpt leasingobjektet fra en leverandør. Utleier inngår deretter en «leieavtale» med minstetid med leietaker. Leietakers leieavdrag dekker utleiers omkostninger og finansieringskostnader. I tillegg dekker avdragene en rente til utleier som godtgjørelse for finansieringen. Når minstetiden har utløp, har leietaker krav på å videreføre leieforholdet til en sterkt redusert leie, typisk 1/12 av leiesummen som gjaldt i minstetiden.¹⁵²⁶ Den reduserte leieprisen kan tenkes å gjøre det attraktivt for leietakers kreditorer å ta beslag i bruksrettigheten.

¹⁵²³ Se nærmere om operasjonell leasing i Ot.prp.nr. 39 (1977-1978) s. 61 og Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 404-405.

¹⁵²⁴ Sjur Brækhus: «Leasing – et alternativ til kjøp på avbetaling med eiendomsforbehold?», *Lov og Rett* 1969 s. 385-415 på s. 387.

¹⁵²⁵ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 400.

¹⁵²⁶ Se nærmere om utformingen av finansielle leasingavtaler i Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 402-403, Per Nyheim: «Konkursbeslag i leasingkundens rett etter standardkontrakten om finansiell leasing», *Lov og Rett* 1994 s. 169-191 på s. 169-171 og Brækhus: «Leasing – et alternativ til kjøp på avbetaling med eiendomsforbehold?» s. 386.

Avtaler om finansiell leasing skal *ikke* regnes som en avtale om salg og salgspant.¹⁵²⁷ I forarbeidene til panteloven fremgår det at «den økonomiske realitet ved financial leasing ligger meget nær opp til ordningen med salgspant».¹⁵²⁸ Det ble i høringsrunden fremhevet at slike leasingavtaler ikke burde reguleres av reglene om salgspant uten en forutgående utredning.¹⁵²⁹ Likevel gikk departementet inn for at de viktigste reglene om salgspant kom til anvendelse på avtaler om finansiell leasing, deriblant rettsvernsreglene, jf. panteloven § 3-22 annet ledd første og annet punktum med henvisning til blant annet panteloven § 3-17. Det innebærer at en avtale om finansiell leasing må tilfredsstillere kravene i panteloven § 3-17 for at utleiers eiendomsrett i leasingobjektet skal stå seg overfor leietakers kreditorer, jf. punkt 8.3.1. Det er imidlertid presisert at panteloven § 3-17 fjerde ledd modifiseres i finansielle leasingavtaler: Vilåret til spesialitet vil være oppfylt dersom «leiegjenstandene, leietiden og de terminvise leibeløp er nevnt».

For leietakers del er det usikkert hvilket kreditorvern som leietaker nyter etter en avtale om finansiell leasing. Dersom utleier går konkurs, er leasingavtalens intensjon at leietaker ikke gis en separatistrett i leasingobjektet. Leietaker har ingen eiendomsrett til leasingobjektet, bare en bruksrett som er betinget av betalt leie. Bruksretten gir ikke i seg selv en separatistrett i leasingobjektet. Leietaker har heller ingen rett til å videreføre leieforholdet i det evige: Boet kan selv velge om det vil tre inn i avtalen eller ikke, jf. dekningsloven § 7-3 første ledd annet punktum.¹⁵³⁰

Det vil ikke alltid være rimelig at leietaker må finne seg i at utleiers kreditorer skal ha en ubetinget rett til å ta beslag i leasingobjektet. Særlig urimelig vil det være dersom minstetiden i leasingavtalen har utløpt, og leietaker har fortsatt leasingforholdet til en sterkt redusert leie. Utleier har allerede gått i pluss gjennom at leasingobjektets kostende, omkostninger og renter har blitt betalt i løpet av minstetiden. Den sterkt reduserte leieprisen som inntreffer etter minstetiden sørger for en balanse i avtaleforholdet. Ettersom leietaker allerede har fullfinansiert leasingobjektet, samt betalt utleier renter, vil den sterkt reduserte leieprisen være en slags kompensasjon for leietaker.

Høyesterett har i to saker vurdert rettsvernsspørsmål i forbindelse med avtale om finansiell leasing. I Rt. 1991 s. 574 hadde et bilfirma importert biler fra Tyskland. Bilene ble finansiert

¹⁵²⁷ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 404.

¹⁵²⁸ Ot. prp. nr. 39 (1977-1978) s. 63.

¹⁵²⁹ Ot. prp. nr. 39 (1977-1978) s. 128.

¹⁵³⁰ Andenæs: *Konkurs* s. 212-213.

gjennom et finansieringsselskap. Finansieringsselskapet og bilfirmaet hadde inngått en standardkontrakt om finansiell leasing. Etter avtalen hadde finansieringsselskapet eiendomsrett til bilene, mens bilfirmaet leide bilene. Bilfirmaet hadde ikke rett til å bli eier av bilene. Bilfirmaet hadde likevel rett til å selge bilene videre for egen regning og risiko. Da bilfirmaet gikk konkurs, oppstod det tvist om bilene inngikk i bilfirmaets varelagerpant, eller om finansieringsselskapet hadde krav på å få utlevert bilene på bakgrunn av leasingavtalen. Høyesterett mente at «likheten mellom finansiell leasing og salgspant er meget fremtredende».¹⁵³¹ Selv om panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum ikke viste til panteloven § 3-15 annet ledd, som sperrer for å etablere salgspant i løsøre som er ment for videresalg, mente Høyesterett «at det [ikke] kan være grunnlag for å ha ulike regler for de to finansieringsformer når det gjelder forholdet ved varer bestemt for videresalg».¹⁵³² Av denne grunn hadde ikke finansieringsselskapet rettsvern for sin eiendomsrett etter leasingavtalen, ettersom bilene var ment for videresalg. Dommen kan tale for at avtaler om finansiell leasing kan sidestilles med avtaler om salg og salgspant i enkelte tilfeller, selv om pantelovens regler om salgspant ikke kommer til direkte anvendelse.

I Rt. 2001 s. 232 hadde et selskap leid en bil av en utleier. Leieavtalen var en såkalt restverdileasingavtale. Leieavtalen hadde en varighet på 36 måneder. Avtalen var lagt opp slik at det bare var deler av bilens kostpris som ble amortisert i løpet av leieperioden. Den øvrige delen av kostprisen ble dekket gjennom at utleier hadde inngått en gjenkjøpsavtale med billeverandøren. Billeverandøren hadde forpliktet seg til å kjøpe bilen fra utleieren ved utløpet av leasingavtalen, til en pris som svarte til – en på forhånd fiksert – restverdi. Før leieavtalen utløp, gikk leietakeren konkurs. Finansieringsselskapet krevde bilen utlevert, noe boet til leietakeren motsatte seg. Boet mente at restverdileasing var en type finansiell leasing som falt innenfor virkeområdet til panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum. Høyesterett måtte derfor vurdere om leasingavtalen falt innenfor panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum. Konsekvensen var i så fall at leasingavtalen måtte tinglyses i motorvognregisteret for at billeverandørens utleveringskrav skulle stå seg overfor leietakers konkursbo, jf. panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum med henvisning til blant annet panteloven § 3-17 tredje ledd. Det var på det rene at leasingavtalen ikke var tinglyst på leietakerens blad i motorvognregisteret.

¹⁵³¹ Rt. 1991 s. 574 på s. 578.

¹⁵³² Rt. 1991 s. 574 på s. 578.

Høyesterett tok utgangspunkt i hvorvidt «den økonomiske realitet er slik at leieformen bør likestilles med salgspant og derved omfattes av § 3-22 annet ledd».¹⁵³³ Det sentrale var om «leieavtalen tjener til å sikre et fullt avhendelsesvederlag – eller utleiers kostpris om man vil».¹⁵³⁴ Det var bare i tilfeller hvor vederlaget i leieavtalen skulle sikre «et tilnærmet fullstendig avhendelsesvederlag» at panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum kunne komme til anvendelse.¹⁵³⁵ Begrunnelsen for dette er trolig at salgspant bare kan etableres «[i] forbindelse med salg», jf. panteloven § 3-14. Dersom leieavtalen ikke skal sikre hele avhendelsesvederlaget, vil det vanskelig kunne trekkes paralleller til regler som gjelder ved salg. Ettersom leieavtalen i Rt. 2001 s. 232 bare dekket ca. en tredjedel av utleiers kostpris, konkluderte Høyesterett med at restverdileasing minnet mer om et ordinært tings utleie enn et kredittkjøp med salgspant.¹⁵³⁶ Lagmannsretten, som hadde lagt til grunn at panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum kom til anvendelse, hadde følgelig tolket panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum feil. Lagmannsrettens kjennelse ble derfor opphevet.

Høyesteretts kjennelse i Rt. 2001 s. 232 viser at ikke alle leasingavtaler kan likestilles med avtaler om salg med salgspant. Det avgjørende er hvorvidt leasingavtalen skal dekke hele eller tilnærmet hele kostprisen av utleiegjenstanden.¹⁵³⁷ Høyesterett tolker leasingavtalens innhold isolert, uten å vektlegge hvilke begreper partene har brukt eller hvilke bakenforliggende avtaler som utleier har inngått med leverandøren. Høyesterett synes følgelig å innta en forholdsvis pragmatisk holdning til hvilke tredjemannsvirkninger som tillegges en leasingavtale. Det nevnes for ordens skyld at *Skoghøy* har stilt seg kritisk til resultatet i Rt. 2001 s. 232, uten at jeg skal gå nærmere inn på denne kritikken her.¹⁵³⁸

Hovedforskjellen mellom en salgspantavtale og en finansiell leasingavtale er at kjøperen blir eier av løsøret etter salgspantavtalen, mens det motsatte er tilfelle ved finansiell leasing. Som fremhevet i forarbeidene vil imidlertid forskjellen hovedsakelig være av formell karakter,

¹⁵³³ Rt. 2001 s. 232 på s. 235.

¹⁵³⁴ Rt. 2001 s. 232 på s. 235.

¹⁵³⁵ Rt. 2001 s. 232 på s. 236.

¹⁵³⁶ Rt. 2001 s. 232 på s. 236.

¹⁵³⁷ Hvor stor del av kostprisen som må dekkes gjennom leieavdragene for at avtalen skal falle inn under panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum, er uklart etter Rt. 2001 s. 232. *Skoghøy* mener bestemmelsen må komme til anvendelse dersom avdragene utgjør mer enn 2/3 av kostprisen, se *Panteloven med kommentarer* s. 408. Haraldsen mener bestemmelsen først kan komme til anvendelse dersom restverdien utgjør 10 % eller mindre, altså må mer enn 90 % av kostprisen være amortisert gjennom leiebetalingene, se Jan Fr. Haraldsen: «Leasing med restverdi – salgspant eller utleie?», *Lov og Rett* nr. 5/2002 (volum 41) s. 295-306 på s. 304-305.

¹⁵³⁸ For kritiske betraktninger, se Jens Edvin A. *Skoghøy*: «Lovreformer og nye avgjørelser innenfor panterett», *Lov og Rett* nr. 9/2001 (volum 40) s. 515-540 på s. 536 og *Skoghøy*: *Panteloven med kommentarer* s. 406-407. For en positiv vurdering av dommen, se Haraldsen: «Leasing med restverdi – salgspant eller utleie?» s. 302-304.

ettersom leietaker kan fortsette leieforholdet til veldig lav leie etter utløpet av minstetiden.¹⁵³⁹ På bakgrunn av den nære sammenhengen mellom finansielle leasingavtaler og avtaler om salg og salgspant, bør leietaker etter mitt skjønn stilles som om utleier var en salgspanthaver. Utleiers kreditorer vil få en uforholdsmessig god posisjon dersom de kan beslaglegge leasinggjenstanden etter utløpet av minstetiden, ettersom utleier allerede har opptjent et vederlag i løpet av minstetiden. Den stipulerte løsningen vil innebære at utleiers kreditorer har krav på oppfyllelse av vederlaget overfor leietaker, på samme måte som at en salgspanthaver vil ha krav på oppfyllelse av vederlaget overfor kjøper. Hvis ikke vederlaget gjøres opp, kan utleiers kreditorer kreve tvangsdekning i leasinggjenstanden, jf. tvangsfullbyrdsloven § 7-1 annet ledd første punktum. Hvordan utleiers vederlagskrav skal fastsettes ved en eventuell konkursåpning, kan være usikkert på bakgrunn av at leieforholdet potensielt kan videreføres i det uendelige. Rimelighet tilsier at vederlagskravet ikke bør fastsettes særlig mye høyere enn det som utestår av leieavdrag i minstetiden, ettersom gjenstanden vil være fullt ut nedbetalt på dette tidspunkt. Løsningen er etter mitt skjønn i tråd med retningslinjene som er trukket opp av Høyesterett, ettersom utleier vil få dekket sin kostpris i løpet av minstetiden.¹⁵⁴⁰

8.5 Omsetningsgjeldsbrev

8.5.1 Innledning

I dette punktet skal jeg analysere *om, når og hvordan* kreditorvern kan etableres for posisjonen som kreditor etter et omsetningsgjeldsbrev, jf. punkt 1.1. Jeg vil også kort redegjøre for *når og hvordan* kreditorvern etableres for panterettigheter i omsetningsgjeldsbrev.

Terminologien «eiendomsrett» passer ikke helt for fordringer.¹⁵⁴¹ Den rettslige virkning av å etablere kreditorvern i en fordring, er at verken kreditorene til *cedenten* eller *cedentens* hjemmelsmann/-menn ikke kan ekstingvere *cesjonarens* stilling som kreditor etter det underliggende skyldforholdet. Med *cedent* forstås selger av en fordring, mens *cesjonar* sikter til kjøperen av en fordring.¹⁵⁴² *Debitor cessus* betegner den som er debitor etter omsetningsgjeldsbrevet.¹⁵⁴³

Et omsetningsgjeldsbrev er, i likhet med enkle gjeldsbrev, et dokument som gir uttrykk for en pengeforpliktelse.¹⁵⁴⁴ Begrepet omsetningsgjeldsbrev kan fremstå uklart når det sammenlignes

¹⁵³⁹ Ot.prp.nr. 39 (1977-1978) s. 61.

¹⁵⁴⁰ Rt. 2001 s. 232 på s. 235.

¹⁵⁴¹ Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 62 med videre henvisninger.

¹⁵⁴² Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 85.

¹⁵⁴³ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 85.

¹⁵⁴⁴ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 24.

med enkle gjeldsbrev. Også enkle gjeldsbrev kan omsettes. Det er derfor ikke adgangen til å overdra omsetningsgjeldsbrev som er særegent for disse typene gjeldsbrev. Det er de særlige legitimasjonsvirkningene som tillegges omsetningsgjeldsbrevet som skiller dem fra de enkle gjeldsbrevene. *Bergsåker* uttrykker dette ved å si at det «[i] praksis er [...] lettere å omsette omsetningsgjeldsbrev enn enkle gjeldsbrev».¹⁵⁴⁵

Omsetningsgjeldsbrev kan ikke benyttes av kredittinstitusjoner ved kredittgivning til forbrukere, jf. finansavtaleloven § 55 annet ledd. I tillegg skal ihendehavergjeldsbrev, som er å regne som et omsetningsgjeldsbrev, i dag registreres i en verdipapirsentral, jf. verdipapirsentralloven § 3-1 første ledd. Som følge av at ihendehavergjeldsbrev nå skal registreres i en verdipapirsentral, har ihendehavergjeldsbrev mistet egenskapene til et omsetningsgjeldsbrev, jf. punkt 8.5.2.¹⁵⁴⁶ Alle disse forholdene har ført til at bruken av omsetningsgjeldsbrev har blitt sterkt redusert i senere tid.¹⁵⁴⁷ Når begrep som gjeldsbrev og verdipapir brukes, kan begrepsbruken gi inntrykk av at omsetning av fysiske verdipapir er langt mer vanlig enn det i realiteten er.¹⁵⁴⁸

8.5.2 Legaldefinisjon og rettslig grunnlag

De lovfestede reglene om omsetningsgjeldsbrev finnes i gjeldsbrevloven kapittel to. Alle gjeldsbrev, foruten omsetningsgjeldsbrev, regnes som enkle gjeldsbrev, jf. gjeldsbrevloven § 24. Enkle gjeldsbrev faller utenfor virkeområdet til gjeldsbrevloven kapittel to. Andre skyldforpliktelser som ikke er å regne som enkle gjeldsbrev eller omsetningsgjeldsbrev, omtales ofte som muntlige fordringer. Muntlige fordringer faller også utenfor virkeområdet til gjeldsbrevloven kapittel to.¹⁵⁴⁹

En forutsetning for at et dokument skal regnes som et omsetningsgjeldsbrev, er at dokumentet oppfyller vilkårene som oppstilles for gjeldsbrev, jf. formuleringen «[e]it gjeldsbrev er omsetningsgjeldsbrev [...]», jf. gjeldsbrevloven § 11 annet ledd. Gjeldsbrevloven inneholder ingen legaldefinisjon av gjeldsbrev. Det er alminnelig antatt at fire vilkår må foreligge for at et dokument skal anses som gjeldsbrev.¹⁵⁵⁰ For det første må gjeldsbrevet være skriftlig. For det andre må gjeldsbrevet være i det ytre selvstendig. Med dette forstås at gjeldsbrevet må gi

¹⁵⁴⁵ *Bergsåker: Pengekravsrett* s. 28.

¹⁵⁴⁶ *Bergsåker: Pengekravsrett* s. 29. *Bergsåker* mener en konsekvens av at ihendehavergjeldsbrev kan innføres i en verdipapirsentral er at ihendehavergjeldsbrev «nå [faller] utenfor gjeldsbrevlovens regler».

¹⁵⁴⁷ *Bergsåker: Pengekravsrett* s. 29-31 og *Marthinussen: Tredjemannsproblemene* s. 224.

¹⁵⁴⁸ *Falkanger: «Omsetning og kreditt 3 og 4»* (bokanmeldelse) s. 57.

¹⁵⁴⁹ *Bergsåker: Pengekravsrett* s. 32-33.

¹⁵⁵⁰ Vilråene kan utledes av NUT 1935:1 Utkast til Lov om Gjeldsbrev, s. 13. Se også *Bergsåker: Pengekravsrett* s. 25-28. Selv om *Bergsåker* ikke lister opp debitors skylder kjennelse på s. 25 som et vilkår for gjeldsbrev, fremgår det på s. 28 at *Bergsåker* mener at debitors skylder kjennelse må fremgå av gjeldsbrevet.

uttrykk for en ubetinget gjeldsforpliktelse. For det tredje må forpliktelsen omhandle penger. For det fjerde må gjeldsbrevet inneholde en skylderkjennelse fra debitor, typisk gjennom en underskrift.

Det er fire typer gjeldsbrev som skal regnes som omsetningsgjeldsbrev. Disse følger av gjeldsbrevloven § 11. Den første typen er ihendehavergjeldsbrev. Dette er gjeldsbrev hvor kreditors navn ikke nevnes i gjeldsbrevet, for eksempel ved at skyldneren forplikter seg til å betale et beløp til ihendehaveren av omsetningsgjeldsbrevet, jf. gjeldsbrevloven § 11 annet ledd nr. 1.¹⁵⁵¹ I dag skal norske ihendehavergjeldsbrev registreres i en verdipapirsentral, jf. verdipapirsentralloven § 3-1 første ledd. Reglene om etablering av kreditorvern i ihendehavergjeldsbrev følger derfor av verdipapirsentralloven § 7-1 flg., jf. punkt 7.5.3 ovenfor.

Den andre typen omsetningsgjeldsbrev er ordregjeldsbrev. Dette er et gjeldsbrev som lyder på kreditorenes navn med tillegget «eller ordre», jf. gjeldsbrevloven § 11 annet ledd nr. 2.¹⁵⁵² Ordretillegget har den funksjon at gjeldsbrevet skal kunne overdras fritt av innehaveren.

Den tredje typen omsetningsgjeldsbrev er enkelte typer pantobligasjoner som har fast eiendom, skip eller andre innretninger som er registrert i skipsregisteret eller luftfartøy som er innført i luftfartøyregisteret som pantobjekt, jf. gjeldsbrevloven § 11 annet ledd nr. 3. Forutsetningen for at en slik pantobligasjon skal være et omsetningsgjeldsbrev er at gjeldsbrevet ikke inneholder formuleringen «ikke til ordre» eller lignende formuleringer som stenger for at gjeldsbrevet kan omsettes. Denne typen gjeldsbrev må ses i lys av de særegne rettsregisterreglene som følger av tinglysingsloven, sjøloven og luftfartsloven. Når gjeldsbrevloven § 11 annet ledd nr. 3 leses i lys av tinglysingsloven, sjøloven og luftfartsloven, fremgår det at panterrettigheter i de angjeldende formuesgodene må etableres gjennom rettsregistrering når panterrettigheten skal stiftes. Det er imidlertid ikke alltid nødvendig å tinglyse overdragelsen av slike panterrettigheter for å etablere kreditorvern, jf. punkt 7.5.4.3.

Den fjerde og siste kategorien av omsetningsgjeldsbrev er gjeldsbrev som er utstedt til en navngitt person og som sier at det skal være et omsetningsgjeldsbrev, jf. gjeldsbrevloven § 11 fjerde ledd.

Samlet utgjør disse fire kategoriene omsetningsgjeldsbrevene. Når jeg i dette kapittelet behandler *om, når og hvordan* kreditorvern kan etableres i omsetningsgjeldsbrev, er det

¹⁵⁵¹ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 29.

¹⁵⁵² Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 30.

legaldefinisjonen av omsetningsgjeldsbrev i gjeldsbrevloven § 11 som jeg sikter til, foruten ihendehavergjeldsbrevene.

Den rettslige virkningen av å ha et omsetningsgjeldsbrev i hende følger av gjeldsbrevloven § 13. Det følger av bestemmelsen at:

«Den som har eit omsetningsgjeldsbrev i hende, er legitimert til å rå over det med verknad som nemnt i §§ 14, 15, 18 og 19, so framt det er eit ihendehavergjeldsbrev. Det same gjeld, når han er den som etter teksten i gjeldsbrevet eller ei samanhengande rekkje av skriftlege utsegner om avhendingar til namngjeven mann eller in blanco synest vera rette innehavaren til gjeldsbrevet, eller når han med grunn kann haldast for å vera den nemnde eller for å ha rett til å rå for han.»

Formuleringen «er legitimert» i gjeldsbrevloven § 13 gir uttrykk for at gjeldsbrevloven kapittel to regulerer legitimasjonsvirkninger av å inneha et omsetningsgjeldsbrev. Den som har gjeldsbrevet i hende kan eksempelvis råde over gjeldsbrevet med ulike ekstinktive virkninger for både den opprinnelige kreditoren etter det underliggende skyldforholdet, jf. gjeldsbrevloven § 14, samt *debitor cessus*, jf. gjeldsbrevloven §§ 15 og 18. Legitimasjonsvirkningene som tillegges et omsetningsgjeldsbrev omtales ofte som *negotiabilitetsvirkninger*.

Legitimasjon er verken et relevant hensyn eller vilkår ved kreditorekstinksjon, jf. punkt 2.1. Gjeldsbrevloven kapittel to innehar følgelig ingen bestemmelse om hvordan kreditorvern etableres ved overdragelse av et omsetningsgjeldsbrev. På denne bakgrunn må det vurderes om, og eventuelt hvilken, rettsvernsakt som kan oppstilles for overdragelse av omsetningsgjeldsbrev på ulovfestet grunnlag.

8.5.3 Overlevering som rettsvernsakt?

Den rådende oppfatning i teorien er at kreditorvern etableres gjennom fysisk overlevering av omsetningsgjeldsbrevet.¹⁵⁵³ Begrunnelsen for overleveringskravet er at kreditorvernreglene som gjelder for omsetningsgjeldsbrev, bør sammenfalle med reglene som gjelder for løsøre. Spørsmålet er ikke viet mye plass i teorien.¹⁵⁵⁴ *Falkanger* og *Falkangers* korte oppsummering av rettstilstanden er illustrerende:

¹⁵⁵³ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 771-772, Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 521-522, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 309, Andenæs: *Konkurs* s. 273 og Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantssettelse av panteretter» s. 96-97. Motsatt, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 223-224.

¹⁵⁵⁴ Marthinussens drøftelse i *Tredjemannsproblemene* s. 217-224 er kanskje den mest inngående analysen i nyere tid.

«Vi har ikke [...] lovregler for de tilfellene der S erverver eiendomsrett til verdipapiret. Men der det er tale [om] et materielt/fysisk verdipapir, vil det på samme måte som for løsøre måtte stilles krav om overlevering, jf. notoritets- og publisitetshensynene.»¹⁵⁵⁵

I forarbeidene til gjeldsbrevloven ble det vurdert om overlevering var nødvendig for å etablere kreditorvern ved overdragelse av et omsetningsgjeldsbrev.¹⁵⁵⁶ Det ble blant annet vist til at:

«Det finske og svenske [utkastet til gjeldsbrevloven] bestemmer derimot at også når overdragelsen ikke er skjedd i sikringsøiemed, skal besittelsesovergang være vilkår for at overdragerens kreditorer behøver å respektere transaksjonen.»¹⁵⁵⁷

Det ble fremhevet i forarbeidene at det var flere hensyn som talte for et overleveringskrav. Blant de synspunktene som ble fremhevet var at det ville skape «klarhet og sikkerhet» dersom overlevering var nødvendig for at en overdragelse av et omsetningsgjeldsbrev skulle stå seg overfor kreditorene.¹⁵⁵⁸ Det ble også vist til at et overleveringskrav ville redusere sjansene for kreditorsvik.¹⁵⁵⁹

På tross av at det ble fremhevet en rekke argumenter som talte i favør et overleveringskrav, ble en slik regel forkastet i forarbeidene til gjeldsbrevloven. Dette skyldtes blant annet at banker hadde omsetningsgjeldsbrev til forvaring hos seg. Det ble fremhevet at det var et behov for å kunne avtale overdragelser mellom bankkunder, uten at omsetningsgjeldsbrevet måtte overleveres mellom selger og kjøper.¹⁵⁶⁰ Det ble på denne bakgrunn konkludert med følgende:

«Når dertil kommer, at kravet om overleverelse ikke står i den beste overensstemmelse med de grunnsetninger som hos oss ellers gjelder for overdragelse av løsøre, har utkastet foretrukket å bli stående ved vår gjeldende rett på dette punkt.»¹⁵⁶¹

Selv om overlevering ble forkastet som rettsvernsakt for omsetningsgjeldsbrev i forarbeidene til gjeldsbrevloven, er det lenge siden forarbeidene til gjeldsbrevloven ble utformet. Fra et metodisk perspektiv er det uheldig når gjeldsbrevlovens forarbeider viser til at et overleveringskrav «ikke står i den beste overensstemmelse med de grunnsetninger som hos oss ellers gjelder for overdragelse av løsøre». Grunnsetninger er ikke nødvendigvis statiske

¹⁵⁵⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 771.

¹⁵⁵⁶ NUT 1935:1 s. 44-45.

¹⁵⁵⁷ NUT 1935:1 s. 45.

¹⁵⁵⁸ NUT 1935:1 s. 45.

¹⁵⁵⁹ NUT 1935:1 s. 45.

¹⁵⁶⁰ NUT 1935:1 s. 45.

¹⁵⁶¹ NUT 1935:1 s. 45.

størrelser. Synspunktene på rettsvernsakten for løsøre har endret seg i etterkant av utarbeidelsen av gjeldsbrevlovens forarbeider, og flere teoretikere har gått inn for at overlevering må oppstilles som rettsvernsakt ved løsørekjøp, jf. punkt 8.2.6.¹⁵⁶² Henvisninger til grunnsetninger, rettslige antakelser m.m. kan føre til en betydelig rettsusikkerhet.¹⁵⁶³ I tillegg fremstår noen av resonnementene i forarbeidene til gjeldsbrevloven som lite treffende i dag: En instruksjon til tredjemann om at gjeldsbrevet er overdratt, vil trolig tilfredsstillende et overleveringskrav, jf. punkt 8.2.4.¹⁵⁶⁴ Den rettskildemessige vekten av gjeldsbrevlovens forarbeider må som en konsekvens av disse forholdene anses svekket.¹⁵⁶⁵

Argumentasjonen som har vært ført i teorien om rettsvernsakten for omsetningsgjeldsbrev, bygger i stor grad på argumentasjonen som har vært ført i favør overleveringskravet ved løsørekjøp. Det er imidlertid ikke tale om en direkte analogislutning.¹⁵⁶⁶ Det må derfor undersøkes om hensynene som taler for et overleveringskrav ved løsøreomsetning, også gjør seg gjeldende ved kjøp og salg av omsetningsgjeldsbrev.

Omsetningsgjeldsbrev har enkelte likhetstrekk med løsøre. For det første er den som har fysisk besittelse av et omsetningsgjeldsbrev og en løsøregjenstand, legitimert til å råde over formuesgodet med potensielt ekstinktive virkninger for hjemmelshaver, jf. henholdsvis gjeldsbrevloven § 13 og godtroervervloven § 1 første ledd første punktum. For det andre er den notoritets- og publisitetsskapende effekten av å overlevere henholdsvis en løsøregjenstand og et omsetningsgjeldsbrev tilnærmet identisk. Det vil være vanskelig å konstatere *at* en overdragelse har skjedd, og det vil være vanskelig å konstatere *innholdet* i overdragelsen, selv om det skjer en overlevering. Disse likhetene mellom løsøre og omsetningsgjeldsbrev kan tale for at det bør være en parallell rettsvernsakt for løsøre og omsetningsgjeldsbrev.

Det er likevel enkelte særegne trekk ved et omsetningsgjeldsbrev som ikke lar seg overføre til løsøre. En viktig effekt av å ha et gjeldsbrev i hende er rettsvirkningene dette utløser for *debitor cessus*. Av særlig betydning er reglene om kvitteringslegitimasjon i gjeldsbrevloven § 19 og innløsningsregelen i gjeldsbrevloven § 21. Kvitteringslegitimasjon i gjeldsbrevloven § 19 medfører at *debitor cessus* kan betale med frigjørende virkning til den som er legitimert, det vil

¹⁵⁶² Andenæs: *Konkurs* s. 273, Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 309 og Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 521. I motsatt retning, se Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 925.

¹⁵⁶³ I samme retning, se Løtveit: «I hvilken grad bør domstolene og rettsvitenskapen utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område?» s. 50-51.

¹⁵⁶⁴ Se nærmere om dette i Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 219-221.

¹⁵⁶⁵ Se også Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 219-221.

¹⁵⁶⁶ Se nærmere om analogier i Monsen: «Hensynet til sammenheng i regelverket på kontraktslovgivningens område» s. 229, Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 63-67 og Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 181.

si den som har omsetningsgjeldsbrevet i sin besittelse. Betalingen vil gjøre *debitor cessus* fri selv om innehaveren av omsetningsgjeldsbrevet ikke er rettmessig mottaker av oppgjør. Innløsningsregelen i gjeldsbrevloven § 21 første ledd bestemmer at debitor bare trenger å betale dersom *debitor cessus* får omsetningsgjeldsbrevet tilbake. Videre trenger bare *debitor cessus* å betale avdrag dersom avdragsbetalingen blir påført omsetningsgjeldsbrevet, jf. gjeldsbrevloven § 21 annet ledd første punktum.

For å forstå reglene i gjeldsbrevloven §§ 19 og 21, må det ses hen til den nære sammenheng mellom omsetningsgjeldsbrevet og det underliggende skyldforholdet. Et omsetningsgjeldsbrev har ingen funksjon dersom det ikke representerer en underliggende skyldforpliktelse. Salg av omsetningsgjeldsbrev medfører et kreditorskifte, og vil alltid ha virkninger for en utenforstående tredjepart, *debitor cessus*. For *debitor cessus* kan overdragelser av omsetningsgjeldsbrevet føre til at det blir vanskelig å vite hvem som er riktig mottaker av oppgjøret. Bestemmelsen i gjeldsbrevloven § 19 beskytter derfor *debitor cessus* mot at det kan fremsette innsigelser om at betaling har skjedd til feil person, så fremt betalingsmottaker er legitimert.

Gjeldsbrevloven § 21 har nær sammenheng med gjeldsbrevloven § 15. Etter gjeldsbrevloven § 15 fjerde ledd kan ikke *debitor cessus* gjøre gjeldende overfor aktsom godtroende erverver som har fått omsetningsgjeldsbrevet overlevert til seg, at betaling har funnet sted. For å unngå at *debitor cessus* må betale samme gjeldsforpliktelse to ganger, trenger ikke *debitor cessus* å betale med mindre han eller hun kan få omsetningsgjeldsbrevet tilbake, alternativt at omsetningsgjeldsbrevet påføres at et avdrag er betalt, jf. gjeldsbrevloven § 21. På denne måten sørger *debitor cessus* for å redusere risikoen for å måtte betale dobbelt oppgjør.

Det finnes ingen kvitterings- og innløsningsregel for løsøre som tilsvarer gjeldsbrevloven §§ 19 og 21. Bakgrunnen for dette er at løsøregjenstander ikke er tilknyttet et underliggende skyldforhold. Overdragelse av løsøregjenstander har ikke noen betydning for en tredjepart.¹⁵⁶⁷ Overdragelse av et omsetningsgjeldsbrev har imidlertid direkte betydning for *debitor cessus*. Kvitterings- og innløsningsregelen bidrar derfor til å skaffe *debitor cessus* en viss sikkerhet ved et kreditorskifte.

Cesjonaren løper en kontinuerlig risiko for at *debitor cessus* betaler avdrag og renter til innehaver av omsetningsgjeldsbrevet med frigjørende virkning.¹⁵⁶⁸ Ettersom det bare er

¹⁵⁶⁷ Det ses her bort fra situasjoner hvor løsøreoverdragelsen kan utløse en rettighetskollisjon.

¹⁵⁶⁸ Marthinussen: «Ulovfestet ekstinksjon» s. 26.

innehaver av omsetningsgjeldsbrevet som rettmessig kan motta oppgjør fra *debitor cessus*, taler hensynet til koherens for at overlevering bør være nødvendig for å etablere kreditorvern ved overdragelse av omsetningsgjeldsbrev.¹⁵⁶⁹ På bakgrunn av den nære sammenheng som foreligger mellom besittelsen av omsetningsgjeldsbrevet og adgangen til å kreve oppgjør, står overleveringskravet etter mitt skjønn *sterkere* ved kjøp av omsetningsgjeldsbrev enn ved løsørekjøp.¹⁵⁷⁰ Selv om jeg derfor er av den oppfatning at kreditorvern i løsøre bør kunne etableres gjennom individualisering, jf. punkt 8.2.9, mener jeg drøftelsen ovenfor viser at et overleveringskrav ved overdragelse av omsetningsgjeldsbrev fint står på egne ben. Det er dermed ikke noen selvmotsigelse å hevde at overlevering som utgangspunkt bør være nødvendig for å etablere kreditorvern ved overdragelse av omsetningsgjeldsbrev, mens overlevering ikke er nødvendig for å etablere kreditorvern for eiendomsrett i løsøre.

8.5.4 Panterett

Panteloven § 4-1 inneholder regler om pantsettelse av verdipapir. Med verdipapir skal man etter panteloven § 4-1 forstå omsetningsgjeldsbrev, dokumenter som kan likestilles med omsetningsgjeldsbrev og omsetningspapirer som representerer en andelsrett i et selskap, jf. panteloven § 4-1 annet ledd og punkt 8.5.2.¹⁵⁷¹

Det følger av panteloven § 4-1 at verdipapir kan pantsettes etter reglene for håndpant, jf. panteloven § 4-1. Det følger også av panteloven § 4-1 at reglene i panteloven § 3-2 annet til fjerde ledd får anvendelse ved pantsettelse av verdipapir.

Henvisningen til håndpantregelen i panteloven § 4-1 medfører at kreditorvern for pant i verdipapir fremskaffes ved å frata pantsetteren rådigheten over verdipapirene som skal pantsettes, se nærmere om håndpantkravet i punkt 8.3.2. Her kan det imidlertid skytes inn at noen verdipapirer er å regne som finansielle instrumenter som skal eller kan registreres i en verdipapirsentral. For de typene av finansielle instrumenter som skal registreres i en verdipapirsentral, må en eventuell panterettighet registreres for at kreditorvern skal etableres, jf. punkt 7.5.3 ovenfor.

¹⁵⁶⁹ Se i samme retning Marthinussen: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse av pantsettelse av panteretter» s. 115 hvor følgende fremgår: «Når retten er relativt svakt beskyttet uten overlevering, ettersom besittelse ved bruk av slike dokumenter står sentralt, kan det spørres om det ikke ved alle rettsstiftelser i verdipapir uansett må kreves at papiret overleveres til den som erverver denne rettigheten for at ervervet skal ha rettsvern.»

¹⁵⁷⁰ I motsatt retning, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 223-224.

¹⁵⁷¹ Dokumenter som kan likestilles med omsetningsgjeldsbrev kan være blant annet vekslar, sjekker og konnossementer, jf. Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 420.

8.6 Avsluttende refleksjoner

Løsørekjøpers kreditorvern er den mest diskuterte ulovfestede rettsvernsregelen i norsk rett. Overleveringsregelen er også et av de få eksemplene i norsk rett på en ulovfestet regel som *potensielt* oppstiller en ulovfestet rettsvernsakt som vilkår for kreditorvern.¹⁵⁷² Temaet illustrerer derfor hvordan ulovfestede kreditorvernregler kan dannes. Temaet har derfor en videre interesse enn den manglende avklaringen i rettspraksis skulle tilsi.

En generell diskusjon som kan fremheves avslutningsvis, er hvorvidt det er treffende å tale om overlevering som en ulovfestet rettsvernsakt. Som jeg har fremhevet i punkt 8.2.5, kan en overlevering tenkes å ha mange ulike funksjoner i en ulovfestet kreditorvernregel. Dersom det skal være treffende å tale om en ulovfestet rettsvernsakt, må gjennomføringen av overleveringen være et grunnleggende vilkår for å etablere kreditorvern. Et av kjennetegnene ved de lovfestede kreditorvernreglene er at de er positivrettslige. Adgangen til å oppstille unntak fra de lovfestede kreditorvernreglene er derfor begrenset. De lovfestede unntakene som faktisk eksisterer, har også en svært begrenset rekkevidde. Enkelte av de mest diskuterte unntakene fra overleveringsregelen har en såpass stor rekkevidde at grensen mellom hva som skal anses som hovedregelen, og hva som skal anses som unntaket, er svært uklar, se for eksempel punkt 8.2.7 og 8.2.12. Etter mitt skjønn kan det bidra til en viss forvirring å omtale overlevering som en ulovfestet rettsvernsakt, ettersom det kan gi indikasjoner på at overleveringskravet har et mer absolutt preg enn det er rettskildemessig dekning for å hevde.

For min egen del mener jeg det er mest hensiktsmessig å tolke overleveringskravet i lys av individualiseringsvilkåret, jf. punkt 8.2.8 og 8.2.9. Overlevering vil, i lys av individualiseringsvilkåret, ha funksjon som et viktig bevismoment som taler i favør av at en bindende individualisering har skjedd. Ved etablering av andre ulovfestede kreditorvernregler kan overføringsverdien av regelen om løsørekjøpers kreditorvern tenkes å være større dersom individualisering anses som det avgjørende vilkåret for å etablere kreditorvern. Det vil for en rekke formuesgoder være uaktuelt å oppstille overlevering som en ulovfestet rettsvernsakt, ettersom det ikke er alle formuesgoder som eksisterer i et fysisk eksemplar. Hensynene som har vært ført i favør et overleveringskrav vil da ha liten vekt, ettersom det ikke kan skapes notoritet og publisitet gjennom en overlevering. Et vilkår om bindende individualisering er, etter mitt skjønn, i tråd med utgangspunktet i dekningsloven § 2-2 og spesialitetsprinsippet: Kreditorne skal ikke få bedre rett enn debitor. Ettersom dekningsloven § 2-2 gjelder for alle kreditorbeslag,

¹⁵⁷² I samme retning, se Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213.

kan kanskje de overordnede betraktningene om individualiseringsvilkåret ved løsørekjøp ha overføringsverdi til drøftelser om kreditorenes beslagsadgang i et hvert tilfelle hvor det ikke foreligger en lovfestet kreditorvernregel. Riktig nok vil kravene til gjennomføringen av den bindende individualiseringen kunne være forskjellig for ulike formuesgoder. Det kan imidlertid tenkes at det er mulig å tilpasse kravet til gjennomføring av individualiseringen til det enkelte formuesgodet.

9 NOTIFIKASJON

9.1 Innledning

Den tredje rettsvernsakten som er tillagt rettsvernsvirkninger i norsk rett er notifikasjon. Med notifikasjon forstås at erverver etablerer kreditorvern gjennom å gi melding om overdragelsen til noen andre enn overdrageren, typisk en tredjeperson som påvirkes av overdragelsen.¹⁵⁷³ En notifikasjon kan *de facto* sørge for å etablere vern mot potensielle omsetningsserververe, selv om det ikke foreligger noen lovhjemmel som direkte tillegger notifikasjonen rettsvernsvirkninger. Dersom en omsetningsserverver gis beskjed om hvem som er riktig rettighetshaver i et formuesgode før sikringsakten er gjennomført, vil meldingen sørge for at omsetningsserverver ikke kan være i aktsom god tro om legitimasjonshavers rett. Notifikasjonen vil imidlertid ikke ha samme virkning overfor kreditorene ettersom god tro og legitimasjon ikke er relevante hensyn eller vilkår for kreditorkestinksjon, jf. punkt 2.1. Dersom en notifikasjon skal ha virkning overfor kreditorene, må notifikasjonen være tillagt rettsvernsvirkninger i loven.

Notifikasjon er bare lovfestet som rettsvernsakt noen få steder i loven. Notifikasjon som rettsvernsakt har størst betydning for enkle gjeldsbrev og muntlige fordringer, samlet omtalt som enkle fordringer.¹⁵⁷⁴ Vilkårene som stilles til notifikasjonens form og innhold følger av de enkelte reglene som oppstiller notifikasjon som rettsvernsakt.

Notifikasjon som rettsvernsakt har noen helt særegne trekk som skiller notifikasjon fra rettsregistrering og fysisk overlevering. Både rettsregistrering og fysisk overlevering er handlinger som gir konstaterbare utslag gjennom henholdsvis registerinnføringen og overleveringen. Ved bruk av notifikasjon som rettsvernsakt oppstår det ingen ytre konstaterbare utslag ved gjennomføringen av rettsvernsakten. I stedet søker notifikasjonen å oppnå en viss grad av notoritet og publisitet gjennom at en tredjepart trekkes inn som vitne for at en påstått disposisjon har skjedd.¹⁵⁷⁵ Det kan imidlertid ikke godtas at hvem som helst fungerer som vitne for at disposisjonen er reell. Debitor kunne i så tilfelle unndratt seg et kreditorbeslag gjennom å få en stråmann til å bekrefte at formuesgodet var overdratt til noen andre. Tredjeparten som skal være mottaker av varselet bør derfor ikke kunne utvelges av avtalepartene, og bør dessuten kunne vite hva notifikasjonen omhandler.

¹⁵⁷³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 169.

¹⁵⁷⁴ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 33.

¹⁵⁷⁵ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 169.

Notoriteten og publisiteten som fremskaffes gjennom notifikasjon er begrenset. *Lilleholt* omtaler dette på følgende måte:

«Notoriteten er nokså usikker og ikkje meir påliteleg enn tredjepersonen er. [...] Noko liknande kan vi seie om publisiteten. Den som vil gjera seg kjend med den eldre retten, må vende seg til skyldnaren eller samanslutninga og setje sin lit til at opplysningane er korrekte.»¹⁵⁷⁶

Det er en risiko for at *debitor cessus*' oppfatning av meldingen blir avgjørende for suksessors kreditorvern. Denne risikoen kunne potensielt vært avdempet gjennom at notifikasjonen måtte vært gitt skriftlig, alternativt at notifikasjonen måtte bekreftes skriftlig i etterkant av at den var gitt. Lovverket stiller imidlertid vanligvis ikke noe skriftlighetskrav til meldingen som må gis for å etablere kreditorvern. Notoriteten og publisiteten som skapes gjennom notifikasjon er dermed vesentlig mindre enn rettsregistrering, og muligens også overlevering.¹⁵⁷⁷

9.2 Enkle fordringer

9.2.1 Definisjon og lovregulering

Kapittel tre i gjeldsbrevloven inneholder regler om etablering av kreditorvern ved overdragelse av enkle gjeldsbrev, jf. gjeldsbrevloven § 24 første ledd første punktum. Enkle gjeldsbrev er dokumenter som tilfredsstillende vilkårene til å være et gjeldsbrev, men som ikke er å regne som et omsetningsgjeldsbrev, jf. punkt 8.5.2.¹⁵⁷⁸ Det er antatt at reglene i gjeldsbrevloven kapittel en og tre også må gjelde for muntlige fordringer. Muntlige fordringer er pengeforpliktelser som ikke knytter seg til gjeldsbrev, som for eksempel gjeld uten skriftlig grunnlag og alminnelige fakturaer.¹⁵⁷⁹ Antakelsen om at gjeldsbrevloven kapittel en og tre også gjelder for muntlige fordringer, har støtte i forarbeidene til gjeldsbrevloven, teori og høyesterettspraksis.¹⁵⁸⁰ Samlet omtales enkle gjeldsbrev og muntlige fordringer som enkle fordringer.¹⁵⁸¹

Enkle fordringer knytter seg, i likhet med for eksempel immaterielle rettigheter, ikke til noe fysisk objekt. Enkle fordringer kan komme til uttrykk i et skriftlig dokument, men adgangen til å søke dekning i formuesmassen til en bestemt skyldner er ikke avhengig av om fordringshaver besitter et fysisk gjeldsbrev. Av den grunn er det begrenset hvilke formuesrettigheter som kan stiftes i en enkel fordring. Det gir for eksempel ingen mening å stifte en bruksrett i en enkel fordring, og det kan også stilles spørsmål ved om terminologien eiendomsrett passer for fordringer, se punkt 8.5.1 og Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 62 med videre henvisninger. En fordring kan kanskje ses på

¹⁵⁷⁶ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 169.

¹⁵⁷⁷ I litt motsatt retning, Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 168.

¹⁵⁷⁸ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 31.

¹⁵⁷⁹ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 32-33.

¹⁵⁸⁰ Se blant annet Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 36-37, Andreassen: *Factoringpant* s. 114-116, NUT 1935:1 s. 16-17, Rt. 1957 s. 778 (Sirkusteltdommen) og Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans-dommen).

¹⁵⁸¹ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 32.

som en formuerett i seg selv. Den mest aktuelle rettigheten å etablere i en enkel fordring er, foruten «eiendomsretten» til fordringen, panterrettigheter.

Det kan diskuteres om alle reglene i gjeldsbrevloven kapittel en og tre ukritisk kan komme til analogisk anvendelse på alle muntlige fordringer.¹⁵⁸² I Rt. 1957 s. 778 la Høyesterett til grunn at gjeldsbrevloven § 29 annet ledd, som omhandler omsetningsekstinksjon av enkle gjeldsbrev, kom til anvendelse på muntlige fordringer.¹⁵⁸³ Gjeldsbrevloven § 29 første ledd omhandler etablering av kreditorvern. Høyesterett uttalte i Rt. 1957 s. 778 blant annet at:

«Når underretningen til skyldneren er avgjørende, bygges det på et ytre faktum som det er lettere å føre bevis for. Det er på den måten større mulighet for å unngå tvistigheter og antedaterte transporter.»

Hensynene som Høyesterett fremhever, gjør seg også gjeldende for spørsmålet om kreditorvern. Dette taler for at også gjeldsbrevloven § 29 første ledd kommer til anvendelse på muntlige fordringer. I tillegg vil det gi dårlig koherens dersom omsetningsekstinksjonsregelen i gjeldsbrevloven § 29 annet ledd gis analogisk anvendelse på muntlige fordringer, men ikke reglene om kreditorvern i gjeldsbrevloven § 29 første ledd. Jeg tar derfor i den videre fremstillingen utgangspunkt i at kreditorvernregelen i gjeldsbrevloven § 29 første ledd kommer til anvendelse på muntlige fordringer.

Det er særlig to forhold som gjør at notifikasjon kan være en egnet rettsvernsakt ved omsetning av enkle fordringer. For det første har *debitor cessus* en forholdsvis selvstendig stilling overfor *cedenten* og *cesjonaren*. *Debitor cessus* vil vanligvis ikke ha noen bindinger til *cedenten*, utover å skylde *cedenten* penger. Det vil som utgangspunkt være likegyldig for *debitor cessus* om pengene han eller hun skylder skal betales til *cedenten* eller *cesjonaren*. *Debitor cessus* har derfor ingen egeninteresse av å verne en eventuell konkursdebitor fra et kreditorbeslag. *Debitor cessus* vil også kjenne til eget skyldforhold, og vil derfor lett kunne gjøre seg kjent med innholdet i varselet. Det kan ikke forventes at *debitor cessus* kjenner til alle de enkelte rettsvirkningene som utløses gjennom notifikasjonen, men *debitor cessus* vil i det minste kunne identifisere hvilket skyldforhold varselet gjelder, og hvem som er ny kreditor.

For det andre eksisterer det ikke noe fysisk dokument som tillegges legitimasjonsvirkninger for enkle fordringer. Muntlige fordringer kan for eksempel være stiftet gjennom en muntlig

¹⁵⁸² Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 36, Kai Krüger: *Pengekrav*, 2. utgave, Bergen 1984 s. 15 (se særlig fotnote 1) og Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 49-50 med videre henvisninger.

¹⁵⁸³ Rt. 1957 s. 778 på s. 781-782.

forpliktelse.¹⁵⁸⁴ Sammenhengen mellom skyldkravet og det eventuelle dokumentet som gir uttrykk for skyldkravet er følgelig ikke like sterkt for enkle fordringer som for omsetningsgjeldsbrev. Av denne grunn egner ikke overlevering seg som rettsvernsakt for enkle fordringer. Heller ikke rettsregistrering egner seg som en rettsvernsakt for enkle fordringer, ettersom det ikke foreligger noe rettsregister for disse formuesgodene. Kreditorvern for utleggspant i enkle fordringer kan riktig nok etableres gjennom tinglysing på utleggsdebitors blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 5-7 sjette ledd, men registreringen vil ikke ha virkninger overfor en omsetningsserverver, jf. formuleringen «mot saksøktes kreditorer». I mangel av andre alternative rettsvernsakter kan kanskje notifikasjon fremstå som det beste tilgjengelige alternativet.

9.2.2 Innhold

Utgangspunktet etter gjeldsbrevloven § 29 første ledd er at erverver av et enkelt gjeldsbrev etablerer kreditorvern når *debitor cessus* har fått «melding om avhendinga frå mottakaren eller avhendaren.» Det fremgår ikke av bestemmelsen om det stilles noen krav til meldingens form eller innhold. Det kan derfor vanskelig utledes noen spesifikke formkrav til varselet etter gjeldsbrevloven § 29. Bestemmelsen må imidlertid leses i lys av prinsippet om spesialitet, jf. punkt 5.3.5. Det kan ikke tillates at *cesjonaren* får en separatistrett til en enkel fordring dersom *cesjonaren* ikke kan identifisere hvilken fordring som er ervervet. Meldingen som gis til *debitor cessus* må derfor identifisere hvilket krav som er overdratt, hvem som har overdratt kravet og hvem som er ny kreditor for kravet.¹⁵⁸⁵

Det kan ikke stilles krav til at *debitor cessus* har fått positiv kunnskap om innholdet i varselet. Rettsvirkningene av varselet vil utløses når varselet har kommet frem til *debitor cessus*.¹⁵⁸⁶ Dersom det stilles krav til at *debitor cessus* har fått positiv kunnskap til varselet, kan det oppstå en situasjon hvor handlingene til *debitor cessus* avgjør hvorvidt *cesjonaren* kan etablere kreditorvern. Det kan innvendes at gjeldsbrevloven § 29 på dette punkt skiller seg fra øvrige kreditorvernregler. Norsk rett kjenner flere kreditorvernregler som krever at utenforstående tredjeparter foretar seg noe for at suksessor skal kunne etablere kreditorvern. Regler om rettsregistrering kan være et eksempel. Ofte vil ikke selve registreringen kunne skje uten bistand fra en registerfører. Det er imidlertid en vesentlig forskjell på rollen til en registerfører og *debitor cessus*. Registerfører er forpliktet etter loven til å registrere det innsendte dokumentet,

¹⁵⁸⁴ Bergsåker: *Pengekravsrett* s. 32-33.

¹⁵⁸⁵ Krüger: *Pengekrav* s. 124 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 744.

¹⁵⁸⁶ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s 744 og Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* s. 88.

forutsatt at dokumentet oppfyller lovens formkrav, jf. for eksempel tinglysningsloven § 7. *Debitor cessus* er ikke forpliktet til å gjøre seg kjent med innholdet i meldingen som er gitt av *cedenten* eller *cesjonaren*. Det er derfor naturlig at det ikke kan stilles krav om at *debitor cessus* må ha fått positiv kunnskap om varselet for at kreditorvern skal anses etablert.

Rt. 1997 s. 1050 er likevel et eksempel på en situasjon hvor utenforstående tredjeparts handlinger medførte at suksessor ikke fikk etablert kreditorvern. Saken omhandlet realregistrerbare aksjer, og rettsvernsakten var følgelig ikke notifikasjon. Som fremhevet i punkt 5.2.2 hadde debitor og suksessor gjort det de kunne for å etablere kreditorvern for eiendomsrettigheter i realregistrerbare aksjer som skulle overdras til erververs VPS-konto. Bakgrunnen for at de ervervede aksjene ikke ble registrert på erververs VPS-konto var at debitors kontofører nektet å overføre aksjene. Det var ikke tvilsomt at det var rettsstridig av kontofører å nekte å registrere aksjene på erververs VPS-konto. Likevel konkluderte Høyesterett med at suksessor ikke hadde etablert kreditorvern i tråd med den daværende VPS-loven § 5-3. Etter mitt skjønn bør ikke suksessor bære ekstinksjonsrisikoen for rettsstridige handlinger fra kontoførers side. Det er på denne bakgrunn at jeg er kritisk til begrunnelsen og resultatet i Rt. 1997 s. 1050, jf. punkt 10.2.

Kai Krüger har drøftet om notifikasjonen må være gitt senest dagen før et eventuelt kreditorbeslag for at suksessor skal være vernet, tilsvarende reglene i tinglysningsloven §§ 20 og 23.¹⁵⁸⁷ Gjeldsbrevloven § 29 inneholder ingen forutsetninger om at kreditorvern må være etablert senest dagen før kreditorbeslaget. Det gjeldsbrevloven § 29 bestemmer er at en avhendelse av et enkelt gjeldsbrev «gjeld [...] berre mot kravsmennene til avhendaren når skyldnaren har fått melding om avhendinga [...]». Det følger spesifikt av bestemmelsen at ervervet kan gjøres gjeldende mot kreditorene «når skyldnaren har fått melding om avhendinga», uten at det sies noe om at meldingen må være gitt dagen før kreditorbeslaget. Dersom en rettsvernsregel skal gi kreditorene en ekstra tidsprioritet, må det foreligge hjemmel for det. Bestemmelsen i gjeldsbrevloven § 29 åpner derfor for en sekundstrid mellom suksessor og kreditor. Dersom *cedenten* eller *cesjonaren* har gitt melding til *debitor cessus* om overdragelsen sekunder før kreditorbeslaget, vil *cesjonarens* erverv stå seg overfor et eventuelt kreditorbeslag hos *cedenten*.¹⁵⁸⁸

9.2.3 Pant i enkle fordringer

Gjeldsbrevloven § 29 omhandler avhendelse av enkle gjeldsbrev. Bestemmelsen hjemler derfor ikke adgangen til å pantsette enkle fordringer, noe som var et bevisst valg fra departementets side ved utarbeidelse av gjeldsbrevloven.¹⁵⁸⁹ Dette ble begrunnet med en frykt for at en pantsettelsesadgang ville være skadelig for personalkreditten.¹⁵⁹⁰ Omgåelser av dette pantsettelsesforbudet ble forsøkt gjennom bruk av såkalt «sikringscesjon».¹⁵⁹¹ Adgangen til å

¹⁵⁸⁷ Krüger: *Pengekrav* s. 124.

¹⁵⁸⁸ Krüger konkluderer også med dette, se *Pengekrav* s. 124.

¹⁵⁸⁹ Ot.prp.nr. 38 (1938) s. 5-6.

¹⁵⁹⁰ Krüger: *Pengekrav* s. 125 med videre henvisninger.

¹⁵⁹¹ Se Krüger: *Pengekrav* s. 125 for en nærmere gjennomgang av praksisen rundt sikringscesjon.

pantsette enkle fordringer er nå hjemlet i panteloven § 4-4. Det følger av denne bestemmelsen at enkle pengekrav mot navngitt skyldner kan pantsettes. Rettsvernsakten for slike pantsettelse er at «skyldneren får melding om pantsettelsen, enten fra pantsetteren eller fra panthaveren», jf. panteloven § 4-5 første ledd første punktum. Det følger videre av panteloven § 4-5 første ledd annet punktum at panteloven § 1-4 ikke gjelder ved pantsettelse av enkle pengekrav. Henvisningen til panteloven § 1-4 gjør at pantekravets størrelse ikke må oppgis for at rettsvern skal kunne etableres for panterettigheten. Bakgrunnen for at pantekravets størrelse ikke må beløpsmessig avgrenses, er at meldingen til *debitor cessus* medfører en tilstrekkelig spesialisering av pantekravet.¹⁵⁹²

Kreditorvern for utleggspant i enkle pengekrav kan etableres på to måter. Den første måten er notifikasjon til *debitor cessus*, jf. panteloven § 5-7 femte ledd. Notifikasjon kan gis av panthaveren (utleggstaker), utleggsdebitor eller namsmyndigheten, jf. panteloven § 5-11. Ved avslutningen av utleggsforretningen skal namsmannen underrette *debitor cessus* og forby «denne å betale eller yte til saksøkte», jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-20 åttende ledd.

Den andre måten kreditorvern for utlegg i enkle fordringer kan etableres på, er gjennom tinglysning på utleggsdebitors blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 5-7 sjette ledd. Notifikasjon og tinglysning i Løsøreregisteret er to alternative måter å etablere kreditorvern på, og ikke kumulative vilkår for å etablere kreditorvern. Det er likevel verdt å bemerke at det bare er kreditorvern som etableres gjennom registrering i Løsøreregisteret, og ikke vern mot godtroekstinksjon. Dersom utleggstaker ønsker å oppnå vern mot godtroekstinksjon, må derfor notifikasjon gis til *debitor cessus*.

9.3 Aksjer

9.3.1 Varslingsregler som ikke samsvarer med gjeldsbrevloven?

Reglene om etablering av kreditorvern i aksjer som er tilknyttet aksjeselskaper (AS), følger av aksjeloven og verdipapirsentralloven. Dersom aksjene er registrert i VPS-registeret, er det reglene om rettsregistrering i verdipapirsentralloven som avgjør hvordan kreditorvern etableres, jf. punkt 7.5.3. I de tilfellene aksjene ikke er registrert i VPS-registeret, er det aksjelovens regler som avgjør hvordan kreditorvern etableres. Rettsvernsakten for å etablere kreditorvern i aksjer som ikke er registrert i VPS-registeret er notifikasjon, jf. aksjeloven § 4-8 annet ledd, jf. panteloven § 4-2a annet ledd første punktum (avtalepant) og aksjeloven § 4-13 tredje ledd

¹⁵⁹² Ot.prp.nr. 39 (1977-1978) s. 79.

(ervert av aksjer). I teorien fastslås det vanligvis kort at kreditorvernreglene for aksjer som ikke er registrert i VPS-registeret, tilsvarer kreditorvernreglene som gjelder for enkle fordringer.¹⁵⁹³ I den videre drøftelsen tar jeg utgangspunkt i aksjeloven § 4-13 tredje ledd. De samme betraktningene som fremheves om etablering av kreditorvern ved *kjøp* av aksjer etter aksjeloven § 4-13 tredje ledd, vil ha overføringsverdi til etablering av kreditorvern for *avtalepant* etter aksjeloven § 4-8 annet ledd. Rettsvernsakten som aksjeloven oppstiller, er den samme i begge bestemmelsene.

Tidligere var reglene om kreditorvern i aksjer knyttet til aksjebrev som ble utstedt ved ervert av aksjene. Aksjebrevene var tillagt negotiabilitetsvirkninger.¹⁵⁹⁴ Reglene om aksjebrev ble imidlertid fjernet i aksjeloven fra 1997, og nye regler om notifikasjon kom til. I forarbeidene til aksjeloven ble det uttalt at reglene om notifikasjon som rettsvernsakt i aksjeloven § 4-13 tilsvarte bestemmelsen i gjeldsbrevloven § 29 første ledd.¹⁵⁹⁵ Det foreligger imidlertid enkelte særregler i aksjeloven som gjør det nødvendig å drøfte om, og eventuelt hvilke, form- og innholdskrav som kan stilles til varselet.

Det er aksjeselskapet som må varsles om overdragelsen av ervertveren eller avhenderen, jf. aksjeloven § 4-13 tredje ledd. Aksjeloven § 4-13 tredje ledd inneholder ingen ytterligere beskrivelse av hvem som skal varsles eller hvilken form som skal være på varselet. Øvrige regler i aksjeloven kan imidlertid synes å supplere aksjeloven § 4-13 tredje ledd på dette punkt.

Etter aksjeloven § 4-12 er det ervertveren av aksjen som skal sende notifikasjon om at aksjene er overdratt til selskapet.¹⁵⁹⁶ Det fremgår av lovteksten i aksjeloven § 4-13 tredje ledd at kreditorvern også kan etableres gjennom melding fra avhenderen. Aksjeloven § 4-13 følger dermed mønsteret i gjeldsbrevloven § 29 på dette punkt.

Det følger videre av aksjeloven § 4-7 annet ledd at dersom aksjeselskapet blir kjent med en aksjeoverdragelse «på annen måte» enn gjennom melding fra ny eier, «skal dette anmerkes i aksjeeierboken, så vidt mulig med opplysning om ervertverens navn og adresse». Aksjeloven § 4-7 annet ledd handler om innføring i aksjeeierboken, og ikke etablering av kreditorvern. Innføring i aksjeeierboken er ikke et vilkår for å etablere kreditorvern i aksjer. Likevel åpner bestemmelsen for at aksjeselskapet kan få informasjon om en aksjeoverdragelse fra andre enn

¹⁵⁹³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 317 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett* s. 773 og Mads Henry Andenæs: *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave ved Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen, Oslo 2016 s. 159.

¹⁵⁹⁴ NOU 1996:3 s. 119.

¹⁵⁹⁵ NOU 1996:3 s. 120.

¹⁵⁹⁶ Mads Henry Andenæs: *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave s. 159.

erhverver. Spørsmålet er derfor om innføring i aksjeboken i henhold til aksjeloven § 4-7 annet ledd kan tillegges rettsvernsvirkninger.

Aksjeloven § 4-7 annet ledd går lengre enn gjeldsbrevloven § 29, ettersom aksjeselskapets plikt til å innføre overdragelsen i aksjeboken kan utløses uavhengig av hvem informasjonen om aksjeoverdragelsen har kommet fra. Det er videre uvanlig at kreditorvern kan etableres av noen som ikke berøres av rettighetsstiftelsen. Det er for eksempel et vilkår for tinglysing at grunnbokshjemmelshaver har innsendt dokumentet som skal tinglyses, alternativt at grunnbokshjemmelshaver har samtykket til tinglysingen, jf. tinglysingsloven § 13 første ledd. Hensynet til koherens taler derfor mot at kreditorvern kan etableres gjennom at aksjeselskapet mottar melding om overdragelsen eller pantsettelsen fra andre enn avhender eller erverver. Det kan også stilles spørsmål ved hvor ofte det vil settes på spissen at aksjeselskapet får melding om aksjeoverdragelsen fra andre enn avhender eller erverver. På denne bakgrunn etableres bare kreditorvern dersom erververen eller avhenderen har gitt aksjeselskapet melding om aksjeoverdragelsen.

Jeg har nå sett på *hvem* som må sende meldingen til aksjeselskapet. Aksjeloven inneholder imidlertid også regler om *hvor* og *hvordan* meldinger skal adresseres til aksjeselskapet. Disse reglene følger av aksjeloven § 1-7 annet ledd. Bestemmelsen sier at «aksjeeiernes meldinger mv. til selskapet etter denne loven kan alltid sendes til selskapets forretningsadresse, og til digital adresse og postadresse som selskapet har oppgitt». Aksjeloven § 1-7 ble innført 1. juli 2017 etter en lovendring. Dersom erververen eller avhenderen av en aksje har varslet selskapet om overdragelsen i henhold til aksjeloven § 1-7 annet ledd, vil varselet utvilsomt oppfylle kravet til adressat i aksjeloven § 1-7 annet ledd. Det er likevel usikkert om varsel etter aksjeloven § 4-13 tredje ledd kan gis på andre måter enn de som er nevnt i aksjeloven § 1-7 annet ledd, for eksempel gjennom muntlig varsel til ett av styrets medlemmer.

I forarbeidene til aksjeloven § 1-7 drøftes regler om kommunikasjon mellom aksjonærene og aksjeselskapet. Følgende fremgår av forarbeidene:

«Når det gjelder aksjonærenes adgang til å sende meldinger til aksjeselskap, foreslår utvalget å begrense aksjonærenes valg av kommunikasjonsmetode i noe større grad enn hva som gjelder for selskapets adgang til å velge kommunikasjonsmetode.

Etter utvalgets syn bør selskapet kunne bestemme hvilken kommunikasjonsmetode som skal benyttes. Selskapets adgang til å bestemme kommunikasjonsmetode må likevel ikke være til hinder for at meldinger kan 'gis på en allment tilgjengelig måte'. Selskapet

kan for eksempel ikke avskjære meldinger på e-post. Utvalget foreslår at regler om aksjonærenes adgang til å gi meldinger mv. til aksjeselskap inntas i lovbestemmelsen om selskapets adgang til å gi meldinger mv. til aksjonærene, jf. forslaget til ny § 1-6.»¹⁵⁹⁷

Departementet mente at utvalgets forslag om å gi aksjeeiernes adgang til å gi varsler på «allment tilgjengelig måte» var for vid, selv om departementet var enig i at det skulle være en snever adgang for aksjeselskapet å avskjære meldinger fra aksjeeiere.¹⁵⁹⁸ Det ble fremhevet at ordlyden «allment tilgjengelig måte» kunne føre til en rekke grensetilfeller hvor det var uklart om melding til aksjeselskapet var gitt, for eksempel dersom melding var gitt gjennom en kommentar på sosiale medier.¹⁵⁹⁹ Dette kunne føre til rettsstvister, noe departementet ville unngå.¹⁶⁰⁰ Departementet konkluderte derfor på følgende måte:

«Departementet mener det er tilstrekkelig at aksjeeierne kan benytte ordinær post og e-post, samt eventuelle andre tilgjengelige elektroniske meldingskanaler selskapet har åpnet opp for dette formål.»¹⁶⁰¹

Det ble i tillegg fremhevet at aksjeselskapet selv kunne oppfordre aksjeeierne til å benytte andre kommunikasjonsformer enn epost og brevpost, uten at det ble ansett nødvendig å ha en bestemmelse om dette.¹⁶⁰²

Uttalelsene i forarbeidene synes å forutsette at varsler som gis til aksjeselskapet fra aksjeeiere på andre måter enn de som nevnes i aksjeloven § 1-7 annet ledd, ikke vil utløse de rettsvirkningene som varselet skal gi, med mindre aksjeselskapet selv har åpnet for andre kommunikasjonsformer. Dersom aksjeloven § 1-7 annet ledd forstås på denne måten, må erverver av en rettighet i en aksje gi et skriftlig varsel per epost eller brev til aksjeselskapet for å være sikker på at kreditorvern etableres etter aksjeloven § 4-13 tredje ledd. Forarbeidene til aksjeloven understøtter også at aksjeloven § 4-13 må ses i lys av reglene om varsling etter aksjeloven § 1-7. I forarbeidene sies det blant annet at aksjeloven § 4-12 er et eksempel på et varsel som aksjonærer må sende til selskapet etter varslingsreglene i aksjeloven § 1-6 (som senere ble endret til aksjeloven § 1-7 av departementet).¹⁶⁰³ Aksjeloven § 4-12 har en nær

¹⁵⁹⁷ NOU 2016:22 Aksjelovgivning for økt verdiskapning s. 46.

¹⁵⁹⁸ Prop.112 L (2016-2017) s. 40.

¹⁵⁹⁹ Prop.112 L (2016-2017) s. 40.

¹⁶⁰⁰ Prop.112 L (2016-2017) s. 40.

¹⁶⁰¹ Prop.112 L (2016-2017) s. 40.

¹⁶⁰² Prop.112 L (2016-2017) s. 40.

¹⁶⁰³ NOU 2016:22 s. 43.

sammenheng med aksjeloven § 4-13. Det følger av aksjeloven § 4-12 at erverver skal gi melding til aksjeselskapet ved en aksjeoverdragelse straks etter at ervervet har funnet sted. Aksjeloven § 4-12 gir ikke hjemmel for å etablere kreditorvern ved erverv av aksjer, ettersom hjemmelen for etablering av kreditorvern er aksjeloven § 4-13 tredje ledd. Aksjeloven § 4-13 tredje ledd kan imidlertid ses på som en presisering av hvilke rettsvirkninger som utløses etter at en melding er gitt i henhold til aksjeloven § 4-12. Slik jeg ser det synes derfor forarbeidene til aksjeloven å forutsette at meldinger om overdragelser ikke vil etablere kreditorvern dersom meldingen er gitt til aksjeselskapet på en måte som ikke er nevnt i aksjeloven § 1-7 annet ledd.

Dersom meldingen fra overdrager eller aksjeerhverver må tilfredsstille formkravene i aksjeloven § 1-7 for at kreditorvern skal etableres, vil ikke notifikasjonsreglene i aksjeloven samsvare med notifikasjonsreglene i gjeldsbrevloven § 29 første ledd. Etter gjeldsbrevloven § 29 første ledd stilles det ikke noen formkrav til varselet som må gis *debitor cessus* for å etablere kreditorvern i enkle fordringer. En slik uoverensstemmelse mellom notifikasjonsreglene i aksjeloven og gjeldsbrevloven står i strid med forarbeidsuttalelsen i aksjeloven, hvor det forutsettes at reglene i aksjeloven tilsvarer gjeldsbrevloven § 29 første ledd.¹⁶⁰⁴ Denne forarbeidsuttalelsen ble imidlertid gitt i forkant av innføringen av aksjeloven § 1-7. Dette kan tale for at forarbeidsuttalelsen om at aksjelovens kreditorvernregler tilsvarer gjeldsbrevloven § 29 første ledd, bør tillegges mindre vekt.

Videre kan de legislative hensynene som ligger til grunn for aksjeloven § 4-13 tredje ledd tale for at det bør oppstilles et skriftlighetskrav til notifikasjonen. Kreditorvernreglene skal bidra til å bringe klarhet i rettighetsforholdene rundt aksjene. Det er derfor lite ønskelig med kreditorvernregler som åpner for skjønn og rettsvister. Dersom notifikasjonen må gis skriftlig, vil dette bidra til å styrke notoriteten og publisiteten til varselet. Skriftlighetskravet vil gjøre det enklere å bevise at aksjeselskapet har mottatt en melding om overdragelse av aksjene. Det kan heller ikke karakteriseres som særlig byrdefullt for erverver å måtte varsle om aksjeervervet per epost eller brev, noe som gjør at et skriftlighetskrav neppe vil virke hemmende på aksjehandelen.¹⁶⁰⁵

For min egen del synes jeg hensynene til notoritet og publisitet taler for at varsel om aksjeoverdragelse må gis per epost eller post fra avhenderen eller erververen for at kreditorvern skal etableres, alternativt på annen måte som aksjeselskapet har åpnet for. Uansett burde

¹⁶⁰⁴ NOU 1996:3 s. 120.

¹⁶⁰⁵ Prop.112 L (2016-2017) s. 40.

ordlyden i aksjeloven § 4-13 tredje ledd endres i lys av innføringen av aksjeloven § 1-7. Bakgrunnen for at ordlyden i aksjeloven § 4-13 tredje ledd bør endres, er at gjeldsbrevloven § 29 ikke inneholder noen spesifikke krav til hvor og hvordan adressaten av varselet skal motta notifikasjonen. Den nære sammenhengen mellom aksjeloven § 4-13 tredje ledd og gjeldsbrevloven § 29 medfører at aksjeloven § 4-13 tredje ledd bør oppklare hvordan bestemmelsen forholder seg til aksjeloven § 1-7. For å unngå uklarheter bør aksjeloven § 4-13 tredje ledd presisere hvor og hvordan varselet skal gis til aksjeselskapet, eventuelt gjennom en henvisning til aksjeloven § 1-7.

9.3.2 Utlegg i aksjer

Kreditorvern for utleggspant i aksjer som ikke er registrert i VPS-registeret kan etableres gjennom melding til aksjeselskapet, jf. panteloven § 5-7 tredje ledd, med henvisning til panteloven § 4-2a annet ledd. Kreditorvern kan også etableres gjennom registrering på saksøktes blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 5-7 sjette ledd. Registrering i Løsøreregisteret vil ikke beskytte kreditorene mot omsetningsekstinksjon, jf. formuleringen «får utlegget rettsvern mot saksøktes kreditorer» i panteloven § 5-7 sjette ledd, jf. panteloven § 1-2 fjerde ledd. Varselet kan gis til aksjeselskapet av utleggstaker, utleggsdebitor og namsmannen, jf. panteloven § 5-11. Namsmannen skal sørge for at aksjeselskapet gis et varsel om utlegget i etterkant av utleggsforretningen, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-20 femte ledd. Utleggsreglene samsvarer derfor i stor grad med de utleggsreglene som gjelder for enkle fordringer, foruten at varselet må sendes til aksjeselskapet og ikke *debitor cessus*, jf. punkt 9.2.3.

9.4 Kort om øvrige notifikasjonsregler

9.4.1 Panterettigheter i løsøre som befinner seg hos andre enn pantsetter

Panteloven inneholder en begrenset åpning for at kreditorvern for panterettigheter i løsøre kan etableres gjennom notifikasjon. Panteloven § 3-2 tredje ledd regulerer tilfeller hvor panteobjektet befinner seg hos noen andre enn pantsetteren på pantsettelsestiden. I disse tilfellene etablerer panthaveren kreditorvern gjennom at «besitteren [av løsøreobjektet] har fått melding om pantsettelsen og om at eieren ikke har rett til å råde over pantet». Rettsvernsakten etter panteloven § 3-2 tredje ledd er følgelig notifikasjon. Tilsvarende gjelder også ved pantsettelse av verdipapir og innløsningspapir, jf. panteloven §§ 4-1 første ledd og 4-2 annet ledd, med henvisninger til blant annet panteloven § 3-2 tredje ledd.¹⁶⁰⁶

¹⁶⁰⁶ Ved pantsettelse av innløsningspapirer er det et tilleggsvilkår at den forpliktete etter kravet får melding om pantsettelse, jf. panteloven § 4-2 annet ledd første punktum.

Panteloven § 3-2 tredje ledd stiller ingen formkrav til meldingen som må gis til besitteren av pantobjektet. Det er derfor ikke nødvendig at meldingen er skriftlig, selv om dette kan være å foretrekke av bevismessige hensyn. Ordlyden i panteloven § 3-2 tredje ledd krever imidlertid at besitteren får beskjed om at pantsetter «ikke har rett til å råde over pantet». Det er følgelig ikke tilstrekkelig at besitteren får beskjed om at en panterett er etablert i løsøreobjekten til fordel for panthaver. Bakgrunnen for at besitteren også må få beskjed om at pantsetter ikke kan råde over panteobjektet, kan søkes i hensynene bak panteloven § 3-2. Reglene i panteloven § 3-2 skal sørge for at pantsetter effektivt fratras rådigheten av panteobjektet, jf. punkt 8.3.2. Rådigheten til panthaver vil ikke gå tapt dersom besitter av pantobjektet kan instrueres av pantsetter. Meldingen må derfor sørge for å frata pantsetteren muligheten til å instruere besitteren til å levere tilbake pantobjektet. Det vil heller ikke anses som et rådighetstap dersom tredjemann som sitter med panteobjektet ikke har en selvstendig stilling overfor pantsetteren.¹⁶⁰⁷

Som nevnt i punkt 9.1 har notifikasjonen vanligvis ikke til formål å frata noen rett til å råde over formuesgodet. På dette punkt skiller dermed panteloven § 3-2 tredje ledd seg fra øvrige notifikasjonsregler. Bakgrunnen for at panteloven § 3-2 tredje ledd skiller seg fra øvrige notifikasjonsregler kan søkes i hvilket formuesgode som rettighetshaver skal etablere kreditorvern i. Enkle fordringer trenger ikke eksistere som fysiske objekter. Faren for at pantsetter kan skaffe seg legitimasjon gjennom å instruere tredjemann om å levere tilbake formuesgodet, er ikke så stor for enkle fordringer som for løsøre. Av denne grunn er det viktigere å føre en sterk kontroll over tredjemanns legitimasjon ved pantsettelse av løsøre enn ved pantsettelse av enkle fordringer.

9.4.2 Adkomstdokumenter til leierett eller borettil husrom

Panteloven inneholder en særegen regulering om adgangen til å pantsette dokumenter som «representerer en leierett eller borettil husrom knyttet til en overførbar fordring på utleieren eller en andelsrett i et selskap, unntatt borettslagsandel som er registrert i grunnboken», jf. panteloven § 4-3 annet ledd. Bestemmelsen er ment å ramme tilfeller hvor fordringen og leie- eller boretten er så nært sammenknyttet at de ikke kan overdras uavhengig av hverandre.¹⁶⁰⁸ Eksempler på slike adkomstdokumenter er aksjeleiligheter og obligasjonsleiligheter.¹⁶⁰⁹ Slike panterettigheter får kreditorvern «ved at det gis melding om pantsettelsen til vedkommende

¹⁶⁰⁷ Brækhus: *Omsetning og kreditt* 2 s. 72 og Skoghøy: *Panterett* s. 189.

¹⁶⁰⁸ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 440 og Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 342.

¹⁶⁰⁹ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 342.

utleier eller selskap», jf. panteloven § 4-3 tredje ledd første punktum. Kreditorvern for utleggspant kan etableres gjennom både notifikasjon og tinglysing på saksøktes blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 5-8 med videre henvisninger. Ved avslutningen av utleggsforretning skal namsmannen gi notifikasjon om utlegget til utleier eller selskapet, samt ta det fysiske adkomstdokumentet i sin forvaring, eventuelt frata saksøkte rådigheten over dokumentet på de måtene som oppstilles i panteloven § 3-2 annet og tredje ledd, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-20 syvende ledd.

Det følger av ordlyden i panteloven § 4-3 annet ledd at fordringer som knytter seg til en leie- eller borettsrett må være «overførbar». Med det menes at dersom panteobjektet realiseres, må fordringen kunne overføres til et nytt rettssubjekt uten samtykke fra *debitor cessus*.¹⁶¹⁰ Det sies i forarbeidene at «man dessuten [unngår] vanskelighetene med å avgrense de forskjellige dokumenter mot hverandre for å iverksette riktig rettsvernakt».¹⁶¹¹ Hvilken rettslig karakteristik som tillegges fordringen, er dermed uten betydning for anvendelsen av paragrafen. Det innebærer at fordringen kan være utformet som et omsetningsgjeldsbrev, enkel fordring, aksje m.m.¹⁶¹² Rettsvernsakten for pantsattelsen vil uansett være notifikasjon.

Det må bemerkes at bestemmelsen i panteloven § 4-3 kun omhandler pantsattelse av adkomstdokumenter. Kreditorvern ved overdragelse av slike dokumenter vil fortsatt måtte følge rettsvernsakten som gjelder for den fordringstypen som gir uttrykk for leie- eller borettsretten.

9.4.3 Medlemskap i samvirkeforetak

Ved etablering av kreditorvern for medlemskap i et samvirkeforetak må det sondres mellom to ulike typer medlemskap: Realmedlemsskap og personlige medlemskap. Med realmedlemsskap forstås at et medlemskap i et samvirkeforetak er knyttet til en fast eiendom. I disse tilfellene følger medlemskapet sammen med eiendommen.¹⁶¹³ For avtalepantsettelse av medlemskap innebærer dette at kreditorvern for panterettigheten etableres ved tinglysing på eiendommen som medlemskapet er tilknyttet, jf. samvirkeforetaksloven § 21 annet ledd tredje punktum. Det samme er tilfellet for utleggspant, jf. panteloven § 5-2 annet ledd. Ved overdragelse av medlemskap som er knyttet til fast eiendom, vil medlemskapet kunne tinglyses på den faste eiendommen. Medlemskapet vil da følge med som en del av grunnbokshjemmelen. Suksessor

¹⁶¹⁰ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 441.

¹⁶¹¹ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 342.

¹⁶¹² Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 441.

¹⁶¹³ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 436.

trenger ikke tinglyse særskilt overdragelsen av medlemskapet dersom medlemskapet følger med grunnbokshjemmelen til den faste eiendommen.¹⁶¹⁴

Adgangen til å omsette eller pantsette personlige medlemskap i samvirkeforetak, er begrenset. Adgangen må vedtektsfestes, og en eventuell overdragelse eller pantsettelse forutsetter samtykke fra styret, daglig leder eller andre som vedtektene utpeker til å være samtykkekompetent, jf. sameieloven § 20 annet ledd første punktum. Dersom vedtektene har åpnet for overdragelse og/eller pantsettelse, etableres kreditorvern for panterettigheter gjennom notifikasjon til samvirkeforetaket, jf. samvirkeoven § 21 annet ledd første punktum, jf. panteloven § 4-2b første punktum. Det stilles ingen formkrav til notifikasjonen. Både muntlige og skriftlige meldinger må følgelig godtas.¹⁶¹⁵ Søknad om samtykke til pantsettelse kan tenkes å oppfylle kravet til notifikasjon, så lenge partene allerede har inngått en avtale om pantstiftelsen på tidspunktet meldingen sendes.¹⁶¹⁶ Notifikasjonen må imidlertid sørge for at mottaker kan identifisere hvilken sameieandel som pantsettes og hvem andelen er pantsatt til, jf. punkt 5.3.5.¹⁶¹⁷

Kreditorvern for utleggspant i et samvirkeforetak etableres også gjennom notifikasjon, jf. panteloven § 5-7 fjerde ledd med henvisning til panteloven § 4-2b. Når det tas utleggspant i medlemskap i et samvirkeforetak, kan det stilles spørsmål ved om det må foreligge samtykke for å stifte utleggspantet. Et slikt krav til samtykke ville klart nok vanskeliggjort enkeltsøkende kreditors adgang til å ta utlegg i medlemskap i samvirkeforetaket etter panteloven § 5-7 fjerde ledd. Et vesentlig poeng ved et utlegg er at det kan tas ved tvang. Det må derfor være klart at det ikke gjelder noe samtykkekrav ved stiftelse av utleggspant i samvirkemedlemskap, noe som også er lagt til grunn i lovens forarbeider.¹⁶¹⁸

Det foreligger ingen lovregler i samvirkeoven om hvordan kreditorvern etableres ved overføring av medlemskap til et samvirkeforetak.¹⁶¹⁹ Spørsmålet er derfor når suksessor er vernet mot selgers kreditorer. Spørsmålet har ikke vært gjenstand for grundige drøftelser, men er berørt av *Tore Fjørtoft*. *Fjørtoft* mener spørsmålet er «om ervervaren oppnår rettsvern ved avtaleinngåinga, ved melding til foretaket eller ved innføring i medlemsregisteret».¹⁶²⁰ *Fjørtoft* avviser at innføring i medlemsregisteret kan etablere kreditorvern, ettersom samvirkeoven ikke

¹⁶¹⁴ Tore Fjørtoft: *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak*, Oslo 2014 s. 345.

¹⁶¹⁵ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 437.

¹⁶¹⁶ Ot.prp.nr. 21 (2006-2007) s. 260.

¹⁶¹⁷ Skoghøy: *Panteloven med kommentarer* s. 437.

¹⁶¹⁸ Ot.prp.nr. 21 (2006-2007) s. 260.

¹⁶¹⁹ Fjørtoft: *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 336 og Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 321.

¹⁶²⁰ Fjørtoft: *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 336.

har tillagt registrering noen rettsvirkninger.¹⁶²¹ På dette punkt er jeg enig med *Fjørtoft*. Dersom et register skal tillegges rettslig troverdighet, vil det stille krav til hvordan registerføring gjennomføres og kvalitetssikres. Avveininger om et register skal tillegges rettslig troverdighet, bør overlates til lovgiver. Det kan dessuten være problematisk opp mot EMK P1-1 å tillegge et register rettslig troverdighet på ulovfestet grunnlag, jf. punkt 6.4.2 og 6.4.4.

Fjørtoft avviser også at kreditorvern kan oppnås ved avtalen. Dette begrunner han kort med at avtalen «gir liten notoritet og publisitet».¹⁶²² *Fjørtoft* mener derfor kreditorvern etableres gjennom notifikasjon om overdragelsen til foretaket. Dette begrunnes med at notifikasjon bidrar til en viss grad av notoritet og koherens, ettersom notifikasjon også er rettsvernsakten ved pantsetting.¹⁶²³ *Lilleholt* har også kort konkludert i samme retning.¹⁶²⁴

For min egen del er jeg usikker på om det er grunnlag for å oppstille notifikasjon som en ulovfestet rettsvernsakt ved overdragelse av medlemskap. Dersom lovgiver hadde ment at notifikasjon skulle vært rettsvernsakten for overdragelse av medlemskap, ville det vært naturlig at dette ble lovfestet, slik tilfellet er for pantsettelse, jf. samvirkeoven § 21 annet ledd første punktum. Et medlemskap kan uansett ikke overdras uten samtykke, jf. samvirkeoven § 20 annet ledd første punktum. Søknad om samtykke vil i de fleste tilfeller gi en like stor grad av notoritet som en notifikasjon. En særegen notifikasjon om at suksessor har fått overdratt medlemskapet, bidrar ikke til å fremme noen hensyn bak rettsvernsreglene. Slik jeg ser det, er det derfor liten grunn til å kreve notifikasjon som rettsvernsakt ved overdragelse av medlemskap. Det bør være tilstrekkelig at søknad om overdragelse er sendt til samvirkeforetaket, og at aksept for søknaden er innvilget, for å etablere kreditorvern ved overdragelse av medlemskap i samvirkeforetak.

9.5 Avsluttende merknader

Notifikasjon som rettsvernsakt skiller seg på enkelte punkter vesentlig fra rettsregistering og overlevering. Gjennomgangen i de foregående punktene viser at det vanligvis ikke stilles noen formkrav til notifikasjonen. Når notifikasjon benyttes som rettsvernsakt, kan mottakerens oppfatning av innholdet i meldingen være avgjørende for erververs kreditorvern. Dersom det oppstår tvil om en notifikasjon er gitt, må erverver kunne bevise at mottakeren har fått meldingen. Hvorvidt meldingen er mottatt, må avgjøres etter en alminnelig bevisvurdering.

¹⁶²¹ Fjørtoft: *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 336.

¹⁶²² Fjørtoft: *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 336.

¹⁶²³ Fjørtoft: *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak* s. 336-337.

¹⁶²⁴ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 321.

Mottakerens oppfatning av varselet vil kunne være et avgjørende bevis for om erverver skal tilkjennes kreditorvern. Faren for at mottakeren har oppfattet varselet feil, eller har insentiver til å lyve om innholdet i varselet, kan være til stede. I tillegg kan mottaker av varselet ha vanskeligheter med å datere når varselet ble gitt, noe som kan ha virkninger for prioritetsrekkefølgen.

Rettsregistrering og overlevering er ikke rettsvernsakter som er fri for subjektive elementer. Ved rettsregistrering vil dokumentene som skal registreres ofte måtte innføres av en registerfører. I forbindelse med registreringen kan det oppstå feil som kan skyldes subjektive forhold hos registerføreren, som for eksempel feilregistrering. Når overlevering oppstilles som rettsvernsakt, kan subjektive elementer få en avgjørende betydning. Partene kan for eksempel være uenige om hvilken rettighet som er overdratt. Suksessor kan for eksempel mene at han eller hun har ervervet eiendomsretten til et formuesgode, mens konkursdebitor mener at det kun er en bruksrettighet som er overdratt. Likevel vil både rettsregistreringen og overlevering føre til at det foreligger en ytre konstaterbar handling som kan være med å underbygge avtaleforståelsen til partene. Det samme er ikke tilfellet ved notifikasjon.

Det er noe uheldig at suksessors vern overfor kreditorene er avhengig av tredjemanns subjektive oppfatninger.¹⁶²⁵ Det synes som om gjeldsbrevloven § 29 har virket mønsterdannende for de øvrige notifikasjonsreglene i lovverket. Det er forståelig at et skriftlighetskrav ble ansett byrdefullt i 1939, ettersom et skriftlig varsel den gang måtte gis i brevform. Brev kunne også enkelt antedateres. Et skriftlighetskrav ville imidlertid vært lite byrdefullt å innføre i dag dersom enhver form for elektronisk kommunikasjon ville tilfredsstilt skriftlighetskravet. Notoriteten som kan fremskaffes gjennom eposter, tekstmeldinger m.m. vil også være god. Eposter og tekstmeldinger dato- og tidsdateres automatisk. Når Høyesterett i senere tid har fremhevet at et hensyn bak de lovfestede rettsregistreringsreglene er «[h]ensynet til en objektiv og rettsteknisk enkel løsning», ser jeg ingen grunn til at det *de lege ferenda* ikke bør gjelde et skriftlighetskrav når notifikasjon oppstilles som rettsvernsakt.¹⁶²⁶ En muntlig notifikasjon er det motsatte av en objektiv og rettsteknisk enkel løsning.

¹⁶²⁵ Høgetveit Berg: «Rettsvern for lausøyrekjøp» s. 21: «Interesselæra stiller opp ei til tider *subjektiv* norm. Dette er unekteleg noko spesielt for ein rettsvernsregel, som jo generelt skal sikre notoriteten og publisiteten.»

¹⁶²⁶ Rt. 1998 s. 268 på s. 275.

10 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

10.1 Kapittelets siktemål

Avhandlingen har avdekket at spørsmålene om, når og hvordan kreditorvern kan etableres etter gjeldende norsk rett, vanskelig kan besvares samlet. Svaret på spørsmålene avhenger av hvilket formuesgode og hvilken formuesrettighet som suksessor søker å etablere kreditorvern for. Dette er et resultat av den fragmenterte og kasuistiske reguleringen av kreditorvernreglene.

I dette kapittelet skal jeg fremheve noen rettspolitiske betraktninger om de utfordringene som de norske rettsvernsreglene kan danne grunnlag for. Hensikten med kapittelet er ikke å gi en beskrivelse av rettstilstanden *de lege lata*. Kapittelet søker derimot å problematisere enkelte utfordringer ved kreditorvernreglene. Hensikten er å undersøke om kreditorvern som løsningsmodell ved rettighetskollisjoner er egnet til å ivareta reglernes formål, samt drøfte noen rettslige, praktiske og pedagogiske utfordringer som kreditorvernreglene byr på.

10.2 Er frykten for kreditorsvik overdreven?

Hensynet til å unngå kreditorsvik gjennom å oppstille krav til notoritet og publisitet har vært fremhevet som de bærende hensyn bak kreditorvernreglene. Den grunnleggende antakelsen som hensynene til notoritet og publisitet baseres på, er at debitor er villig til å foreta svikaktige handlinger overfor kreditorene når debtors økonomiske situasjon er dårlig. Dersom debitor forsettlig eller grovt uaktsomt går inn for å foreta kreditorskadelige disposisjoner når en insolvens er nært forstående, risikerer debitor å begå straffbare handlinger, jf. straffeloven §§ 402-406. Viljen til å foreta kreditorsvik fordrer derfor at debitor er villig til å pådra seg et potensielt straffeansvar. Legitimasjonshavers presumtivist manglende vilje til å begå straffbare handlinger har blitt brukt som et argument som taler for å verne aktsomt godtroende omsetningsserververe.¹⁶²⁷ Et nærliggende spørsmål er derfor hvorfor debtors vilje til å begå straffbare handlinger overfor kreditorene er større enn legitimasjonshavers vilje til å begå straffbare handlinger overfor hjemmelsmannen.

Hvorvidt debitor er villig til å begå kreditorsvik når den økonomiske situasjonen forverrer seg, er i liten grad forsøkt underbygget med empiriske data. Det eneste eksempelet jeg har funnet på at noen forsøker å underbygge at debitor har vilje til å foreta kreditorsvik, er at *Alf Ross* viser

¹⁶²⁷ Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 39*: «At A selger eller pantsetter betrodde gods eller gods beheftet med salgspant, vil være et klart pliktbrudd overfor [hjemmelsmannen] og normalt være straffbart. Slike forgåelser vil høre til sjeldenhetene; folk flest er rimelig hederlige; de vil i alle fall innse fordelene ved å holde seg på den riktige siden av loven.»

til en undersøkelse foretatt av *Department of Commerce* i USA fra 1932.¹⁶²⁸ I undersøkelsen ble årsaken til 570 konkurser i USA gjennomgått. Resultatet av undersøkelsen var at det ble avdekket at kreditorsvik skal ha foreligget i 33,7 % av konkurstilfellene, hvorav «de viktigste Former for svigagtige Praktikker nævnes bl.a. netop Overdragelse af Ejendom og Aktiver til Slægtninge, Venner og begunstigede Kreditorer forud for Indgivelse af Konkursbegæringen».¹⁶²⁹ Jeg har ikke lyktes i å gjenfinne undersøkelsen som *Ross* viser til, men enkelte generelle innsigelser kan likevel fremsettes. For det første er undersøkelsen foretatt under den store depresjonen i USA, en tidsperiode preget av stor økonomisk uro. Den store depresjonen må kunne karakteriseres som en tidsperiode som var preget av en økonomisk unntakstilstand. Tilbøyeligheten til å foreta kreditorsvik kan være større i slike unntaksperioder enn i perioder hvor økonomien går godt. For det andre er undersøkelsen fra USA. Det er ikke gitt at tilbøyeligheten til å foreta kreditorsvik er lik i alle rettssystemer. Variabler som kan være av betydning er hvordan konkursreglene er utformet, hvorvidt det er straffbart å foreta kreditorsvik, hvilke økonomiske stønadssystemer som foreligger m.m. For det tredje er undersøkelsen såpass gammel at det er vanskelig å avgjøre om metoden som ble anvendt for å samle data oppfyller de metodekravene som i dag stilles for slike typer undersøkelser. For det fjerde kan reglene og samfunnet ha endret seg over tid på en måte som har hatt adferdsnormerende konsekvenser.

På denne bakgrunn synes frykten for at noen foretar kreditorsvik å være basert på en antakelse om menneskelig adferdsmønster som ikke i særlig grad er påvist. Et mulig spørsmål å fremme i denne sammenhengen er om hensynet til å motvirke kreditorsvik, herunder hensynene til notoritet og publisitet, har fått en for fremtredende rolle i diskusjonene rundt suksesjonskonflikter hvor kreditor er ekstingverende part, særlig sett i lys av at adgangen til å etterprøve svikaktige disposisjoner i dag er mye høyere enn for 50-100 år siden.¹⁶³⁰ Når muntlige notifikasjoner godtas som rettsvernsakt i en rekke tilfeller, uten at dette problematiseres ytterligere, synes behovet for absolutte kreditorvernregler – som ikke åpner for skjønsmessige bevistema – å være litt overdrevet, jf. punkt 9.5.

¹⁶²⁸ Brækhus og Hærem viser også til den nevnte undersøkelsen via en henvisning til *Ross*, jf. *Norsk tingsrett* s. 478.

¹⁶²⁹ *Ross: Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 149.

¹⁶³⁰ Se også i denne retning Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* kapittel 9 og Marthinussen: «Forusstranda» s. 72-73.

10.3 En positivrettslig utfordring

En positivrettslig regulering av spørsmålene om, når og hvordan kreditorvern etableres, kan fremme flere ønskelige formål. Lovgiver kan foreta avveininger av ulike typer rettighetskollisjoner og tilpasse løsningene til det enkelte formuesgodet. Lovfestede rettsvernsregler bidrar også i flere tilfeller til en forutberegnelighet for både kreditorene og suksessor. Dersom loven på en klar og entydig måte oppstiller om, når og hvordan kreditorvern etableres, er det enkelt å avgjøre om et erverv står seg ved et kreditorbeslag.

De foregående kapitlene har avdekket flere negative sider ved rettsvernsreglens positivrettslige karakter. En negativ side ved de positivrettslige rettsvernsreglene er at de kan føre til resultater som kan føles uforholdsmessig gunstige for kreditorene. Unntaksfrie rettsvernsregler kan til en viss grad begrunnes ut fra hensynet til å unngå kreditorsvik. Det er imidlertid vanskelig å forstå hvilken legitim begrunnelse som ligger til grunn for resultatet i for eksempel Rt. 1997 s. 1050, jf. punkt 5.2.2. Dommen synes utelukkende å bygge på at rettsvernsregler må tolkes absolutt av hensyn til notoritet. Et slikt resonnement er etter mitt skjønn forfeilet. Notoritet er bare et virkemiddel for å motvirke kreditorsvik. Høyesterett legger ikke opp til en rettsvernsregel som motvirker kreditorsvik i Rt. 1997 s. 1050, men velger heller å la risikoen for kreditorekstinksjon gå ut over suksessor som hadde gjort alt som var mulig å gjøre for å etablere kreditorvern.¹⁶³¹ Begrunnelsen i Rt. 1997 s. 1050 må derfor søkes i et annet hensyn enn hensynene til å motvirke kreditorsvik og notoritet.

Resultatet i Rt. 1997 s. 1050 kan begrunnes i at en unntaksfri rettsvernsregel er en retsteknisk enkel regel å forholde seg til, noe som vil motvirke tvist og effektivisere beslagsprosessen.¹⁶³² Det er imidlertid begrenset hvor langt hensynet til en retsteknisk enkel regel kan strekkes dersom resultatet i den konkrete saken ikke underbygger øvrige legislative hensyn bak kreditorvernreglene. Det kan også stilles spørsmål om hvor tvisteskapende det vil være å åpne for en bevisførsel om suksessors erverv. Muligheten for å forfalske eller antedatere elektroniske overføringer er vanskelig å gjennomføre. En fabrikkasjon og/eller antedatering av en elektronisk betaling krever bistand fra banken eller hacking av bankens systemer. Ved betalinger av en viss størrelse vil en påstand om at kjøpet har skjedd via kontant betaling, være et argument som i

¹⁶³¹ Se også Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 253-265 for en kritisk gjennomgang av kreditorekstinksjonsreglene i tinglysingsloven. Se særlig s. 256 hvor Røsæg uttaler: «Og når vederlaget har tilflytt debitor, eller den manglende tinglysingen notorisk skyldes forhold utenfor rettighetshaverens kontroll, kan det ikke være mange prinsipielle grunner som taler for ekstinksjon.» Se i motsatt retning Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 45 (petit).

¹⁶³² I denne retning, se Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 44-46 og Høgetveit Berg: *Beslagsretten* punkt 15.3.3.

seg selv taler for å tillate kreditorekstinksjon dersom kreditorvern ikke er etablert på den lovfestede måten. Ettersom det derfor vil være forholdsvis enkelt å avklare om oppgjør har funnet sted, vil det ikke nødvendigvis føre til en eksplosiv økning i antallet tvister dersom det åpnes for at suksessor kan føre bevis som taler for en innskrenkende tolkning av rettsregisterreglene, særlig dersom bevisbyrden legges på suksessor.¹⁶³³

Jeg synes heller ikke hensynet til en rettsteknisk enkel regel ville blitt undergravet dersom suksessor hadde blitt tilkjent kreditorvern i Rt. 1997 s. 1050. Saken omhandlet et særdeles snevert unntakstilfelle som neppe vil oppstå ofte. Prejudikatsvirkningen av Rt. 1997 s. 1050 ville følgelig vært svært snever dersom Høyesterett hadde vektlagt de særegne forholdene i saken.

Det kan også fremheves at dersom hensynet til en rettsteknisk enkel regel skal være styrende for rettsvernsreglene, er det paradoksalt at det åpnes for konkrete bevisvurderinger av hvem som er reell eier etter de underliggende forholdene i rettighetskollisjoner mellom hjemmelsmannen og kreditorene til suksessor, jf. for eksempel Rt. 1935 s. 981 og Rt. 2015 s. 979, avsnitt 16.¹⁶³⁴ Dersom hensynet til en rettsteknisk enkel og praktikabel løsning skal følges fullt ut, vil det være naturlig å avskjære eventuelle innsigelser om *proforma* i hjemmelsmannskonflikten, og dermed ha like kreditorekstinksjonsregler i både suksesjons- og hjemmelsmannskonfliktene.¹⁶³⁵ Påstander om at faren for kreditorsvik er mindre i hjemmelsmannskonflikten, og at behovet for rettsvernsregler dermed er mindre i disse tilfellene, synes i liten grad å være underbygget. Det fremheves at debitor ikke kan velge stråmann i hjemmelsmannskonflikten, og at svikaktige påstander kan etterprøves gjennom å følge gjenstandens forhistorie.¹⁶³⁶ Med dagens betalingsløsninger vil jeg påstå at det ofte kan være like enkelt å etterprøve en svikaktig påstand om overdragelse i suksesjonskonflikten som

¹⁶³³ Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon» s. 256: «Poenget her er at selv om det er faren for kreditorsvik som begrunner disse ekstinksjonsreglene, og en disposisjon derfor må være notorisk for ikke å bli rammet av dem, så er det ikke gitt at notoriteten bare skal kunne etableres ved tinglysning. Tvert i mot, det som er notorisk (bevist), bør anses som notorisk (bevist) hva enten det er tinglyst eller ikke. Som det har fremgått ovenfor under punkt 1, bør imidlertid den som søker å etablere tidsnotoritet på annen måte enn tinglysning, ha en tung bevisbyrde mot seg.»

¹⁶³⁴ For kritiske betraktninger om dette, se Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 257-260.

¹⁶³⁵ Se i denne retning Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 260.

¹⁶³⁶ Høgetveit Berg skriver at «[e]in kan nok [...] rekne med at faren for kreditorsvik generelt er mindre der formuesgoda er på veg inn i debitors formue enn der dei er på veg ut, eller gjennom, debitors formuessfære», se *Beslagsretten* punkt 6.3.1. Dette underbygges likevel bare med en henvisning til Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 og 4* s. 46, som heller ikke underbygger påstanden noe videre.

i hjemmelsmannskonflikten. Det synes derfor vilkårlig at hensynet til retsteknisk enkle regler bare skal vektlegges i suksessjonskonflikter, og ikke i hjemmelsmannskonflikter.

Det er også paradoksalt at bruk av rettsvernssurrogater ikke har blitt mer problematisert i lys av kreditorvernsreglens absolutte karakter, jf. punkt 7.15. Etter mitt syn er det noe som skurrer når kreditorvernsreglens absolutte karakter kan omgås gjennom å benytte rettsvernssurrogater. Bruk av rettsvernssurrogater er gjerne forbeholdt de som har ressurser og tilgang på juridisk kompetanse. Når bruk av rettsvernssurrogater ofte også skjer bevisst, burde kreditorvernsreglene også ha rammet slike disposisjoner.

På denne bakgrunn mener jeg *de lege ferenda* at lovfestede kreditorvernregler bør kunne tolkes innskrenkende i enkelte unntakstilfeller. En minsteforutsetning må være at suksessor ikke kan klandres for at rettsvernsakten ikke er foretatt, for eksempel på bakgrunn av manglende medvirkning fra overdrageren, eller som følge av saksbehandlingsfeil hos registerenheten. Det må imidlertid være rettighetshaver som har bevisbyrden for at manglende rettsregistrering ikke skyldes rettighetshaver, og bevisterskelen bør være streng.¹⁶³⁷

10.4 En funksjonell utfordring

En funksjonell tilnærming til eiendomsretten forutsetter at enhver type rettighetskollisjon kan være gjenstand for en særegen regulering, jf. punkt 1.3.2. Det er ikke mulig å forholde seg til generelle og overordnede prinsipper ved løsningen av konkrete rettighetskollisjoner, ettersom vi tar «kvar relasjon for seg».¹⁶³⁸ I de tilfellene lovgiver har lovregulert en rettighetskollisjon, og dermed også foretatt den interesseavveiningen som en funksjonell tilnærming forutsetter, er rettsanvenderens oppgave stort sett håndterlig. Rettsanvenderen kan da oftest utlede fra loven hvem av de stridende partene som skal vinne frem på bekostning av den andre.

Når lovgiver har en kasuistisk tilnærming til lovreguleringen av rettsvernsreglene, forutsettes det at lovgiver er aktiv og utarbeider nye rettsvernsregler etter hvert som nye formuesgoder og formuesrettigheter vokser frem. Dersom lovgiver ikke henger med på utviklingen gjennom å introdusere stadig nye rettsvernsregler, kan rettstilstanden bli uoversiktlig for de involverte partene. Lovgiver står derfor i fare for å måtte leke «catch up» med samfunnsutviklingen, noe

¹⁶³⁷ Se i denne retning Erik Røsæg: «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» s. 255-257.

¹⁶³⁸ Sitatet er hentet fra Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 283.

som blir stadig vanskeligere i lys av den eksplosive utviklingen av formuesgoder som knytter seg til informasjonsteknologi.¹⁶³⁹

I de tilfellene loven ikke regulerer hvordan en rettighetskollisjon skal løses, kan det oppstå problemer. Rettsvernsreglene innbyr til kompliserte og sammensatte vurderinger som kan ha stor innvirkning på kredittgivingen og omsetningslivet i Norge. Domstolene må derfor utvise forsiktighet med å utfylle lovgivers oppgave ved å oppstille ulovfestede rettsvernsregler.¹⁶⁴⁰

Dersom det oppstår en tvist om kreditorenes adgang til å beslaglegge et formuesgode som ikke er regulert gjennom rettsvernsregler, må domstolen likevel ta stilling til hvordan kreditorenes beslagsrett skal avgrenses. Som fremhevet i punkt 4.7 synes tendens i norsk rett å være at det i enkelte tilfeller gjøres forsøk på å etablere ulovfestede rettsvernsregler dersom slike regler ikke eksisterer. Teorien har, og da særlig i tiden etter *Brækhus*, åpnet for at ulovfestede kreditorvernregler kan oppstilles gjennom en analyse av de underliggende hensyn i den aktuelle rettighetskollisjonen. *Hilde Hauge* har identifisert hvordan rettsvernssystematikken har øvd en stor innflytelse over diskusjonen om den ulovfestede regelen om løsøreerverters kreditorvern. Hennes oppsummering på s. 147-148 i boken «Løsøreerverters kreditorvern» er illustrerende:

«Det kan spørres om den juridiske teorien i tiden etter *Brækhus* & *Hærem*, bevisst eller ubevisst, har ansett seg bundet av rettsvernssystematikken i større grad enn det er rettskildemessig grunnlag for. På sett og vis har man kanskje beveget seg fra systemlutninger knyttet til eiendomsrettens overgang til systemlutninger fra rettsvernsreglene, uten tilstrekkelig analyse av de underliggende hensyn.»

Når interessene som må avveies i en rettighetskollisjon skal analyseres ved etableringen av en ulovfestet rettsvernsregel, forutsettes det at det tas utgangspunkt i et typetilfelle. Når rettsanvenderen skal foreta interesseavveininger tilknyttet et konkret typetilfelle, må rettsanvenderen ha god innsikt innenfor livsområdet som drøftes. *Brækhus*' drøftelse av skipsbyggingskontrakter er illustrerende. *Brækhus* bruker finansieringsbehovet i skipsbyggingskontrakter som et argument i favør av en adgang til å etablere rettsvern i skipsbygg gjennom avtale.¹⁶⁴¹ Han utdyper dette synspunktet ved å vise til når terminbetalinger

¹⁶³⁹ Se for eksempel Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 414-416 for en beskrivelse av de forutberegnelighetsproblemer som rettsvernsreglene skaper på immaterialrettens område. Se også Mogens Kocktvedgaard: «Den nye økonomis krav til Immaterialretten» i *Nordisk immateriell Rättsskydd*, 2000 s. 536-541 for en beskrivelse av utviklingen som har vært innenfor immaterialretten etter utviklingen innenfor teknologi.

¹⁶⁴⁰ Marthinussen: *Tredjemannsproblemene* s. 213: «Spesielt EMKs lovkrav, kravet til et rimelig klart og forutsigbart rettsgrunnlag, tilsier etter min mening en særlig varsomhet med å oppstille rettsvernsregler på ulovfestet grunnlag.»

¹⁶⁴¹ *Brækhus* og *Hærem*: *Norsk tingsrett* s. 510.

vanligvis presteres i skipsbyggingsforhold.¹⁶⁴² Det er urealistisk å forvente at enhver rettsanvender har den oversikten som trengs på ethvert livsområde for å kunne foreta slike nøye interesseavveininger.

Det er heller ikke gitt at avveiningen av de interessene som står på spill, gir seg selv. Avveiningen av de aktuelle hensynene som gjør seg gjeldende, kan ende opp med at det ikke er noen klar overvekt av interesser i den ene eller andre retning.¹⁶⁴³ Avveiningene som må foretas ved etableringen av ulovfestede rettsvernsregler skjer heller ikke i et samfunnsmessig vakuum. Interesseavveininger som ble foretatt i 1964, trenger ikke nødvendigvis å være treffende i 2020. Utviklingen innenfor løsøreomsetningen gjør for eksempel at de faktiske premissene for drøftelsen av løsørekjøpers kreditorvern er helt annerledes i dag enn da *Brækhus* og *Hærem* drøftet dette spørsmålet i 1964, jf. punkt 8.1.3. Endringer i de faktiske forholdene kan ha betydning for interesseavveiningen som må foretas mellom suksessor og kreditorene. Likevel synes tendensen å være at interesseavveininger «låses» etter at de er foretatt i teorien, slik at de ikke tas opp til ny vurdering. En slik «låsing» av interesseavveiningen kan ha noe for seg, ettersom stadige vurderinger av interesseavveiningen vil være lite forutberegnelig. Likevel vil en «mekanisk» interesseavveining være i strid med utgangspunktet for den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten: Reglene skal utarbeides på bakgrunn av en avveining av de underliggende hensyn og de praktiske behov i den konkrete rettighetskollisjonen.¹⁶⁴⁴

For å unngå usikkerheten som rettsanvenderen vil stå overfor når det ikke eksisterer lovfestede rettsvernsregler, ville det etter mitt skjønn være hensiktsmessig dersom rettsanvenderen hadde et teoretisk rammeverk å falle tilbake på for å vurdere rekkevidden av kreditorenes beslagsadgang. Det naturlige utgangspunktet for etableringen av et teoretisk rammeverk for å avklare kreditorenes beslagsadgang ved mangel på kreditorvernregler, er dekningsloven § 2-2. Spørsmålet er hvordan kreditorenes beslagsadgang best avgrenses dersom det ikke foreligger noen lovfestet kreditorvernregel. Vilkåret «tilhører» danner det naturlige omdreiningspunktet ved drøftelsen av dette spørsmålet. Det gir imidlertid liten veiledning for rettsanvenderen å stille spørsmål ved om formuesgodet «tilhører» debitor: Eiendomsrettens overgang anses som et irrelevant spørsmål etter en funksjonell tilnærming til eiendomsretten, jf. punkt 4.4. Det er ikke tilfredsstillende at rettsanvenderen må foreta en konkret bevisvurdering av hvem formuesgodet «tilhører» når bevisvurderingen knytter seg til et bevisstema som blir ansett som irrelevant.

¹⁶⁴² Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 510.

¹⁶⁴³ Slik Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 514.

¹⁶⁴⁴ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 140.

Rettsanvenderen står derfor på tilnærmet bar bakke når det viser seg at det ikke foreligger lovfestede kreditorvernregler som avgjør rekkevidden av kreditorenes beslagsadgang.¹⁶⁴⁵ Tilhørende vurderingsmomenter kan oppstilles for å vurdere når en slik overgang skal anses å ha skjedd.

Etter mitt skjønn kan kanskje begrepet «tilhører» tolkes som et utslag av vilkåret til spesialitet, jf. punkt 5.3.5. Et mulig vurderingstema som vilkåret kan utpeke, kan derfor være om suksessors erverv er så konkretisert at suksessor ikke lenger bare har en generell fordring mot debitor. Hvordan en slik vurdering skal foretas, vil trolig måtte avpasses det enkelte formuesgodet, jf. punkt 8.6. Et annet mulig vurderingstema som «tilhører» i dekningsloven § 2-2 kan tenkes å utpeke, er at det åpnes for at det stilles spørsmål ved om den ervervede rettigheten har gått over til suksessor.¹⁶⁴⁶ En slik substansiell tilnærming til dekningsloven § 2-2 vil kreve en utpensling av hvilke vurderingstema som skal oppstilles når bestemmelsen ikke suppleres med rettsvernsregler, jf. punkt 4.8. Det er neppe grunn til å tro at denne tolkningen av dekningsloven § 2-2 vil bli møtt med særlig begeistring blant de som mener at en substansiell tilnærming til eiendomsretten er irrasjonell, jf. punkt 4.4 og 4.5. Det er imidlertid mulig å spore en tendens i nyere norsk teori: Substansielt tankegods avfeies ikke nødvendigvis som irrelevant lenger.¹⁶⁴⁷ Kanskje er «pendelen [...] ved å svinge igjen», i favør en mer substansiell tilnærming til eiendomsretten – og i forlengelsen av dette – også dekningsloven § 2-2?¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴⁵ I samme retning, Baldersheim: «Til spørsmålet om egedomsrettens overgang» s. 162.

¹⁶⁴⁶ I samme retning, se Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 93: «Ordlyden 'tilhører' tilsier at en løsøreting som er avhendt, ikke kan beslaglegges dersom eiendomsretten er gått over til erververen.»

¹⁶⁴⁷ Se for eksempel Baldersheim: *Til tingsrettens teori* s. 146: «Derfor må det være ei oppgave å forsøka å stabla på bein ein teori om egedomsrettens overgang», Baldersheim: «Til spørsmålet om egedomsrettens overgang» s. 163: «I møte med den europeiske konteksten bør skandinavisk rettsdogmatikk spørja kva aktuelle og rasjonelle grunnar – ikkje historiske og symbolske grunnar – som dreg i retning vedvarande forsvar av dette territoriet», Løtveit: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* s. 59: «[K]an [...] være grunn til å revurdere de kritiske norske holdningene [til sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter]», Bergsholm: *Rettigheter i fast eiendom* (forord): «Før var det vanlig å si at tingsretten handlet om å ha tinglige rettigheter i fast eiendom, og at slike rettigheter er noe annet enn å ha fordring eller et obligatorisk krav på en annen person. Så tok denne måten å formidle juss på slutt. Jeg synes imidlertid den gamle skolen har mye for seg. I denne utgaven har jeg derfor lagt mer vekt på skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, slik sontringen tradisjonelt har vært oppfattet i Norge og andre europeiske land» og Jo Ørjasæter: «Sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Formuerettens grunnbegreper belyst gjennom valgte fragmenter» i *Marius* nr. 488 s. 123: «Konklusjonen er altså at [sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter] dukker opp uavhengig av om vi snakker om den eller ikke. Og en rettsvitenskap som ikke vil snakke om sontringen, risikerer å overse de problemstillingene sontringen fører med seg.»

¹⁶⁴⁸ Sitatet er hentet fra Brækhus og Hærem: *Norsk tingsrett* s. 502. Frasen ble brukt for å illustrere at tradisjonsprinsippet var på vei til å ta over for avtaleprinsippet i diskusjonene om løsørekjøpers kreditorvern.

KILDELISTE

NORSKE LOVER OG FORSKRIFTER

Lover

Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
Akvakulturloven	Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur
Allmennaksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper
Arveloven	Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m.
Arveloven [ikke tredd i kraft]	Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte [trer i kraft 1. januar 2021]
Avhendingsloven	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
Borettslagsloven	Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
Designloven	Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design

Dokumentavgiftsloven	Lov 12. desember 1975 nr. 59 om dokumentavgift
Ekteskapsloven	Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap
Finansavtaleloven	Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag
Forbrukerkjøpsloven	Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp
Foreldelsesloven	Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
Foretaksregisterloven	Lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak
Forsikringsavtaleloven	Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler
Gjeldsbrevloven	Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev
Godtroervervloven	Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre
Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Hendelege eieendomshøvelova	Lov 10. april 1969 nr. 17 om hendelege eieendomshøve
Hevdsloven	Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd

Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Konkursloven	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
Kraftledningsregisterloven	Lov 7. januar 1927 nr. 1 om registrering av elektriske kraftledninger
Lov om endringer i konkursloven	Lov 30. mars 1990 nr. 8 om endringer i konkursloven
Lov om endringer i tinglysingsloven	Lov 20. juni 2014 nr. 45 om endringer i tinglysingsloven mv. (elektronisk tinglysing)
Lov om endringer i varemerkeloven	Lov 12. juni 2020 nr. 67 om endringer i varemerkeloven og tolloven mv. [ikke tredd i kraft]
Lov om internasjonale sikkerhetsretter i mobilt løsøre	Lov av 12. november 2010 nr. 58 om internasjonale sikkerhetsretter i mobilt løsøre
Luftfartsloven	Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Merverdiavgiftloven	Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift

Naboloven	Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar
Odelsloven	Lov 28. juni 1974 nr. 58 om odelsretten og åsetesretten
Oreigningsloven	Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eigedom
Panteloven	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant
Patentloven	Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter
Petroleumsloven	Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet
Planteforedlerloven	Lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett
Rekonstruksjonsloven	Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19
Sameieloven	Lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameige
Samvirkeoven	Lov 29. juni 2007 nr. 81 om samvirkeforetak
Servituttloven	Lov 29. november 1968 um særleg råderattar over framand eigedom

Sjøloven	Lov 12. juni 1994 nr. 39 om sjøfart
Skatteloven	Lov 26. mars nr. 14 om skatt av formue og inntekt
Skifteloven	Lov 21. februar 1930 om skifte
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
Tinglysingsloven	Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing
Tomtefesteloven	Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste
Tvangsfullbyrdelsesloven	Lov 26. juli 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Varemerkeloven	Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker
Verdipapirregisterloven [opphevet]	Lov 5. juli 2002 nr. 64 om registrering av finansielle instrumenter

Verdipapirsentralloven Lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv.

Vergemålsloven Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål

Åndsverkloven Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.

Opphevede lover

Jordloven Lov 18. mars 1955 nr. 2 om tilskiping av jordbruk

Kjøpsloven Lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb

Konkursloven Lov 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling

Koronaloven Lov 27. mars 2020 nr. 17 om forskriftshjemmel for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 mv.

Verdipapirregisterloven Lov 5. juli 2002 nr. 64 om registrering av finansielle instrumenter

Forskrifter

Domeneforskriften Forskrift 1. august 2003 nr. 990 om domenenavn under norske landkodedomener

Delegasjon til fylkesmannen i oreigningssaker	Forskrift 15. april 1977 nr. 3 om delegasjon til fylkesmannen i oreigningssaker m.m.
Delegasjon til fylkesmannen i oreigningssaker	Forskrift 19. august 1983 nr. 2150 om delegering av myndighet til fylkesmannen etter oreigningslovens § 5 til å gi oreigningsløyve etter lovens § 2
Delegasjon av myndighet til Post- og teletilsynet i ekspropriasjonssaker	Forskrift 31. mars 2009 nr. 392 om delegering av myndighet til Post- og teletilsynet i ekspropriasjonssaker etter lov om elektronisk kommunikasjon § 12-3
Forskrift i medhold av oreigningsloven § 5	Forskrift 2. juni 1960 nr. 1 i medhold av oreigningslovens § 5 om rett til å gjøre vedtak om eller gi samtykke til eiendomsinngrep
Forskrift om prøveprosjekt for e-tinglysing	Forskrift om prøveprosjekt for elektronisk kommunikasjon ved tinglysing
Særavgifter for budsjettåret 2016	Forskrift 14. desember 2015 nr. 1570 om særavgifter til statskassen for budsjettåret 2016.
Særavgifter for budsjettåret 2020	Forskrift 13. desember 2019 nr. 1827 om særavgifter for budsjettåret 2020.
Tinglysingsforskriften	Forskrift 3. november 1995 nr. 875 om tinglysing.

KONVENSJONER OG TRAKTATER

EMK Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (Roma 1950)

Cape Town-konvensjonen Convention on International interests in mobile equipment including protocols (Cape Town 2001)

FORARBEIDER

Innstillinger

Innstilling 6 fra Sjølovkomitéen: Utkast med motiver til lov om endringer av skipsregisterlovgivningen m.m.

Innst. O. nr. 19 (1979 – 1980)

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 9 (1935-1936)

Ot.prp.nr.39 (2001-2002)

Ot.prp.nr. 38 (1938)

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)

Ot.prp.nr. 13 (1964-1965)

Ot.prp.nr. 61 (2004-2005)

Ot.prp.nr. 30 (1967-1968)

Ot.prp. nr. 21 (2006-2007)

Ot.prp.nr. 56 (1976-1977)

Prop. 65 L (2009-2010)

Ot.prp.nr. 39 (1977–1978)

Prop.153 LS (2009–2010)

Ot.prp.nr. 50 (1980-1981)

Prop. 101 L (2010-2011)

Ot.prp.nr. 83 (1984-1985)

Prop.53 L (2013-2014)

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)

Prop.73 L (2014-2015)

Ot.prp.nr. 7 (1989-1990)

Prop. 6 L (2016-2017)

Ot.prp.nr. 34 (1989-1990)

Prop.112 L (2016-2017)

Ot.prp.nr. 65 (1990-1991)

Prop. 7 L (2018-2019)

Ot.prp.nr. 21 (1996-1997)

Prop. 98 L (2018-2019)

Ot.prp. nr. 26 (1998-1999)

Prop.75 L (2019-2020)

Offentlige utredninger

NUT 1935: 1

NOU 1996:3

NUT 1957:2

NOU 1992: 9

NUT 1959:4

NOU 2000:10

NUT 1961: 1

NOU 2000:17

NUT 1969: 4

NOU 2001:32

NUT 1970:2

NOU 2007:8

NOU 1972:20

NOU 2013:11

NOU 1979: 43

NOU 2016:5

NOU 1982: 17

NOU 2016:22

NOU 1991: 18

Private utredninger

Lund, Astri M.: *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, Oslo 2011

Olsen, Kai A.: Norge blir kontantfritt, rapport skrevet for NHO Reiseliv, Molde 2017. Link til rapporten:

<https://www.nhoreiseliv.no/contentassets/e20bc1fbc8454fa9bbbf59a0a8050066/norge-blir-kontantfritt.pdf>

Røsæg, Erik, Tore Fjørtoft, Kristin Bjerkstrand Eid, Torjus Moe, Jan-Erik Nielsen.: *Elektronisk tinglysning. Forslag til endring i tinglysningsloven mv. for å tilrettelegge for elektronisk tinglysning*, Oslo 2010

Rundskriv

Rundskriv G-37/90

Rundskriv G-06/2005

STANDARDKONTRAKTER

NS 3401:1969 – Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider

NS 3430:1994 – Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider

NS 8405:2008 – Norsk bygge- og anleggskontrakt

NS 8407:2011 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser

SKIP 2000 – Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt

NF 15 – Norsk Fabrikasjonskontrakt 2015

NTK 15 – Norsk Totalkontrakt 2015

UTENLANDSKE LOVER

Konsumentköplag (1990:932)

Lovbekendtgørelse 2014-01-06 nr. 11 – Konkursloven

Lovbekendtgørelse 2018-11-14 nr. 1284 – Retsplejeloven

UTENLANDSKE FORARBEIDER

Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i sjölagen (1891:35 s. 1) m.m.; given Stockholms slott den 9 mars 1973 (prop. 1973:42)

Dir. 2013:28 Köparens rätt til varor i förhållande till säljarens borgenärer

SOU 2015:18 Lösöre köp och registerpant

RETTSPRAKSIS

Avgjørelser fra Norges Høyesterett

Rt. 1878 s. 412	Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey)
Rt. 1909 s. 734	Rt. 1999 s. 247
Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)	Rt. 1999 s. 865
Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen)	Rt. 1999 s. 901
Rt. 1916 s. 1055	Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)
Rt. 1935 s. 981 (Bygland)	Rt. 2000 s. 1360 (Lena Maskin)
Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer)	Rt. 2001 s. 232 (Axus)
Rt. 1957 s. 778 (Sirkustelt)	Rt. 2001 s. 769 (Selbu)
Rt. 1966 s. 857 (Smågris)	Rt. 2001 s. 1136 (Kjells Markiser)
Rt. 1974 s. 710 (Lid)	Rt. 2001 s. 1229 (Svartskog)
Rt. 1975 s. 220 (Husmor)	Rt. 2002 s. 1353
Rt. 1984 s. 605	Rt. 2002 s. 1484
Rt. 1985 s. 1265	Rt. 2005 s. 1476
Rt. 1986 s. 301	Rt. 2008 s. 586 (Fagutleie)
Rt. 1986 s. 1210 (Norske Fjellhus)	Rt. 2008 s. 1160
Rt. 1987 s. 35 (Eltema)	Rt. 2008 s. 1170
Rt. 1988 s. 1327 (Rekstenkunst)	Rt. 2010 s. 1478
Rt. 1989 s. 1209 (Karmøy Montering)	Rt. 2012 s. 335
Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt)	Rt. 2012 s. 506
Rt. 1991 s. 574 (Auto-style)	Rt. 2013 s. 1560
Rt. 1992 s. 352 (Sigdal)	Rt. 2014 s. 227

Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans)	Rt. 2014 s. 883
Rt. 1992 s. 1629 A (Kunderegister)	Rt. 2014 s. 922
Rt. 1993 s. 1295 (Fokus Finans)	Rt. 2015 s. 120
Rt. 1993 s. 1464	Rt. 2015 s. 979
Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp)	Rt. 2015 s. 1157 (Fårøya)
Rt. 1994 s. 775 (Yousuf)	HR-2017-33-A (Forusstranda)
Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige)	HR-2017-1297-A (Bergen Bunkers I)
Rt. 1995 s. 1181 (Norblast)	HR-2017-2064-A
Rt. 1996 s. 918 (Gangenes)	HR-2017-2449-U
Rt. 1996 s. 1647	HR-2018-1265-A (Deutsche Bank)
Rt. 1997 s. 15	HR-2019-231-A (Genfoot)
Rt. 1997 s. 645 (Vest-Kran)	HR-2019-1784-A
Rt. 1997 s. 1050 (Momentum)	HR-2020-837-A (Bergen Bunkers II)
Rt. 1997 s. 1438	HR-2020-1129-A (Rec Wafer)
Rt. 1998 s. 217	

Underretts- og voldgiftspraksis

RG-1972-53 (Voldgift)

LG-1995-862 (Gulating)

LF-2010-133423 (Frostating)

LG-2015-49401 (Gulating)

19-143012TVI-OTIR/03 (Oslo tingrett, link til dommen: <https://rett24.no/articles/klient-vant-erstatningssak-mot-dla-piper>)

Avgjørelser fra Højesteret i Danmark

UfR 1954 s. 673

Avgjørelser fra EMD

<i>Tyrer</i>	Tyrer v. The United Kingdom (5856/72), dom 25. april 1978
<i>Sunday Times</i>	Sunday Times v. The United Kingdom (6538/74), dom 26. april 1979
<i>Sporrong</i>	Sporrong and Lönnroth v. Sweden (7151/75 og 7151/76), plenumsdom 23. september 1982
<i>James</i>	James and others v. The United Kingdom (8793/79), dom 21. februar 1986
<i>Stubbings</i>	Stubbings and others v. The United Kingdom (22083/93; 22095/93), dom 22. oktober 1996
<i>Iatridis</i>	Iatridis v. Greece (31107/96), dom 25. mars 1999
<i>Carbonara</i>	Carbonara and Ventura v. Italy (24638/94), dom 30. mai 2000
<i>Dangeville</i>	S.A. Dangeville v. France (36677/97), dom 16. april 2002
<i>Draon</i>	Draon v. France (1513/03), storkammerdom 6. oktober 2005

<i>Maurice</i>	Maurice v. France (11810/03), storkammerdom 6. oktober 2005
<i>Pye (kammer)</i>	J. A. Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (44302/02), dom 15. November 2005
<i>Pye (storkammer)</i>	J. A. Pye (Oxford) Ltd. and J. A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. The United Kingdom (44302/02), storkammerdom 30. august 2007
<i>Gladysheva</i>	Gladysheva v. Russia (7097/10), dom 6. desember 2011
<i>Lindheim</i>	Lindheim and others v. Norway (13221/08 and 2139/10), dom 12. juni 2012
<i>Mindek</i>	Mindek v. Croatia (6169/13), dom 30. august 2016
<i>Vaskrsić</i>	Vaskrsić v. Slovenia (31371/12), dom 25. april 2017

LITTERATUR

A

Aagaard, Marianne Mathilde Rødvei: «Kommentar til advokatene Berge og Stensholdts artikkel i *Jussens Venner* 2/2018», *Jussens Venner* nr. 4/2018 (volum 53) s. 250-267

Aagard, Marianne Mathilde Rødvei: *Restitusjon. Om virkninger av formuerettslig ugyldighet*, Oslo 2019

Aagaard, Marianne M. Rødvei: «Virkninger av arverettslig ugyldighet», *Jussens Venner* nr. 3/2020 (volum 55) s. 163-205

Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018

Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik: *Dekningsloven med kommentarer*, 1. utgave, Oslo 2015

Alvik, Ivar og Henrik Bjørnebye: «Om konsesjoner og konsesjonsrett», *Jussens Venner* nr. 2/2020 (volum 55) s. 85-104

Andenæs, Mads Henry: *Selskapsrett*, Oslo 2007

Andenæs, Mads Henry: *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009

Andenæs, Mads Henry: *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave ved Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen, Oslo 2016

Andersen, Mads Bryde: «Immaterialret og marked – et innl eg i diskussionen om opahvsrettens forhold til den almindelige konkurrenceret» i Marianne Levin (red): *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 s. 402-414

Anderssen, Harald Benestad: *Avhendingsloven – med kommentarer*, Oslo 2008

Andreassen, Jens Edvin: *Factoringpant*, Oslo 1990

Arnholm, Carl Jacob: *Privatrett II. Avtaler*, Oslo 1964

Askeland, Bjarte: «Om analogi og abduksjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 4-5/2004 (volum 117) s. 499-547

Aubert, Ludvig Mariboe Benjamin.: *Den norske obligationsrets spesielle del. Tredje bind. Det norske thinglysnings- og registreringsv esen*, 1. utgave, Christiania 1894

Austenå, Torgeir: «Grunnb okenes positive troverdighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1976 s. 464-484

Austenå, Torgeir, Ole F. Harbek og Erik Solem: *Tinglysningsloven med kommentarer*, 9. utgave, Oslo 1990

Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre: *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave*, 3. utgave, Oslo 2012

B

Baldersheim, Erlend: «Til spørsmålet om eideomsrettens overgang», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 1-2/2012 (volum 125) s. 137-167

Baldersheim, Erlend: *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow: *Kreditorerne*, 3.utgave, København 2019

Bar, Christian von og Eric Clive (red.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Volum 1, München 2009

Bar, Christian von og Eric Clive (red.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Volum 5, München 2009

Berg, Borgar Høgetveit: «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?», *Jussens Venner* nr. 1/1999 (volum 57) s. 1-30

Berg, Borgar Høgetveit: «Rettsvernhevd», *Jussens venner* nr. 3/2003 (volum 38) s. 201-209

Berg, Borgar Høgetveit og Henning Harborg: «Ulovfesta ekstinksjon av fast eideom», *Jussens Venner* nr. 5/2003 (volum 38) s. 312-339

Berg, Borgar Høgetveit: *Hevd – Lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentarer*, Oslo 2005

Berg, Borgar Høgetveit og Stein Bråthen-Otterbech: *Tinglysing – Lov om tinglysing 7. juni 1935 nr. 2 med kommentarer*, Oslo 2009

Berg, Borgar Høgetveit: «Proforma i beslagsretten», *Jussens Venner* nr. 4/2017 (volum 52) s. 203-221

Berg, Borgar Høgetveit: *Beslagsretten. Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*, upublisert manus mottatt av forfatteren dato 13. oktober 2020. Utgivelse forventes på Universitetsforlaget primo 2021.

Berge, Stig og Hans Ingvald Stensholdt: «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A ('Forusstranda') og hans metodespørsmål», *Jussens venner* nr. 2/2018 (volum 53) s. 137-164

Bergem, John Egil og Stein Rognlien: *Kjøpsloven med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2020

Bergholm, Einar: *Rettigheter i fast eiendom – en innføring i tingsrett*, 2. utgave, Bergen 2019

Bergo, Knut: *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000

Bergsåker, Trygve: *Kjøp av fast eiendom – med kommentarer til avhendingsloven*, 5. utgave, Oslo 2013

Bergsåker, Trygve: *Pengekravsrett*, 3. utgave, Oslo 2015

Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998

Bernt, Jan Fridthjof: «Hva skjedde med rettsrealismen», *Jussens Venner* nr. 3/2014 (volum 49), s. 139-161

Bråthen, Tore og Margrethe Røse Solli (red.): *Lærebok i praktisk eiendomsmegling del 1*, 1. utgave, Oslo 2008

Bråthen, Tore og Margrethe Røse Solli (red.): *Lærebok i praktisk eiendomsmegling del 1*, 3. utgave, Oslo 2016

Bråthen, Tore: *Selskapsrett*, 6. utgave, Oslo 2019

Brækhus, Sjur og Axel Hærem: *Norsk tingsrett*, Oslo 1964

Brækhus, Sjur: «Leasing – et alternativ til kjøp på avbetaling med eiendomsforbehold?», *Lov og Rett* 1969 s. 385-415

Brækhus, Sjur: *Omsetning og kreditt 3 og 4. Omsetningskollisjoner I og II*, Oslo 1998

Brækhus, Sjur: *Omsetning og kreditt 2*, 3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg, Oslo 2005

Brækhus, Sjur: *Innledning til omsetning og kreditt*, 7. utgave, Oslo 2010 ved Borgar Høgetveit Berg

Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg: «Introduksjon til reglene om omstøtelse», *Jussens Venner* nr. 2/2014 (volum 49) s. 61-120

Bull, Hans Jacob: *Forsikringsrett*, Oslo 2008

C

Cordero-Moss, Giuditta: *Internasjonal privaterett på formuerettens område*, Oslo 2013

D

Danziger, Shai, Jonathan Levav og Liora Avnaim-Pesso: «Extraneous factors in judicial decisions», *PNAS* nr. 17/2011 (volum 108), s. 6889-6892

E

Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001

Eriksen, Gunnar: «Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet», *Lov og rett* nr. 3/ 2002 (volum 41) s. 164-175

Eriksen, Gunnar: «Kastet, mistet, glemt eller bortkommet?», *Jussens Venner* nr. 2/2008 (volum 43) s. 136-154

Eriksen, Gunnar: *Alders tids bruk*, Bergen 2008

Eriksen, Gunnar: «Byggverk på fremmed grunn», *Jussens venner* nr. 4/2014 (volum 49) s. 222-233

Eriksen, Gunnar: «Et kritisk blikk på reglene om rettsvernshevd» i Trude Haugli m.fl. (red.): *Dette brenner jeg for. Festskrift til Hege Brækhus 70 år*, Bergen 2020

Evald, Jens: *Rettskilderne og den juridiske metode*, 2. utgave, København 2000

Eyben, Bo Von: *Forældelse efter forældelsesloven af 2007*, København 2012

F

Falkanger, Thor: «Hus på fremmed grunn», *Jussens Venner* nr. 3/1988 (volum 68) s. 75-91

Falkanger, Thor: «Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler», trykt i Nils Christie m.fl. (red): *...den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm*, Oslo 1990 s. 485-491

Falkanger, Thor: «Utilbørighetsbegrepet i dekningsloven § 5-9», *Jussens Venner* 03/1998 (volum 58) s. 105-131

Falkanger, Thor: «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring», *Lov og Rett* nr. 3/2013 (volum 52) s. 195-213

Falkanger, Thor: «Tvangsrealisasjon i Norge av luftfartøy og rettigheter i luftfartøy» i *MarIus* nr. 451 (2015)

Falkanger, Thor: *Fast eiendoms rettsforhold*, 5. utgave, Oslo 2016

Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: *Sjørett*, 8. utgave, Oslo 2016

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger: *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016

Falkanger, Aage Thor: *God tro – En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Oslo 1999

Falkanger, Aage Thor: «Sjur Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 Omsetningskollisjoner I og II» (bokanmeldelse), *Lov og Rett* nr. 1/2000 (Volum 59) s. 56-64

Fjørtoft, Tore og Ole Gjems-Onstad: *Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift*, Oslo 2009

Fjørtoft, Tore: *Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak*, Oslo 2014

Fleischer, Carl August: «Obligatoriske kravs rettsvern», *Lov og rett* 1964 s. 449-463

Fleischer, Carl August: «Anvendelse og fortolkning av dommer», *Jussens Venner* 1965 s. 146-208

Fleischer, Carl August: «Tinglysning», *Jussens venner* 1968 s. 269-321

Fleischer, Carl August: «Eigedomsretten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot ‘det substansielle eigedomsomgrepet’» i *Jus og jord. Heidersskrift til professor Olav Lid på 70-årsdagen*, Oslo 1978 s. 81-94

Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998

G

Giertsen, Johan: *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014

Giertsen, Johan: *Kontrakter. Ytelse og pris*, Oslo 2019

Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen og Karl Marthinussen: *NS 8407. Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise med kommentarer*, 1. utgave, Oslo 2012

Gjelsvik, Nikolaus: *Norsk Tingsret*, 2. utgave, Oslo 1926

Gjelsvik, Nikolaus: *Norsk Tingsrett*, 3. utgave ved Erik Solem, Oslo 1936

Graver, Hans Petter: «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2/2011 (volum 124) s. 230-249

Göranson, Ulf: *Traditionsprincipen*, Uppsala 1985

H

Haaskjold, Erlend: *Kontraktsforpliktelse*, 2. utgave, Oslo 2013

Haaskjold, Erlend: *Obligasjonsrett. En innføring*, Oslo 2017

Hagerup, Francis: «Bør Grundbøgerne tillægges offentlig troværdighed?», *Forhandlinger på det sjette nordiske juristmøde i Kristiania*, bilag nr. 3, Kristiania 1888

Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011

Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud: *Entrepriserett*, Oslo 2014

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik: *Erstatningsrett*, 2. utgave, Oslo 2019

Hallsteinsen, Peter: *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018

Hammer, Ulf, Trond Stang, Sverre B. Bjelland, Yngve Bustnesli og Amund Bjøranger Tørum: *Petroleumsloven*, Oslo 2009

Haraldsen, Jan Fr.: «Leasing med restverdi – salgspant eller utleie?», *Lov og Rett* nr. 5/2002 (volum 41) s. 295-306

Hauge, Hilde: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner. Analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Oslo 2009

Hauge, Hilde: *Løsøreerverts kreditorvern*, Bergen 2016

Hellner, Jan: *Metodeproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm 2001

Hov, Jo: *Avtalerett*, 3. utgave, Oslo 1993

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg: *Alminnelig avtalerett*, 1. utgave, Oslo 2009

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg: *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2017

Huser, Kristian: *Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3 – Omstøtelse*, Bergen 1992

Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.): *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019

Høstmælingen, Njål: *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Oslo 2012

Håstad, Torgny: *Sakrätt, avseende lös egendom*, 6. utgave, Stockholm 1996

Håstad, Torgny: «Specialitetsprincipen, och pragmatiska undatag från denna» i Jan Kleineman (red.): *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, Stockholm 2019 s. 199-207

I

Irgens-Jensen, Harald (red.): *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utgave, Oslo 2019

J

Jacobsen, Jørn RT: «Om omgrepet 'juridisk metode'», *Jussens Venner* nr. 6/2003 (volum 38) s. 360-375

K

Kaasen, Knut: *Tilvirkningskontrakter. Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*, Oslo 2018

Kaser, Max, Rolf Knütel & Sebastian Lohsse: *Romersk privaträtt*, 21. utgave, München 2017, svensk oversettelse av Claes Peterson utgitt i Stockholm 2017

Kjørven, Marte Eidsand, Herman Bruslerud, Håvard H. Holdø, Jon Vegard Lervåg, Mona Nygård og Espen Nyland: *Foreldelse av fordringer*, Oslo 2011

Knetsch, Jack L.: «The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves», *The American Economic Review* nr. 5/1989 (volum 79) s. 1277-1284

Knoph, Ragnar: *Åndsretten*, Oslo 1936

Koktvedgaard, Mogens: «Den nye økonomis krav til Immaterialretten» i *Nordisk immateriell Rättsskydd*, 2000 s. 536-541

Kolrud, Helge Jakob, Olav Bergsaker, Erik Davidsen, Jarle W. Holstrøm, Johnny Johansen, Inger-Johanne Lund, Dag Arne Ruud, Tor Wilhelm Seim og Bjørg Ven: *NS 8405. Kommentaarutgave*, Oslo 2004

Konow, Berte-Elen R: «Den norske interesselæren og pragmatisme i norsk tingsrett» i Jan Kleineman (red.): *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, Stockholm 2019 s. 183-197

Korobkin, Russell: «The endowment effect and legal analysis», *Northwestern University Law Review* nr. 3/2003 (volum 97) s. 1227-1293

Kozinski, Alex: «What i ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making», *Loyola of Los Angeles Law Review* nr. 4/1993 (volum 26) s. 993-1000

Kristiansen, Henning: «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 2/2020 (volum 18) s. 108-125

Kristiansen, Mari Klungsøyr: «'Objektiv proforma' – med særlig fokus på kreditorbeslag», *Jussens Venner* nr. 5/2020 (volum 77) s. 275-303

Krüger, Kai: *Pengekrav*, 2. utgave, Bergen 1984

L

Langseth, Erik: «Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?», *Tidsskrift for eiendomsrett*, nr. 2/2014 (volum 10) s. 83-91

Liland, Anders H.: *Fusjon og fisjon av selskaper*, Oslo 2016

Lilleholt, Kåre: *Personskifte i husleigeforhold*, Bergen 1986

Lilleholt, Kåre: *Kreditorvern* i Det juridiske fakultets skriftserie nr. 14 – Universitetet i Bergen, Bergen 1988

Lilleholt, Kåre: «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens Venner* nr. 2/1996 (volum 60) s. 69-97

Lilleholt, Kåre: «Sjur Brækhus: Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet. 2. utgave» (bokanmeldelse), *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 4/1996 (volum 138) s. 719-721

Lilleholt, Kåre: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave, Oslo 1999

Lilleholt, Kåre: «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussen Venner* nr. 2/2000 (volum 56) s. 49-60

Lilleholt, Kåre: «Ownership of Goods in the Draft Common Frame of Reference» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.): *Festskrift til Torgny Håstad*, Uppsala 2010 s. 447-454

Lilleholt, Kåre: «Der ingenting er...», *Lov og rett*, nr. 7 2010 (volum 49) s. 369-370

Lilleholt, Kåre: *Allmenn formuerett*, 1. utgave, Oslo 2012

Lilleholt, Kåre: «Oppgjør ved eigedomskjøp utan usikra kreditt», *Lov og rett* nr. 1/2015 (volum 54) s. 39-57

Lilleholt, Kåre: *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017

Lilleholt, Kåre og Christian Fr. Wyller: *Borettslovene med kommentarer*, 2. utgave, Oslo 2018

Lilleholt, Kåre: *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018

Lilleholt, Kåre: «Grunnsetningar i formueretten» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.): *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019 s. 334-342

Lindebrække, Sjur: *Eiendomsrett og konkursbeslag*, Bergen 1946

Lindskoug, Patrik: «Avtalprincip eller traditionsprincip: Några sakrättsliga erfarenheter från det danska perspektivet», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 2/2015 (volum 128) s. 184-221

Lund, Maria Vea: *Passivitet*, Oslo 2017

Lyngtveit-Petersson, Christina: *Oppgjør av eiendomshandler - Mellommannsrollen ved eiendomsoppgjør*, Oslo 2013

Løtveit, Bjørn: «Vilkårene for opplåning av pant», *Lov og Rett* nr. 10/2018 (volum 57) s. 625-645

Løtveit, Bjørn: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter* (upublisert doktoravhandling), Tromsø 2019

Løtveit, Bjørn: «I hvilken grad bør domstolene og rettsvitenskapen utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område?», *Jussens Venner* nr. 1/2020 (volum 55) s. 28-51

Løvold, Vibeke Irene: *Brækhus' omsetning og kreditt I. Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*, Oslo 2015

Løvold, Vibeke Irene: *Konkursrett. Kort forklart*, Oslo 2019

M

Magnussen, Roger Stelander: *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv* (upublisert doktoravhandling), Tromsø 2015

Marthinussen, Hans Fredrik: «Hevd som rettsvernsurrogat?», *Jussens Venner* nr.4/2003 (volum 38) s. 264-275

Marthinussen, Hans Fredrik: «Ulovfestet ekstinksjon», *Jussens Venner* nr.1/2006 (volum 41) s. 1-29

Marthinussen, Hans Fredrik: «Om europeisering av tingsretten – særlig i lys av den europeiske menneskerettighetsdomstols avgjørelser i Pye-saken», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 2/2008 (volum 121) s. 179-208

Marthinussen, Hans Fredrik: *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Oslo 2010

Marthinussen, Hans Fredrik: «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter», *Jussens Venner* nr. 2/2011 (volum 46) s. 87-130

Marthinussen, Hans Fredrik: «Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode» (bokanmeldelse), *Lov og rett* nr. 4/2013 s. 317-319

Marthinussen, Hans Fredrik: *Tredjemannsproblemene – Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 1. utgave, Oslo 2016

Marthinussen, Hans Fredrik: «'Forusstranda': Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens venner* nr. 2/2017 (volum 52) s. 67-97

Marthinussen, Hans Fredrik: *Tredjemannsproblemene – Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2. utgave, Oslo 2019

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2016

Martinson, Claes: *Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en förmögenhetsrättslig studie*, Uppsala 2002

Martinsson, Claes: «How Swedish Lawyers Think about ‘Ownership’ and ‘Transfer of Ownership’ – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?» i Wolfgang Faber og Birgitta Lurger (red.): *Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, München 2008 s. 69-95

Martinson, Claes «Ejendomsrettens overgang – Norden kontra verden», Forhandlingene ved det 38. nordiske Juristmøde i København 2008, publisert i Kavita Bäck Mirchandani og Kristina Ståhl (red.): *Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18-19 augusti 2011. Del II*, Stockholm 2012 s. 823-843

Martinson, Claes: «The Scandinavian Approach to Property Law, Described through Six Common Legal Concepts», *Juridica International* volum 22/2014, s. 16-26

Martinson, Claes: «Något om behoven av att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen – Segelbåtfallet» i Lars Gorton, Lars Heuman, Annina H Persson og Gustaf Sjöberg (red.): *Festskrift til Göran Millqvist* s. 461-480

Meland, Øystein: *Skipsbygging. Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt*, Bergen 2006

Michalsen, Dag: *Rett. En internasjonal historie*, Oslo 2011

Millqvist, Göran: *Sakrättens grunder. En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 8. utgave, Stockholm 2018

Mo, Einar: «Kritisk blikk på Fårøya-dommen», *Tidsskrift for eiendomsrett* nr. 1/2017 (volum 13) s. 59-70

Monsen, Erik: «Hensynet til sammenheng i regelverket på kontraktslovgivningens område», *Jussens Venner* nr. 4/2018 (volum 53) s. 227-249

Mortensen, Peter: *Indledning til tingsretten – tredjemannskonflikter vedrørende løsøre*, 2. utgave, København 2009

Morewedge, Carey K. og Colleen E. Giblin: «Explanations of the endowment effect: an integrative review», *Trends in Cognitive Sciences* nr. 6/2015 (volum 19) s. 339-348

Mæhle, Synne Sæther: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner* nr. 5-6/2004 (volum 39) s. 329-342

Mæland, Øystein: *Skipsbygging. Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt*, Bergen 2006

N

Nazarian, Henriette: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007

Nazarian, Henriette med bidrag fra Anna Nylund: *Konkursrett*, Oslo 2012

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen 2004

Nyheim, Per: «Konkursbeslag i leasingkundens rett etter standardkontrakten om finansiell leasing», *Lov og Rett* nr. 3-4/1994 (volum 33) s. 169-191

P

Paulsen, Jens: *Insolvensret – Konkurs*, København 2010

R

Reusch, Marianne: «Helstøpt om hevd», bokanmeldeles av Lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentarar av Borgar Høgetveit Berg, *Lov og rett* nr. 6/2006 (volum 45) s. 378-382

Rognstad, Ole-Andreas: «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterte rettigheter?», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 5/2016 (Volum 129) s. 518-538

Rognstad, Ole-Andreas: *Property aspects of intellectual property*, Cambridge 2018

Ross, Alf: *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, København 1934

Ross, Alf: *Ejendomsret og ejendomsovergang*, København 1935

Ross, Alf: «Tû-Tû», *Festskrift til professor, Dr. juris Henry Ussing 5. maj 1951*, O. A Borum og Knud Illum (red.), København 1951 s. 468-484

Ross, Alf: «Tû-Tû», *Harvard Law Review* nr. 5/1957 (volum 70), s. 812-825

Røed, Anne Cathrine: *Foreldelse av fordringer. Kommentarer til foreldelsesloven og foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen. Bind I*, 4. utgave, Oslo 2019

Røsæg, Erik: «Fire kjjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i *Selskap kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 s. 253-265

S

Salvesen, Sverre Magnus B.: «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A», *Jussens venner* nr. 4/2018 (volum 53) s. 205-226

Samuelsson, Joel: “Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet”, *Europarättslig tidskrift* nr. 1/2009 (volum 12) s. 63-86

Sandvik, Tore: «Proforma-overdragelse av fast eiendom», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1967 s. 48-75

Sandvik, Tore: «Eiendomsovergang og kreditorbeslag ved tilvirkningskontrakter», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1968 s. 445-480

Sandvik, Tore: *Kommentar til NS 3401*, Oslo 1991

Scheel, Herman: *Forelæsninger over norsk tingsret*, Oslo 1912

Skoghøy, Jens Edvin A.: «Pantsettelse av immaterielle rettigheter» i Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke (red.): *Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997*, Oslo 1997 s. 935-945

Skoghøy, Jens Edvin A.: «Lovreformer og nye avgjørelser innenfor panterett», *Lov og Rett* nr. 9/2001 (volum 40) s. 515-540

Skoghøy, Jens Edvin A.: «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.): *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 s. 564-574

Skoghøy, Jens Edvin A.: «Dommeratferd og dommerbakgrunn – Særlig om yrkesbakgrunnens betydning for utfallet av tvister mellom private og det offentlige», *Festskrift til Torgny Håstad*, Uppsala 2010, s. 711-726

Skoghøy, Jens Edvin A.: «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?» i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.): *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 254-290

Skoghøy, Jens Edvin A.: «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn')», *Jussens Venner* nr. 6/2015 (volum 50) s. 287-309

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Panteloven med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2016

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018

Solheim, Stig H.: «Eiendomsrettsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø», *Tidsskrift for eiendomsrett*, nr. 2/2006 (volum 2) s. 105-108

Solheim, Stig H.: *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 1. utgave, Oslo 2010

Stang, Fredrik: *Innledning til formueretten*, 3. utgave, Oslo 1935

Stang, Fredrik: *Historisk innledning til formueretten*, Oslo 1974

Sunde, Jørn Øyrehagen: *Speculum legale – Rettspegelen*, Bergen 2005

Sæbø, Rune: *Innsidehandel med verdipapir*, Bergen 1995

Sæbø, Rune: «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs», *Lov og Rett* nr. 2/1996 (volum 35) s. 123-141

T

Thaler, Richard: «Toward a positive theory of consumer choice», *Journal of Economic Behavior and Organization* nr. 1/1980 s. 39-60

Truyen, Filip: «Overgivelseskriteriet ved selgerens stansingsrett», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1990 s. 342-389

Tørum, Amund Bjøranger: «Konsekvens i formueretten», *Jussens Venner* nr. 4-5/2002 (volum 37) s. 314-339

Tørum, Amund Bjøranger: *Direktekrav. Særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entrepriser. Formuerettslige analyser i komparativ belysning*, Oslo 2007

Tørum, Amund Bjøranger: «Tolking av kommersielle kontrakter – et analyseverktøy», *Jussens Venner* nr. 1/2019 (volum 54) s. 1-38

U

Ussing, Henry: *Aftaler paa Formuerettens Omraade*, 3. utgave, København 1950

V

Vinding Kruse, Frederik: *Ejendomsretten II*, 3. utgave, København 1951

W

Watson, Alan m.fl.: *The Digest of Justinian, Volume 4, translation edited by Alan Watson*, Pennsylvania 2011

Wold, Erik: «Immaterialrettigheter som dekningsobjekt», *Lov og Rett* nr. 5/2006 (volum 45) s. 272-297

Wolfgang Faber: «Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective» i Wolfgang Faber og Birgitta Lurger (red.): *Rules for the Transfer of Movable. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, München 2008 s. 97-122

Woxholth, Geir: *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2014

Woxholth, Geir: *Avtalerett*, 10. utgave, Oslo 2017

Ø

Øie, Toril Marie og Magnus Matningsdal: «Norges Høyesterett som prejudikatdomstol» i Lars Edlund, Johnny Herre, Svante O. Johansson, Jan Kleineman og Gertrud Lennander (red.): *Festskrift til Stefan Lindskog*, Stockholm 2018 s. 863-880

Ørjasæter, Jo: «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Formuerettens grunnbegreper belyst gjennom valgte fragmenter» i *MarIus* nr. 488 (2015)

Ørjasæter, Jo: «Forledelse, ugyldighet og vindikasjon», *Jussens Venner* nr. 3/2015 (volum 50) s. 119-149

ANNET

Juristkontakt nr. 5/2017

Erlend Baldersheim: «-Lægreid tek feil om nynorsk i jussen», artikkel publisert på www.advokatbladet.no (link: <https://www.advokatbladet.no/laegreid-tek-feil-om-nynorsk-i-jussen/151554>)

Olav Lægreid: «Trenger vi motkultur i jusen?», artikkel publisert på www.advokatbladet.no (link: <https://www.advokatbladet.no/sprakdebatt/trenger-vi-motkultur-i-jusen/151446>)

