



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Overlevering som rettsvernsakt for uregistrerbart løsøre i rettshistorisk, rettskildemessig og rettspolitisk belysning

På bakgrunn av HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige)

Sivert Lagesen

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902, våren 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskildebildet.....	2
1.4	Begrepsavklaring.....	3
1.4.1	Rettsvern.....	3
1.4.2	Debitor, kreditor og suksessor.....	3
1.5	Reelle hensyn	3
1.5.1	Kreditorsvik.....	3
1.5.2	Kredittmomentet.....	4
1.5.3	Notoritet	5
1.5.4	Publisitet.....	5
1.5.5	Koherens.....	6
2	Kreditors beslagsrett.....	6
2.1	Kreditors beslagsrett, jf. dekl. § 2-2.....	7
2.2	Rettsvernsreglenes innvirkning på kreditors beslagsrett.....	8
3	Overleveringskravet som rettsvernsakt	9
3.1	Historikk.....	9
3.1.1	Tradisjonsprinsippet	9
3.1.2	Avtaleprinsippet	12
3.1.3	Norsk rett.....	12
3.2	Forholdet til håndpant og godtroerverv.....	15
3.3	Utenfor selgers rådighet.	18
4	Interesselæren.....	22
4.1	Innledende om interesselæren	22
4.2	Rettspraksis	23

4.2.1	Rt. 1909 s. 734 (Tømmerdommen)	23
4.2.2	Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)	24
4.2.3	Rt. 1912 S.263 (Jernskapdommen)	26
4.3	Nærmere om interesselæren	27
4.3.1	Genus og spesieytelser	28
4.4	Interesselærens subjektive side	30
4.4.1	Rt. 1997 s. 1050 (Momentum)	30
4.4.2	Rt.1998 s. 268 (Cruise Charter)	31
4.4.3	Kritikk av interesselæren sett i lys av Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268.....	31
5	HR 2021-2248-A.....	35
5.1	Faktum.....	35
5.2	Flertallet	36
5.2.1	Overlevering som hovedregel	36
5.2.2	Salg og tilbakeleie	39
5.2.3	Adgangen til å gjøre unntak fra hovedregelen	41
5.3	Mindretallet	43
5.4	Flertallet og mindretallets ulike vektning av rettskildene	45
6	Unntak for forbrukerkjøp	46
6.1	Faren for kreditorsvik	46
6.2	Gode grunner for å ikke kreve rettsvernsakt	48
6.3	Vilkår for rettsvern tilknyttet forbrukerkjøp	51
7	Avsluttende betraktninger	53
8	Litteraturliste	56

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Spørsmålet om når suksessor har oppnådd rettsvern ovenfor debtors kreditorer har vært diskutert i en eller annen form i over to tusen år. Diskusjonen strekker seg helt tilbake til romerretten, men er like aktuell i dag. Lovgiver har for de fleste formuesgoder lovregulert rettsvernsakten som må foretas for å oppnå rettsvern, men for uregistrerbart løsøre har lovfestingen latt vente på seg.

Det har vært opp til teoretikerne og domstolen å sette de nærmere grensene for når suksessor har oppnådd kreditorvern. Diskusjonen har lenge gått på om man igjennom den rene avtale – avtaleprinsippet – kan oppnå rettsvern, eller om gjenstanden må overleveres til suksessor – tradisjonsprinsippet – for å oppnå rettsvern. På bakgrunn av manglende lovregulering vil rettsvernsakten for uregistrerbart løsøre bli vurdert i et rettkildemessig lys, hvor særlig de reelle hensynene som begrunner regelen vil fremheves.

Den rådende rettsoppfatningen har i en lengre periode vært at det må foreligge en overlevering av løsøretingen fra debitor til suksessor for at suksessor skal ha oppnådd rettsvern. Hovedargumentet for at det må foreligge en overlevering er at det er med på å unngå kreditorsvik og oppfyller kravet til notoritet. I hvor stor grad overlevering i realiteten er med på å sikre de nevnte interessene vil bli drøftet i denne oppgaven. Teknologien har utviklet seg i så stor grad at det kan stilles spørsmål med om begrunnelsene for overleveringskravet gjør seg like gjeldende i dag.

Hvis det stilles et krav om overlevering, må det også settes en grense for når løsøret regnes som overlevert. Det finnes flere typetilfeller der det kan stilles tvil om gjenstanden faktisk er overlevert eller ikke. Overleveringskravet har klare rettshistoriske spor tilbake til romerretten, og for å få oversikt over behovet og grensedragningen for overlevering, må man ta et rettshistorisk dypdykk.

Videre er spørsmålet om det eventuelt finnes unntak fra denne hovedregelen. Vil suksessor i noen tilfeller kunne opparbeide seg rettsvern før overlevering har funnet sted? *Sjur Brækhus* og *Axel Hærem* konstruerte i sin tid et unntak fra overlevering i de tilfellene debitor fortsatt var i besittelse av tingen i kjøpers interesse. Dette unntaket er i dag kjent som interesselæren og er blitt anerkjent som gjeldende rett. Jeg vil foreta en nærmere utredning og drøftelse av interesselæren i en rettspolitisk belysning.

Høyesterett har i HR-2021-2248-A premiss 68 uttalt «Som hovedregel eller utgangspunkt gjelder det altså et krav om at selger må fratras rådigheten over gjenstanden for at kjøper skal få rettsvern». Det vil bli foretatt en analyse av Høyesteretts avgjørelse, hvor jeg kommer til å gi uttrykk for mine rettspolitiske synspunktet og klarlegge hva dommen er prejudikat for.

Det vil også drøftes om det eventuelt burde eksistere et unntak for forbrukerkjøp i lys av HR-2021-2248-A. Faren for antedaterte dokumenter er ikke like stor, og forbrukerhensyn vil kunne tale for at et slikt unntak burde eksistere.

1.2 Avgrensning

Oppgaven avgrenses til å omhandle suksessors rettsvern i uregistrerbart løsøre ovenfor debtors kreditorer. Med kreditorer menes både konkursbeslag og enkeltforfølgende kreditor. Reglene om etablering av rettsvern for godtroervert vil ikke bli behandlet. Ut ifra oppgavens naturlige rammer vil ikke hvert enkelt typetilfelle eller unntak behandles, og det vil dermed også avgrenses mot unntaket for tilvirkningskjøp.

Rettsvern er et av flere regelsett som er med på å forhindre kreditorsvik i beslagsretten. Reglen om omstøtelse, proformaavtaler og gavesalg er andre virkemidler som brukes for å hindre debtors illojale oppreden ovenfor kreditor. Det avgrenses mot en nærmere redegjørelse for de andre beslagsreglene, med det forbehold om at de vil bli brukt i oppgaven. Beslagsretten er et stort rettsfelt og en drøftelse av rettsvern vil gi liten verdi hvis man ikke drøfter det i lys av de andre beslagsreglene.

1.3 Rettskildebildet

Overlevering som vilkår for at kjøper skal ha oppnådd rettsvern ovenfor selgers kreditorer har over en lengre tid ikke hatt begrunnelse i primære rettskilder. Lovgiver har ikke uttalt seg om problemstillingen, og ikke før i HR-2021-2248-A stadfester Høyesterett overleveringskravet som sikker rett. Høyesterett har i tidligere dommer Rt. 1909 s. 734, Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 vært innom temaet, men rettsoppfatningen har over tid endret seg, og den rettskildemessige vekten av disse dommene har blitt svekket over tid.

Få primære rettskilder har ikke ført til mangel på sekundære rettskilder. Rettskildebildet består i stor grad av juridisk teori, hvor forfatterne bygger sin argumentasjon ut ifra de reelle hensyn som gjør seg gjeldende for problemstillingene. Avhandlingen vil på bakgrunn av dette i større grad være preget av teoretiske innslag og hensynsbaserte drøftelser.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Rettsvern

Med rettsvern vil det i denne oppgaven siktes til det tilleggsvilkåret som må være oppfylt for at en disposisjon står seg mot senere kreditorbeslag i samme formuesgode.¹ Dersom erververen ikke har oppnådd rettsvern før kreditor har krevd beslag, vil kreditor ekstingvere erververs rett og dermed selv vinne rett til tingen. Rettsvern regulerer ikke bare de tilfeller der en av partene i konflikten er en kreditor. Reglene er et unntak fra prinsippet om *først i tid, best i rett*, og vil løse de fleste konflikter der flere parter har rett til samme formuesgode.

1.4.2 Debitor, kreditor og suksessor

Debitor, kreditor og suksessor brukes i denne oppgaven som betegnelser på de ulike fysiske og juridiske personene i de ulike konfliktstilfellene. Debitor er hovedpersonen som i utgangspunktet er eier av det uregistrerte løsøret. Suksessor er den personen debitor har overdratt løsøret til, i de fleste tilfellene igjennom et salg. Kreditor er enten en enkeltofølgende kreditor eller alle debitors kreditorer samlet som forfølger sine krav mot debitor. Både kreditor og suksessor har begge et krav mot debitor i det samme formuesgode, og tvisten som oppstår er spørsmålet om hvem som har vunnet rett til formuesgode. Dersom suksessor har oppnådd rettsvern for løsøret vil kreditors rett bli ekstingvert. Reglene om rettsvern må ses i sammenheng med de øvrige reglene i beslagsretten, og suksessors rett til løsøret vil ikke ha et absolutt vern mot debitors kreditorer. Kreditor kan påberope reglen om proforma og omstøting, og vil kunne vinne rett til løsøret selv om suksessor har oppnådd rettsvern.

1.5 Reelle hensyn

For reglene om kreditorbeslag gjør flere legislative hensyn seg gjeldende. Nedenfor vil det kort bli redegjort for de hensyn som gjør seg gjeldende for kreditorbeslag i uregistrerbart løsøre.

1.5.1 Kreditorsvik

Det sentrale hensynet som gjør seg gjeldende i reglene om kreditorbeslag i uregistrerbart løsøre er faren for kreditorsvik. Debitor ser at han har en sviktende økonomi og realiteten av en konkurs er nærstående. For å unngå at kreditor skal kunne ta beslag i hans gjenstander

¹ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 227

inngår debitor en fiktiv avtale med suksessor om at han skal være i besittelse av gjenstandene slik at kreditor ikke skal kunne ta beslag i dem.

Debitors hensikt med en slik handling kan enten være at han med et senere tidspunkt skal kunne få gjenstand tilbakelevert, eller bare ønsker at alle andre enn kreditor skal være i besittelse av gjenstandene.² Det er på grunn av faren for slike illojale handlinger av debitor at man tillater kreditor i visse tilfeller å ta beslag i tredjemanns gjenstander.³

I andre tilfeller vil debitor påstå at gjenstanden han besitter ikke tilhører ham når kreditor kommer og banker på døren. Det kan friste for debitor å påstå at gjenstanden tilhører en annen og at han i dette tilfellet bare låner gjenstanden. Som bevis vil han vise til en fiktiv avtale om lån av gjenstanden.

Det vil ikke være i alle tilfellene debitor har en svikaktig hensikt ved sin bortforklaring av hvorfor kreditor ikke kan ta beslag i den gitte gjenstanden. I flere tilfeller vil gjenstanden faktisk tilhøre suksessor og man må dermed ha beslagsregler som også beskytter suksessor.

1.5.2 Kredittmomentet

Det er i juridisk teori en oppfatning om at i de tilfellene en kjøper forhåndsbetaler for en vare som ikke overleveres med en gang, har han egentlig ytt selger kreditt.⁴ Med å yte kreditt vil kjøper bare ha et dividendekrav mot kjøpers bo i de tilfellene selger går konkurs. Kjøper vil bli likestilt med de andre kreditorene til selger og vil dermed ikke ha fortrinnsrett til å kreve separatistrett.

I det kjøper har oppnådd rettsvern for løsøret vil han ikke lenger regnes som kreditor og dermed vinne rett til gjenstanden. I de tilfellene kredittmomentet ikke er like fremtredende og overdragelsen av løsøret fremmer en høy grad av notoritet, taler gode grunner for at kravet til rettsvernsakten vil kunne lempes og unntak fra kravet om overlevering vil kunne aktualisere seg.⁵

² Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 595

³ Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 477

⁴ Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 508 og Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 418

⁵ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 419

1.5.3 Notoritet

Hensynet til notoritet går ut på at noe er etterprøvbart.⁶ Dette vil si at man vil ha faktiske bevis på at en disposisjon er skjedd og hva denne disposisjonen innebærer. Kreditor og retten vil igjennom notoritetsakten som er foretatt kunne vurdere om det foreligger en reell overdragelse av eierforholdet til gjenstanden eller ikke.

Norsk retts rettsvernsregler er hovedsakelig bygget opp slik at det må foreligge en eller annen notifikasjonshandling for at tredjemannserverv skal være beskyttet mot kreditorbeslag.⁷ For fast eiendom må den nye eieren tinglyse overdragelsen etter lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning § 20 for å få vern mot selgers kreditorer. For realregistrerbart løsøre som fly og skip oppnår suksessor rettsvern ovenfor kreditor med registrering i skipsregistret, jf. lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten § 23 og lov 11. juni nr. 101 1993 om luftfart § 3-26.

Andre eksempler på notifikasjon vil kunne være skriftlige avtaler, overlevering, melding til kreditor om overdragelsen og bevis for at gjenstanden er betalt for, f.eks. med kvittering eller bankutskrift. De forskjellige notoritetsaktene har både sine styrker og svakheter. En nærmere vurdering av alle de forskjellige notoritetsaktene vil ikke bli foretatt.

1.5.4 Publisitet

Kreditorekstinksjonsreglene i norsk rett bygger ikke bare på notoritet, men også på hensynet til publisitet⁸. Publisitetshensynet går ut på at den som vil skal lett finne fram til informasjon om en juridisk disposisjon. Kreditor vil ha stor interesse i å ha oversikt over debitors økonomiske stilling. Dette fordi kreditors mulighet for tilbakebetaling beror på debitors økonomi. Dersom debitor begynner å avtale kontrakts- eller utleggspant i sine eiendeler vil dette kunne gi et signal til kreditor om at han må foreta seg noe for å sikre sitt krav.⁹

Igjennom publisitet vil kreditor ha muligheten til fortløpende å vurdere om debitors økonomi er i en slik stilling at han må ta grep og f.eks. kreve utlegg, forhandle seg til kontraktspant

⁶ Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2018) s. 35

⁷ Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 596

⁸ Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 597

⁹ Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 597

eller forsøke å slå debitor konkurs. Kreditor vil også ha mulighet til å se at debtors midler er fri for heftelser og økonomien så sterk at man ikke trenger å foreta seg noe.¹⁰

Publisitetshensynet vil i varierende grad gjøre seg gjeldende som hensyn for kreditorbeslag. Det vil variere ut ifra hvilket formuesgode det er snakk om. Publisitet igjennom grunnboken for fast eiendom vil ha stor betydning. I motsetning vil hensynet ikke stå seg like sterkt ovenfor overdragelse av uregistrerbart løsøre. Videre drøfting av hvorfor publisitetshensynet ikke gjør seg like gjeldende for uregistrerbart løsøre vil bli tatt senere i oppgaven og vil dermed ikke drøftes under dette punktet.

1.5.5 Koherens

Koherens betyr i utgangspunktet sammenheng i de språklige og skriftlige fremstillingsmåtene. En argumentasjonsrekke vil ha koherens i de tilfellene argumentene henger sammen og underbygger det endelige poenget som blir fremmet. På det juridiske plan vil koherens ikke bare spille inn i rettsanvenderens argumentasjon, men også hans vurdering av rettskildene. En rettsanvender med et ideal om å fremme koherens vil vinkle sin argumentasjon i en retning som fremmer et helhetlig, stringent, konsistent og logisk system.¹¹ En koherent vurdering av en regel vil ikke bare ta utgangspunkt i lovteksten og de tilhørende rettskildene, men i større grad se på helhetsbilde. Den spesifikke regel er bare en puslebrikke som må tilpasses slik at den passer sin plass i puslespillet. Rettsanvenderens oppfatning av hva som er rett og galt i det enkelte tilfellet vil i større grad bli satt til side, og man vil forholde seg til de overordnede retningslinjene for at regelen skal passe inn i systemet.¹²

Koherens vil på den ene siden fremme forutberegnelighet i regelsettene, og vil kunne brukes som hjelpemiddel for å klarlegge uklare rettsspørsmål hvor det er mangel på primære rettskilder. På den andre siden vil koherens i mindre grad gi spillerom for unntak i konkrete enkeltsaker, hvor resultatet av en koherent rettskildetolkning vil føre til et urimelig resultat.

2 Kreditors beslagsrett

I dette kapitlet vil det redegjøres for reglene om kreditorbeslag etter lov 8 juni nr. 59 om fordringshavers dekningsrett § 2-2. Dette skyldes at reglene om rettsvern for uregistrerbart

¹⁰ Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 597

¹¹ Salvesen, «Hensynet til koherens i den dynamiske tingsretten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021 s. 410-433

¹² Salvesen, «Hensynet til koherens i den dynamiske tingsretten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021 s. 410-433

løsøre i hovedsak aktualiserer seg i det tilfellet man står overfor en dobbeltsuksesjon der debitor har overdratt en gjenstand til en annen og kreditor prøver å søke dekning i den gitte gjenstanden. Videre vil det klarlegges på hvilken måte rettsvernsreglene påvirker kreditors beslagsrett.

2.1 Kreditors beslagsrett, jf. dekl. § 2-2

Hovedregelen om kreditors beslagsrett følger av dekl. § 2-2. Som utgangspunkt har kreditor bare rett til dekning i de formuesgodene som «tilhører skyldneren» på beslagstidspunktet og som kan gjøres om til penger.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «tilhører skyldneren på beslagstidspunktet» taler for at det er nok at debitor er den reelle eier av den aktuelle gjenstanden på beslagstidspunktet for at kreditor skal kunne ta beslag i den.¹³ Kravet om at debitor må være den reelle eier av gjenstanden reiser flere spørsmål om hva kreditor egentlig kan kreve beslaglagt.

Det første tilfellet som blir tatt stilling til er når debitor fremstår utad som eier av gjenstanden, men den tilhører egentlig en annen.¹⁴ En av hovedreglene i dynamisk tingsrett er at man ikke kan overføre større rett enn en selv har, noe som taler for at kreditor ikke vil ha mulighet til å beslaglegge gjenstanden.

Det finnes unntak fra denne hovedregelen der en godtroende avtaleerverver kan vinne større rett, eksempelvis i lov 2 juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre § 1, lov 17 februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev § 14 og lov 7 juni nr. 2 om tinglysning § 27.¹⁵ Kreditor har ikke en like sterk rett til beslag etter dekl. § 2-2. Dette skyldes at de hensyn som begrunner godtroende avtaleerververs ekstinksjon ikke gjør seg like gjeldende ovenfor ekstingverende kreditor. Godtroende avtaleerverver bygger på debitors legitimasjon til å avhende en spesifikk gjenstand til seg, og vil dermed kunne vinne rett.

¹³ Andenes, *Konkurs* (2009) s. 156

¹⁴ Andenes, *Konkurs* (2009) s. 156

¹⁵ Andenes, *Konkurs* (2009) s. 157

Kreditor på sin side har tatt en risiko med å yte kreditt til debitor, og er innforstått med at han bare vil ha dekning i debitors bo. Den risiko kreditor tar vil i de fleste tilfeller bygge på debitors betalingsevne, ikke hvilke spesifikke formuesgoder debitors bo inneholder.¹⁶

I dom inntatt i HR-2015-1844-U kom Høyesterett frem til samme resultat som drøftet ovenfor. I dette tilfellet hadde en kreditor fått utlegg i en borettslagsandel som debitor var registrert eier av, mens debitors bror var reell eier av. I premiss (15) uttales det at «kreditorene kan ikke bygge på debitors legitimasjon alene, og det kan da ikke skje noen ekstinksjon i tilfelle hjemmelsmannskonflikt.».

I motsatt tilfelle, der debitor på grunn av forholdene utad ikke ses på som eier, men på grunn av de underliggende forholdene er det, vil kreditor kunne ta beslag. Dette skyldes at kreditor ikke vil ha mindre rett enn hva debitor har¹⁷. Et eksempel på dette vil være at debitor låner vekk sin motorsag til naboen. Hvis debitor går konkurs vil kreditor ha rett til å beslaglegge motorsagen selv om naboen er i besittelse av den på beslagstidspunktet.

Heller ikke proforma avtaler vil kunne innskrenke kreditors beslagsrett. Høyesterett har i HR-2018-1265-a premiss (68) uttalt «Er overføringen proforma, «tilhører» formuesgodet fortsatt debitor.». En debitor kan altså ikke sikre seg mot kreditorbeslag med å inngå en proformaavtale med en tredjemann. For at tredjemann skal være sikret mot debitors kreditorer må overleveringen være reell.

2.2 Rettsvernsreglens innvirkning på kreditors beslagsrett

Det er ikke bare det reelle eierforholdet til gjenstanden som vil innvirke på om kreditor kan ta beslag eller ikke. Et krav om at tredjemann har opparbeidet seg rettsvern vil også være rådende for om kreditor kan ta beslag eller ikke.¹⁸ Ordlyden i dekl. § 2-2 taler ikke i seg selv for at suksessor må ha opparbeidet seg rettsvern for å være beskyttet mot debitors kreditorer. Som nevnt ovenfor i punkt 2.1 kan debitor bare søke dekning i de formuesgoder som «tilhører skyldneren». Det vil være det reelle eierforholdet som vil være avgjørende for om det tilhører

¹⁶ Andenes, *Konkurs* (2009) s. 157

¹⁷ Andenes, *Konkurs* (2009) s. 158

¹⁸ Andenes, *Konkurs* (2009) s. 245

debitor eller ikke. En skulle derfor i utgangspunktet kunne legge til grunn at det ville være nok for suksessor å bli den reelle eier for å være beskyttet mot debitors kreditorer.

Lovgiver har ikke hatt som intensjon å innskrenke kreditors beslagsrett til bare hva debitor er reell eier av. I NOU 1972:20 s. 255 står det at «Den nærmere grensen for beslagsretten i forhold til tredjemann kan likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene.».

Hvilken rettsvernsakt tredjemann må utføre for å opparbeide seg rettsvern vil variere ut ifra hvilket formuesgode som er overført fra debitor til suksessor. Som nevnt tidligere finnes det lovfestede rettsvernsakter for noen formuesgoder, -som f.eks. tinglysning for fast eiendoms andre formuesgoder som uregistrerbart løsøre har en ulovfestet sikringsakt.

3 Overleveringskravet som rettsvernsakt

For de fleste formuesgoder har lovgiver regulert hvordan suksessor skal kunne opparbeide seg rettsvern, men uregistrerbart løsøre er enda ikke regulert av lovgiver. Det har vært opp til domstolen og litteraturen å belyse når og hvordan man kan opparbeide seg rettsvern.

Retthistorisk sett har det vært uenighet om suksessor er vernet etter tradisjonsprinsippet eller avtaleprinsippet. Domstolen har i liten grad vært villig til å klarlegge rettstilstanden og har bare i noen få dommer rundt starten av 1900-tallet uttalt seg om problemstillingen og som senere har blitt brukt av *Brækhus* og *Hærem* til å konstruere interesselæren. Ikke før i HR-2021-2248-A uttaler Høyesterett seg på nytt om problemstillingen. En nærmere drøftelse av interesselæren og HR-2021-2248-A vil bli foretatt under i punkt 4 og 5.

Den videre fremstillingen av dette kapitlet vil innledningsvis ha et retthistorisk innslag av utviklingen av tradisjonsprinsippet og avtaleprinsippet. Dette for å vise hvordan problemstillingen om når suksessor har oppnådd vern mot debitors kreditorer, har utviklet seg over tid og hvor tradisjonssurrogatene springer ut av. Videre vil forholdet mellom rettsvernsakten for uregistrerbart løsøre, reglene om håndpant og godtroerverv drøftes nærmere, for deretter å gå dypere i selve rettsvernsakten for uregistrerbart løsøre.

3.1 Historikk

3.1.1 Tradisjonsprinsippet

Tradisjonsprinsippet har spor helt tilbake til Romerriket, og allerede i år 293 innførte keiser Diocletianus regelen «Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis

transferuntur».¹⁹ Oversatt til norsk lyder bestemmelsen slik «gjennom tradisjon og hevd, ikke ved avtale alene, blir eiendomsretten til tingen overført.». Bestemmelsen var inntatt i *ius gentium* som var regelsettet som regulerte handelen mellom romerne og ikke romerne.²⁰ For romerne var det helt klart at det som utgangspunkt måtte foreligge en overlevering av løsøregjenstanden for at suksessor skulle opparbeide seg rettsvern ovenfor debtors kreditorer.

Selv om romerne hadde overlevering som hovedregel, fant juristene på den tiden ut at overlevering ikke var den ideelle sikringsakten i alle tilfeller. Suksessor kunne eksempelvis allerede være i besittelse av gjenstanden i forbindelse med et lån, for deretter å ønske og kjøpe den. I et slikt tilfelle ville det være lite hensiktsmessig at suksessor måtte levere gjenstanden tilbake til debitor for deretter å få den overlevert igjen. Det kunne også oppstå tilfeller der gjenstanden befant seg hos en tredjemann, f.eks. at gjenstanden var til reparasjon, eller at gjenstanden rett og slett var for stor til at det ikke var hensiktsmessig for debitor å ta den med seg i det kjøpet ble gjennomført.

På grunn av slike tilfeller ble det utviklet en lære om *Tradicio ficta*, - oversatt til norsk tradisjonssurrogater - som på lik linje med overlevering ville gi suksessor rettsvern. Surrogatene deles opp i tre grupper og er som følgende *traditio brevi manu* - tingen er hos erverver på avtaletidspunktet -, *traditio longa manu* - tingen er hos tredjemann på avtaletidspunktet -, og *consitutum possessorium* - selger bevarer gjenstanden på vegne av kjøper.²¹

Grunnen til at det vokste fram et behov for klare rettsvernsregler i romertiden skyldes trolig krisetider på 200-tallet. Økonomien på denne tiden var dårlig og inflasjon og høye skatter var et økende problem.²² Som en følge av dette ble det en utvidet praksis av underpantsettelse for at borgerne skulle unngå skatteinnkreving. Det oppstod dermed et ønske om å komme frem til klare regler om når eiendomsretten til ting ble overført fra den en part til en annen.

¹⁹ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 37

²⁰ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 37

²¹ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 38

²² Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 40

3.1.1.1 Glossatorene og Humanistene 1000- til 1500-tallet

På 1000- og 1100-tallet ble den romerske retten gjenopptatt av glossatorene hvor de prøvde å systematisere de romerske rettsreglene i *corpus iuris*.²³ Etter glossatorenes oppfatning kunne de rettslige regler bare ha en riktig løsning og romernes tradisjonsprinsipp med surrogater var dermed et problem. Glossatorenes løsning på dette var å konstruere en fiktiv tradisjon i de tilfellen tradisjonsprinsippet ikke krevde overlevering – også kalt *quasi-traditio*.

En annen måte å løse dette problemet på var å legge inn et fysisk moment i surrogathandlingen som ikke krevde en fysisk forflytning av gjenstanden. Man kunne f.eks. skrive under på oppbevaringsavtalen av tingen med tingen i synet. Tankegangen bak dette var at synet som et av de fem sansene kunne erstatte kravet om fysisk overlevering.

Glossatorene så også en siste løsning på dette problemet, hvor de så på kravet om besittelse som et mer rettslig enn faktisk vilkår og at det ikke alltid var den fysiske overleveringen av tingen som hadde rettsvirkning for skifte av eierforholdet.²⁴

I middelalderen utviklet det seg en annen juridisk retning som ikke var like tro til de romerske rettskildene. De gikk ikke bort fra tanken om at tradisjon hadde et fysisk overleveringskrav, men de åpnet opp for at lokal byrett kunne utarbeide nye tradisjonssurrogater som ikke var bundet til den romerske retten.²⁵ På denne måten åpnet det seg opp en mulighet for at den rene avtale kunne være et tradisjonssurrogat i de forskjellige byrettene.

Kravet om fysisk overlevering ble også utfordret av 1500-tallets humanister, som mente at tradisjonskravet kunne tilfredsstilles ved hjelp av symbolikk.²⁶ Gjenstanden som skulle skifte eier trengte ikke lenger overleveres fysisk for at eierforholdet skulle gå over til erververen. Man kunne nå symbolisere eierskifte med å gi nøklene til rommet gjenstanden befant seg i, eller vise til et dokument hvor det sto at gjenstanden hadde fått en ny eier.

En av grunnene til at det var behov for et mer abstrakt tradisjonsprinsipp var at distansehandel ble mer utbredt og at fysisk overlevering dermed ikke var like praktisk. En kjøper som ikke har mulighet til å hente varen fordi det er flere dagers reise mellom ham og gjenstanden vil

²³ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 44

²⁴ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 45

²⁵ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 45

²⁶ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 46

kvie seg for å utføre handelen siden dette vil gjøre han eksponert for eventuelle kreditorbeslag eller tredjemannskonflikter.

Som en følge av dette ble det utviklet en rekke tradisjonssurrogater og rettstilstanden ble svært uklar. Det ble et økende behov for juridisk bistand i større handler for å klarlegge hva som var tilstrekkelig for å oppfylle tradisjonskravet.

3.1.2 Avtaleprinsippet

Avtaleprinsippet kom som en motreaksjon på tradisjonslæren og springer ut av middelalderens jurister som mente at den rene avtale ville holde for eieroverdragelse. Det var ikke behov for å fingere en fysisk besittelsesforskyvning for å få eiendomsretten over gjenstanden.²⁷

En sentral forkjemper for avtaleprinsippet var *Hugo Grotius* med sitt naturrettslige tankegods.²⁸ Han mente at naturens rett ikke krever noe annet enn partenes mening for at eiendomsretten skulle gå over.²⁹ Grotius avtaleprinsipp fikk nesten like stor oppslutning som det romerske tradisjonsprinsippet i sin tid. Avtaleprinsippet var ikke ment å være en kontrast til tradisjonsprinsippet, men heller en rasjonell og realistisk tankegang som tok hensyn til de romerske tradisjonssurrogatene.

Selv om Grotius tankegods fikk stor oppslutning, ble ikke avtaleprinsippet før i 1804 for første gang kodifisert i den franske Code civil. I tiden etter dette ville det vise seg at avtaleprinsippet skulle få stor oppslutning.³⁰

3.1.3 Norsk rett

I norsk rett har det vært en debatt i over 250 år imellom tradisjonslæren og avtalelæren. Diskusjonen startet på slutten av 1700-tallet da Norge fortsatt var underlagt Danmark.³¹ Den norske retten ble påvirket av dansk rett i lang tid etter løsrivelsen - av Danmark i 1814 - på grunn at et svakt juridisk miljø og få juridiske publikasjoner i Norge.

²⁷ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 46

²⁸ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 47

²⁹ Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 500

³⁰ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 48

³¹ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 404

På 1700-tallet var fortsatt den naturrettslige tankegangen rådende, og *Engelbrech Hesselberg*, *Jens Bing Dons* og *Lauritz Laurberg Kongslew* argumenterte for at eiendomsretten gikk over med avtaleinngåelse. Ikke før på slutten av århundret fikk man en motreaksjon hvor *Lauritz Nørregaard*, *Frederik Theodor Hurtigkarl* og *Peter Georg Bang* holdt seg til den romerske tankegangen og mente det måtte foreligge en overlevering.³²

Tradisjonslæren ble den rådende oppfatningen blant juristene etter *Anders Sandøe Ørsted* ga ut sin *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, hvor han la overleveringskravet til grunn, med det unntak at *constitutum possessorium* som tradisjonssurrogat var gjeldende rett.³³ *Ørsteds* oppfatning fikk også oppslutning i de norske domstolene, hvor man kan se at tradisjonslæren ble lagt til grunn som *de lege lata* i dommene UfL 1868 s. 170 og Rt. 1878 s. 412.

Motbevegelsen kom ikke før i 1884 hvor *Francis Hagerup* i sin doktoravhandling *Om Tradition som Betingelse for Overdragelse af Eiendomsret til Løsøre*, hvor han argumenterte mot tradisjonsprinsippet og mente det ikke «foreligger noget Præjudikat for den Meining, at Tradition er nødvendig til Overførelse av Eiendomsret».³⁴ Hagerups forståelse ble ikke lag til grunn som den rådende rettsoppfatningen på den tiden, men var nok sammen med *Carl Torp* med på å sette avtaleprinsippet på kartet igjen på starten av 1900-tallet. *Torp* på sin side mente at kjøperens vern ovenfor selgerens kreditorer og avtalesuksessorer måtte løses uavhengig av hverandre, ikke sammenkoblet til et problem.³⁵ Hans tankegods var nok med å bidra til skifte fra den substansielle til den funksjonelle eiendomsretten.

Ikke alle mente det måtte foreligge et absolutt avtale- eller tradisjonsprinsipp. *Herman Scheel* så en mellomløsning. *Scheel* mente at dersom suksessor hadde ervervet et formuesgode etter en kjøpsavtale der gjenstanden ikke var beheftet med noen reservasjoner ville suksessor ha vunnet rett uten at det var gjennomført en overlevering.³⁶ I de tilfellene suksessor bare hadde en eventuell rett, der formuesgodet var beheftet med reservasjoner, ville ikke suksessor vinne

³² Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 404

³³ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 405

³⁴ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 407

³⁵ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 408

³⁶ Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 501

rett dersom gjenstanden ikke var overlevert.³⁷ En eventuell rett vil kunne være at selger har betinget salget med at suksessor må betale varen før eiendomsretten blir overført. Suksessor vil ikke i et slikt tilfelle vinne rett til gjenstanden ovenfor selgers kreditorer dersom betingelsen for kjøpet ikke er oppfylt før kreditor krever utlegg.

Regelen *Scheel* konstruerte hadde en viktig presisering som gikk ut på at «avtala mellom seljaren og kjøparen om at den aktuelle egedomsretten skulle gå over til kjøparen på eit tidligere tidspunkt enn det som følgde av dei nemde reglane, var *ikkje avgjerande overfor tredjemann.*»³⁸ Scheels tankegods fikk innvirkning på domstolen, noe man kan se i Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263, mer om dommene under i punkt 4.

I den senere tiden har overgangen til den funksjonelle eiendomsretten bidratt å påvirke diskusjonen mellom avtale- og tradisjonsprinsippet. Jurister som *Alf Ross* og *Sjur Lindebrække* mente det var avtaleprinsippet som var gjeldende, men begge argumenterte for at *de lege ferenda* skulle det foreligge et overleveringskrav.³⁹

Sjur Brækhus kommer også inn i bildet med sin velkjente interesselære, hvor han tar utgangspunkt i Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 og konstruerer en lære om at suksessor oppnår rettsvern ovenfor debtors kreditorer i de tilfeller gjenstanden fortsatt befinner seg hos debitor i suksessors interesse. Interesselæren skal behandles nærmere i punkt 4.

De nyeste bidragene i juridisk teori om spørsmålet finner man i *Hilde Hauges* bok, *Løstørrervers kreditorvern* og *Sverre Magnus Bergslid Salvesens* bok *Kreditorvern*.

Hauge mener det ikke det finnes rettslig grunnlag i juridisk teori til å legge til grunn at hovedregelen for rettsvern av uregistrert løstøre ovenfor debtors kreditorer er overlevering. Hun mener også at det er uklart hva som ligger i kravet til overlevering. Det hun mener det finnes holdepunkter for i teorien er *Brækhus* og *Hærem's* interesselære, og at det vil være tilstrekkelig for suksessor å inngå avtale om overdragelse av gjenstanden hvor den gitte gjenstanden er individualisert og leveringsklar for å ha opparbeidet seg kreditorvern.⁴⁰

³⁷ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 408

³⁸ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 408

³⁹ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 412

⁴⁰ Hauge, *Løstørrervers kreditorvern* (2016) s. 194

Salvesen på sin side er enig med *Hauge* om at rettskildebildet ikke taler for en hovedregel om overlevering.⁴¹ I motsetning til *Hauge* mener *Salvesen* at interesselæren ikke har rettslig forankring siden det bygger på en presumsjon om at hovedregelen for kreditorvern er overlevering. Hovedregelen etter hans mening skal være et krav om individualisering;

«Suksessor kan bare oppnå kreditorvern dersom suksessors erverv relaterer seg til en spesifisert og identifiserbar løsøre-gjenstand.»⁴²

3.2 Forholdet til håndpant og godtroerverv

Kravet til overlevering for kreditorvern er en ulovfestet regel og man vil ikke ha en ordlyd eller forarbeider å støtte seg til for og identifisere hva som ligger i dette vilkåret. Hvis man skal ta utgangspunkt i ordlyden «overlevering» taler det for at det må foreligge en formuesforskyving fra debitor til suksessor. Vanskeligere blir det når man skal klarlegge grensen for skjæringstidspunktet til akkurat når gjenstanden er overlevert eller ikke. Det er på det rene at i det tilfellet suksessor har løsøre-gjenstanden i hende vil kravet til overlevering være oppfylt. Spørsmålet er om skjæringstidspunktet går enda tidligere enn fysisk besittelse.

I teorien har flere forfattere sett til reglene om godtroekstinksjon etter ekstl. § 1 og reglene om håndpant i Lov 8 feb 1980 nr. 2 om pant § 3-2.⁴³ Begge bestemmelsene oppstiller et krav til overlevering. Etter pantel. § 3-2 annet ledd første punktum vil suksessor få kreditorvern ved overlevering, mens etter ekstl. § 1 første ledd vinner suksessor rett til gjenstanden i det den blir overlevert mottaker.

Vilkårene i de to bestemmelsene er meget like, men begrunnelsen for rettsvinningen i de forskjellige bestemmelsene er ulike. Etter ekstl. § 1 vil suksessor vinne rett ovenfor kreditor fordi hans rett til gjenstanden beror på debtors legitimasjon til å rå over gjenstanden, jf. kravet til at debitor må «sitte med tingen», jf. ekstl. § 1.⁴⁴ En suksessor skal kunne kjøpe en gjenstand fra ihendhavende debitor i god tro om at ihendehaveren er legitimert til å disponere over den. Samfunnsøkonomiske hensyn gjør seg særlig gjeldende i dette tilfellet. Hensynet til

⁴¹ *Salvesen, Kreditorvern* (2021) s. 336

⁴² *Salvesen, Kreditorvern* (2021) s. 343-344

⁴³ Se, Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 415-418, *Salvesen, Kreditorvern* (2021) s. 322-325 og Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* (1999) s. 190.

⁴⁴ *Andenes, Konkurs* (2009) s. 157

debitors eventuelle kreditorer vil ikke stå seg sterkere en vernet ovenfor godtroende suksessor.

Regelsettet tar også hensyn til klare forsøk på kreditorsvik. Overdragelse av gjenstander som gave vil ikke være aktuelt.⁴⁵ Suksessor vinner heller ikke rett til gjenstanden i de tilfellene debitor ikke er rettmessig hjemmelsmann og sitter med tingen på grunn av at han har stjålet eller truet den til seg.⁴⁶

Overleveringskravet i håndpantereglene bygger på mange av det samme hensynene til kreditorsvik som tradisjonsprinsippet springer ut av.⁴⁷ Faren for kreditorsvik i form av proformaavtaler og antedaterte dokumenter vil være like stor for pantsatt som ikke pantsatt løsøre.

Hensynet til koherens mellom rettsvernsreglene har også blitt brukt til å begrunne at kravet til overlevering skal på lik linje som håndpant gjelde for salg av løsøre.⁴⁸ For formuesgoder som realregistrerbart løsøre, fast eiendom, registrerte finansielle instrumenter, uregistrerte aksjer og enkle pengekrav er rettsvernsakten den samme for salg som for pantsetting.⁴⁹

Dersom rettsvernsaktene for salg og håndpant er de samme, vil dette fremme en forutsigbarhet for avtalepartene som vil gagne næringslivet. Dersom det er uklarhet i rettstilstanden til sikringsakten for salg av løsøre vil dette i verste fall kunne føre til at markedsaktører velger å ikke investere penger. Uklarheten kan føre til at kreditorenes vilkår for lån blir høynet for å kompensere for et eventuelt tap i de tilfellene de ikke kan søke dekning i debitors bo.⁵⁰ Kjøperne vil også være forsiktige med å handle fordi det vil knytte seg tvil til når de har oppnådd kreditorvern eller ikke. Den samfunnsøkonomiske utviklingen vil kunne stagnere og føre oss tilbake til et samfunn der all handel må foregå over disk, hvor ytelse mot ytelse er eneste alternativ.

⁴⁵ Jf. Ot.prp.nr.56 (1976-1977) s. 37

⁴⁶ Jf. Ekstl. § 2

⁴⁷ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 416

⁴⁸ Se, Berg, *Beslagsrett* (2021) s. 416

⁴⁹ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 416

⁵⁰Salvesen, «Hensynet til koherens i den dynamiske tingsretten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021 s. 410-433

På den andre siden vil ikke koherens i rettsreglene bare ha en positiv virkning. En for slavisk bruk av koherens vil kunne føre til rettsregler som ikke har nok rettskildemessig forankring i seg selv kan blir gjeldende rett. Koherens vil også i visse tilfeller kunne virke som en kjepp i hjulene for rettsutviklingen.⁵¹ Målet om å ha et systemtro regelverk blir for stort, og nye hensyn som springer ut av samfunnsutviklingen blir ikke tatt hensyn til.

Et annet moment som flere forfattere begrunner for at reglene om kreditorvern for håndpant og erverv av løsøre skal være de samme er at kjøper i prinsippet yter kreditt til selger i de tilfellene han forhåndsbetaler for varen.⁵² Begrunnelsen er at debitor med å forhåndsbetale, likestilles med de andre fordringshaverne, og vil dermed ikke ha større rett til gjenstanden enn resten av kreditorene.

I realiteten vil kjøperen i de fleste tilfellene bli dårligere stilt enn de andre kreditorene, som i de fleste tilfeller har sikret seg pant i enten driftstilbehør, jf. pantel. § 3-4, varelager, jf. pantel. § 3-11 eller andre former for pantesikkerheter. Kjøper vil sitte igjen med et uprioritert dividendekrav, jf. dekl. § 9-6 i det debitor går konkurs, og det vil være lite sannsynlig at det vil være noe igjen i boet til at han får dekt sitt krav. Kjøper er i utgangspunktet ute etter å få utlevert den kjøpte løsøregjenstanden, men vil, jf. dekl. § 6-4 bare ha en pengefordring på boet. I de tilfellene boet fortsatt har midler igjen når det er de uprioriterte kreditorenes tur, vil kjøper bare få tilbakebetalt pengene han har forhåndsbetalt, ikke selve varen.

Et moment som taler imot at forhåndsbetalende kjøper skal likestilles med debitors andre kreditorer er kreditorhensikten. Etter reglene om håndpant, jf. pantel. § 3-2 sikrer kreditor sitt allerede eksisterende krav mot debitor. Det foreligger allerede et kreditorforhold mellom debitor og kreditor, og med overlevering sikrer kreditor seg en separatistrett i det overleverte løsøret.

Ved forhåndsbetaling vil - i de fleste tilfellene - ikke kjøper ha som hensikt å yte kreditt. Kjøper vil ikke ha de samme økonomiske vinningsformålene som en kreditor som har gitt lån til debitor. Kjøper forhåndsbetaler for å sikre seg varen, ikke for å sikre seg en kredittfordring

⁵¹Salvesen, «Hensynet til koherens i den dynamiske tingsretten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021 s. 410-433

⁵² Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 508 og Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* (1999) s. 193

på selger. Kreditors interesse vil i de fleste tilfellene være størrelsen på debitors bo, mens kjøper interesse vil være knyttet til en spesifikk vare.

Det kan argumenteres for at kjøper har muligheten til å ta visse forhåndsregler. Kjøper vil kunne kreve å ikke betale før varen blir overlevert og dermed sikre seg mot eventuelle ekstinksjonssituasjoner. Det er ikke i alle situasjoner dette vil la seg gjøre. Selger har eksempelvis tilgang på varen, men på et eksternt varelager. Varen må dermed sendes til selger før kjøper kan få den overlevert. Selger ønsker ikke å forplikte seg til å få tilsendt varen før han har fått betaling, siden det vil foreligge en risiko for at kjøper trekke seg fra kjøpet før varen er kommet frem. Kjøper vil på grunn av dette bli tvunget til å forhåndsbetale og dermed i teorien stille seg i et kreditorforhold til selger.

Kjøper har i dette tilfellet aldri hatt som intensjon å stille seg i et kreditorforhold, noe som burde vektlegges i favør av at det går et skille mellom reglene om håndpant og forhåndsbetaling av løssøre. De to regelsettene har likhetstrekk på det ytre plan, men hvis man ser dypere i materien er det klare ulikheter mellom kjøper og kreditors intensjoner. Kreditor tar en kalkulert risiko av debitor i det han stiller seg i et kreditorforhold. Kreditor har vurdert muligheten for at debitor går konkurs, og at det ikke er sikkert han får sitt krav dekket fullt ut. Kjøper på sin side ønsker bare å få kjøpe den spesifikke formuesgoden, og har ikke i samme grad vurdert muligheten for at selger blir slått konkurs, og dermed ikke kan fullbyrde sin side av transaksjonen.

Om et slikt subjektivt moment som kreditorhensikt kan vektlegges som en faktor for å skille forhåndsbetalende kjøper og andre kreditorer er ikke sikkert. Notoritets hensyn og kravet om absolutte rettsvernsregler, jf. Rt. 1997 s.1050 på s. 1054 vil på den ene siden tale imot. På den andre siden eksistere det allerede et unntak med et subjektivt element i interesselæren som er anerkjent av Høyesterett som gjeldende rett. - Mer om dette under punkt 4.

3.3 Utenfor selgers rådighet.

Som utgangspunkt vil det at løssøret er fysisk overlevert til suksessor i alle tilfeller være nok for å etablere rettsvern.⁵³ Spørsmålet blir om suksessor på et tidligere tidspunkt enn å være ihendehaver av løssøre kan oppnå rettsvern. *Kåre Lilleholt* argumenterer for at det vil være nok

⁵³ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 427

å frata selgers rådighet for å oppnå kreditorvern.⁵⁴ Lilleholt trekker en parallell til håndpantereglene, hvor debtors rådighetsfratakelse er nok. Han mener det heller ikke foreligger rettslig grunnlag i teori eller praksis til å kreve et strengere rettsvernskrav. Fratakelse av rådigheten oppfyller kravet til notoritet som begrunner rettsvernsreglene, og det vil dermed ikke kunne stilles strengere krav for rettsvernsakt med salg av løsøre en håndpant.

Lilleholts argumentasjon samsvarer godt med forholdet mellom salg av løsøre og håndpantereglene som er drøftet i delkapitlet ovenfor. I forhold til reglene om håndpant vil suksessor som panthaver også regnes som debtors kreditor og har dermed hatt en kreditorvilje. En fra det mer til det mindre vurdering vil dermed tale for at det i alle tilfeller vil være tilstrekkelig at løsøret blir hold utenfor debtors rådighet for at suksessor oppnår rettsvern.

Hvis det er tilstrekkelig at løsøret er utenfor debtors rådighet må det klarlegges i hvilke typetilfeller dette vil være aktuelt at suksessor oppnår rettsvern uten å være i besittelse av gjenstanden. Parallellen til den romerske rett og dens tradisjonssurrogater vil være et klart utgangspunkt. Den videre drøftelsen i delpunktene under vil ta utgangspunkt i tradisjonssurrogatene og klarlegge og vurdere om unntakene for overlevering er unntak som gjelder i norsk rett.

3.3.1.1 Traditio brevi manu

Traditio brevi manu - også kalt korthandsoverføring - var et unntak fra kravet om overlevering i de tilfellene kjøper allerede var i besittelse av gjenstanden før han ble eier. Typiske eksempler på dette er i det tilfellet suksessor har leid en gjenstand fra debitor eller låner den, for dermed senere inngå en kjøpsavtale. Unntaket hadde gode grunner for seg i romertiden og det har det fortsatt. Det vil være unødvendig å kreve at det må foreligge en overlevering tilbake til debitor for dermed å levere gjenstanden tilbake til suksessor. Notoritetshensynet er allerede oppfylt ovenfor debtors kreditor med at gjenstanden allerede er hos kjøper. Et krav om overlevering vil bare være overflødig og unaturlig i en slik situasjon.

Et problem som kan oppstå er i de situasjonene hvor den som låner gjenstanden har en opsjon i leiekontrakten, om å kunne kjøpe gjenstanden. Debitor går konkurs og kreditor prøver å

⁵⁴ Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2018) s. 301-302

beslaglegge gjenstanden, men kjøper og selger påstår at det er inngått avtale om kjøp av gjenstanden.⁵⁵ Faren for kreditorsvik er fortsatt til stede, men reglene om rettsvern vil ikke løse denne tvisten. Reglene om avtaleinngåelse og proformareglene vil i dette tilfellet spille inn for å vurdere om det foreligger en gyldig kjøpsavtale eller ikke.

3.3.1.2 *Traditio longa manu*

Traditio longa manu - også kalt langhåndsoverføring - var et tradisjonssurrogat romerne brukte for de tilfellene gjenstanden befant seg hos tredjemann før det ble overlevert til suksessor. Dette var svært praktisk i de tilfellene gjenstanden var på reparasjon i det kjøpsavtalen ble inngått.

I teorien drøftes det om det må foreligge en notifikasjon til tredjemann om at gjenstanden er solgt for at suksessor oppnår rettsvern. *Lilleholt* argumenterer for at det må foreligge notifikasjon basert på en analogi av håndpantreglene.⁵⁶ *Andenes* og *Berg* på sin side mener det ikke kreves notifikasjon og at suksessor oppnår rettsvern allerede med avtaleinngåelse.⁵⁷ Deres begrunnelse bygger på at det bare kreves at tingen er utenfor selgers rådighet, og i og med at gjenstanden er hos en tredjepart er dette vilkåret oppfylt.

Det at gjenstanden befinner seg hos en tredjepart vil på den ene siden føre til at debitor ikke har den i sin rådighet. Men uten notifikasjon vil ikke tredjepart være klar over at tingen har skiftet eier. Tredjepart vil opptre i den tro at debitor fortsatt er eier av gjenstanden til det motsatte er bevist, og det vil dermed være lett for debitor å kreve gjenstanden tilbakelevert fra tredjeparten.

På den andre siden vil ikke notifikasjon til tredjepart gjøre det klarere for debitors kreditorer om eierforholdet. Kreditor vil uansett om det foreligger notifikasjon eller ikke måtte bli informert om at det foreligger et eierskifte i det han krever beslag og gjenstanden befinner seg hos tredjepart. Hvis kravet om notifikasjon til tredjepart er begrunnet i faren for kreditorsvik, ville det i større grad være hensiktsmessig med et krav om notifikasjon om salget til debitors kreditorer, ikke den utenforstående tredjepart.

⁵⁵ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 428

⁵⁶ Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* (1999) s. 190

⁵⁷ Andenes, *Konkurs* (2012) s. 263 og Berg, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?» *Jussens Venner*, 1999 s. 1-30

Løsningen er fortsatt uklar, men et eventuelt krav om notifikasjon til tredjepart er ikke i stor grad med på å beskytte kreditor mot kreditorsvik og virker dermed ha lite for seg. Kravet om notifikasjon vil heller beskytte suksessor mot debitors forsøk på å føre ham bak lyset, med et eventuelt videresalg. Reglene om rettsvern er ment å beskytte kreditor mot kreditorsvik, ikke for å beskytte suksessor mot debitor.

3.3.1.3 *Constitutum possessorium*

Constitutum possessorium var et romersk surrogat der kjøper fikk rettsvern med å inngå en avtale med selger om at selger sitter med tingen på vegne av kjøper og ikke seg selv.⁵⁸ Regelen har sentrale likhetstrekk med interesselæren og man kunne tenke seg at et slikt surrogat ville gjelde i dagens rett. Både *Constitutum possessorium* og interesselæren krever at gjenstanden befinner seg hos selger i «kjøpers interesse». Det kreves heller ikke en fysisk overlevering for at kjøper har oppnådd kreditorvern.

Constitutum possessorium har et klart avtalerettslig preg. Partene vil kunne avtale når kjøper har oppnådd rettsvern, så lenge gjenstanden befinner seg hos selger i «kjøpers interesse». Det er en oppfatning i norsk rett at *constitutum possessorium* ikke er et surrogat som kan erstatte kravet om overlevering. Et argument som er brukt er at poenget med å ha overlevering som rettsvernsakt vil være bortkastet dersom et av surrogatene var at man kunne avtale seg til det.⁵⁹

Dersom overlevering ikke hadde vært hovedregelen for rettsvern ville det i større grad være nærliggende å tillate *constitutum possessorium* som en selvstendig rettsvernsakt. De sentrale forskjellene mellom surrogatet og interesselæren er at med *constitutum possessorium* oppstår rettsvernet i det avtalen inngås. I tilfeller der interesselæren kommer til anvendelse vil rettsvernet bare være en følge av partenes opptredener. Det sentrale argumentet for at interesselæren gir en kjøper rettsvern ovenfor kreditorene er at kredittmomentet i liten grad gjør seg gjeldende. Jeg mener kredittmomentet i utgangspunktet ikke gjør seg like gjeldende for kjøp av løsøre - nærmere om dette over i punkt 3.2. Det største problemet med *constitutum possessorium* vil være faren for proforma eller antedaterte rettsvernsavtaler.

⁵⁸ Berg, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?» *Jussens Venner*, 1999 s. 1-30

⁵⁹ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 429, og Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2018) s. 161

3.3.1.4 Traditio clavium

Traditio clavium var et surrogat som igjennom sin symbolske effekt kunne erstatte overlevering.⁶⁰ Istedenfor å overlevere gjenstanden kunne selger overlevere nøklene til rommet gjenstanden befant seg i. Den symbolske handlingen med overlevering av nøkler ville gi kjøperen vern mot selgernes kreditorer.

Surrogatet har fått sitt utslag i de norske reglene om håndpant, hvor i pantel. § 3-2 (2) Annet punktum, overlevering av nøkler likestilles med overleveringen av gjenstanden;

«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.»⁶¹

Unntaket i panteloven virker å ha gått bort fra å bygge på den symbolske handlingen overlevering av nøkler har, og begrunnes i den rådighetsforskyvningen som skjer i det man overleverer nøkkelen. Det sentrale momentet er at eieren *taper rådigheten* over pantet.

Det kreves ikke at det er panthaver som mottar nøklene. Panthaver vil oppnå rettsvern selv om nøklene er levert til en tredjemann.⁶² Det sentrale er at eieren har gitt fra seg *samtlig*e nøkler til rommet.⁶³ Nøklene må heller ikke være til et rom. Det kan eksempelvis være nøkler til en safe eller bankboks.

Det vil være naturlig at *traditio Clavium* også vil gjelde som rettsvernsakt ovenfor salg av løsøre. I det man overleverer nøklene vil selger ikke lenger ha tilgang til gjenstanden og dermed ikke ha rådighet over den. Å stille strengere krav til overlevering av løsøre enn hva som gjelder for håndpant vil ikke ha gode grunner for seg.

4 Interesselæren

4.1 Innledende om interesselæren

Ovenfor har hovedregelen om hvordan suksessor oppnår rettsvern ovenfor debtors kreditorer blitt behandlet. Som utgangspunkt må det foreligge en overlevering av løsøret for at suksessor skal ha fått rettsvern, men det sentrale i denne vurderingen er at gjenstanden er utenfor

⁶⁰ Göranson, *Traditionsprincipen* (1985) s. 76

⁶¹ Pantel. § 3-2 (2) annet punktum.

⁶² Brækhus, *Omsetning og kreditt 2* (2005) s. 73

⁶³ Brækhus, *Omsetning og kreditt 2* (2005) s. 73

debitors *rådighet*. Et unntak fra hovedregelen om overlevering er interesselæren. I korte trekk går unntaket ut på at i de tilfellene kjøper forhåndsbetaler for varen, men varen ikke blir hentet med en gang hos selger, vil kjøper ha etablert rettsvern i de tilfellene varen befinner seg hos selger i *kjøpers interesse*.

Interesselæren er et unntak konstruert av *Sjur Brækhus* og *Alex Hærem* som har tatt utgangspunkt i Høyesteretts uttalelser i en rekke dommer - som skal behandles nedenfor - på starten av 1900-tallet. Læren har blant teoretiker lenge blitt anerkjent som gjeldende rett og Høyesterett tilsluttet seg den i HR-2021-2248-A.⁶⁴

4.2 Rettspraksis

4.2.1 Rt. 1909 s. 734 (Tømmerdommen)

Dom inntatt i Rt.1909 s. 734 omhandler et tilfelle der tømmerhugger Mørk inngår en avtale med to trelasthandlerne om å selge dem 300 stk. tømmerstokker. Da fristdatoen for å levere tømmeret var kommet, hadde ikke Mørk greid å levere noen av de 300 tømmerstokkene. På dette tidspunktet inngikk Mørk og trelasthandlerne en endringsavtale om at alt tømmeret som allerede var hugget og merket skulle straks leveres til trelasthandlerne. Videre avtalte de en ny leveringsfrist for det resterende tømmeret som ikke var hugget. Dette skulle leveres neste vår. Mørk gikk konkurs samme måned og trelasthandlerne hadde enda ikke hentet tømmerstokkene.

Konkursboets primære påstand var at endringsavtalen var en ny avtale om pantsettelse for eldre gjeld. Subsidiert anførte boet at tømmeret måtte regnes som et usedvanlig betalingsmiddel og dermed måtte kunne omstøtes.

Høyesterett kom frem til at det forelå en virkelig eiendomsoverdragelse av tømmeret til trelasthandlerne og at konkursboet ikke kunne ta beslag.⁶⁵ Endringsavtalen ble ikke sett på som en pantsetting av eldre gjeld, men en «(...) modifikasjon med hensyn til prisen for det overdragne tømmer (...)».⁶⁶ Dommer Scheel mente det var nok at tømmeret var tilstrekkelig

⁶⁴ HR-2021-2248-A avsnitt (61) se også Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 767 og Lilleholt *Godtruerverv og kreditorvern* (1999) s 194

⁶⁵ Jf. Rt. 1909 s. 734 s. 735

⁶⁶ Jf. Rt. 1909 s. 734 s. 735

spesifisert og går derfor ikke nærmere inn på de alminnelige reglene overlevering som rettsvern for løsøre.⁶⁷

Resultatet i dommen er klart påvirket av det substansielle eiendomsbegrepet hvor rettighetene til gjenstanden overdras samlet med eierskapet. Høyesterett vurderer ikke om trelasthandlerne har oppnådd rettsvern, men om det foreligger en virkelig eiendomsoverdragelse eller ikke. I de tilfeller løsøret var tilstrekkelig spesifiser og gjenstanden befant seg i det fri, ville det ikke stilles et krav om overlevering for å etablere rettsvern.⁶⁸

4.2.2 Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)

Saken omhandlet kjøp av 11 kyr, hvor Ferdinand Olsen avtalte å kjøpe kyrne fra Otto Sundt. Avtalen gikk ut på at Sundt skulle selge kyrne med det forbehold om at han skulle besitte kyrne på Olsens vegne frem til de var utmelket. Sundt ville selv stå for foringen og stellet for dyrene. Den 15 mars 1907 går Sundt konkurs, og alle kyrne utenom et var fortatt ikke overlevert til Olsen. Spørsmålet Høyesterett sto ovenfor var om det forelå en virkelig eiendomsoverdragelse av kyrne.

Dommen er avsagt under dissens, hvor Høyesterett delte seg i et flertall på 4 mot 3. Flertallet kom frem til at det ikke forelå en virkelig eiendomsoverdragelse;

«Den foreliggende transaksjon mangler karakter af en virkelig eiendomsoverdragelse.»⁶⁹

Etter førstvoterendes syn måtte det foreligge en overlevering i de tilfellene eiendomsretten ikke var gått over til kjøper med avtaleinngåelsen. I dette tilfellet hadde Sundt forbeholdt seg en rett til å beholde kyrne i sin interesse og dermed forelå det ikke en eiendomsoverdragelse med avtaleinngåelsen.⁷⁰

Mindretallet på sin side mente det forelå en reel eiendomsoverdragelse;

«Efter det foreliggende oplysninger maa det antages, at parterne ved hver enkelt handelsafslutning har været enige om, at eiendomsretten til de afhændede kjøb straks skulde gaa over til kjøberen. Der maa forudsættes at være tilsigtet en øieblikkelig

⁶⁷ Jf. Rt. 1909 s. 734 s. 736

⁶⁸ Andenes, *Konkurs* (2009) s. 263

⁶⁹ Jf. Rt. 1910 s. 231 s. 232

⁷⁰ Jf. Rt. 1910 s. 231 s.232-233

definitiv eiendomsoverdragelse med dertil hørende eiendomsraadighed for kjøberens.»⁷¹

Det ble særlig lagt vekt på at Olsen betaler den foreløpige kjøpesummen for kyrne på det tidspunktet avtalen blir inngått. Selv om Sundt hadde forbeholdt seg en bruksrett til kyrne ville dette ikke virke inn på eiendomsoverdragelsen. Det momentet som var avgjørende var på hvilket tidspunkt partene hadde ment å overdra eiendomsretten.⁷²

Mindretallets drøftelse er klart påvirket av *Hugo Grotius* avtaleprinsipp. På lik linje med Grotius var det sentrale for vurderingen av eiendomsoverdragelsen, partenes vilje med avtaleinngåelse. I det tilfellet partene hadde hatt som intensjon å overføre eiendomsretten til Olsen med avtaleinngåelse, vil han allerede ha vern mot boet på dette tidspunktet.

En avtale om at selger skal være i besittelse av løsøret etter kjøpsavtalen er inngått er etter dommer Thinns oppfatning ikke et hinder for at eiendomsretten har gått over til kjøper.⁷³ Surrogatet *constitutum possessorium* er etter hans mening gjeldende rett.

Videre i dissensen drøftes det subsidiert i det tilfellet der det ikke var partenes intensjon at eiendomsoverdragelsen skulle finne sted på det tidspunktet avtalen var inngått, men på det tidspunktet kyrne var utmelket. Mindretallet mener fortsatt at overdragelsen har funnet sted basert på en vurdering om når kyrne regnes som utmelket. Etter deres oppfatning var kyrne utmelket før konkurs var inntruffet, og eiendomsoverdragelsen hadde dermed skjedd før boet kunne ta beslag.

Førstvoterende og andrevoterende har i denne dommen to klart forskjellige oppfatninger om når eiendomsoverdragelsen vil finne sted i det tilfellet det er snakk om salg og tilbakeleie. Førstvoterende på sin side tar ikke eksplisitt stilling til om *constitutum possessorium* vil komme til anvendelse som et gjeldende surrogat. Basert på det faktum at surrogatet ikke blir drøftet i det hele tatt, vil dette tale for at det ikke ble sett på som gjeldende rett.

Andrevoterende drøftelse virker å være i større grad preget av avtaleprinsippet. Vurderingen av om eiendomsretten er gått over eller ikke baseres på partenes intensjoner med

⁷¹ Jf. Rt. 1910 s. 231 s. 233

⁷² Jf. Rt. 1910 s. 231 s. 233

⁷³ Jf. Rt. 1910 s. 231 s. 233

avtaleinngåelse. Vurderingen om kjøper har oppnådd rettsvern vil baseres på en bevisregel, hvor boet vil ha bevisbyrden for vise at partenens intensjon ikke var å overføre eiendomsretten på et tidspunkt før konkursåpning.

En bevisregel for å løse dobbeltsuksjesjonstilfeller vil kunne føre til at resultatene i konfliktstilfellene føles mer rettferdige. Det vil føre til at i de tilfellene kjøper og selger klart ikke har forsøkt å minske selgers bo for å svike hans kreditorer, vil eiendomsoverdragelsen stå seg.

På den andre siden vil en bevisregel kunne føre til at selger vil utnytte denne situasjonen til nettopp å utføre kreditorsvik. Det vil være vanskelig å bevise når eiendomsretten var ment å overdras. Selger vil kunne skrive en ny antedatert kontrakt, der punktet for eiendomsoverdragelsen er før konkursåpning.

4.2.3 Rt. 1912 S.263 (Jernskapdommen)

Dommen omhandler et lass med 94 tonn jernskrap. Selskapet A/S Kjøbenhavn hadde kjøpt og forhåndsbetalt jernskrapet fra selskapet A/S Fevings jernskibsbyggeri og skulle selv hente det. Den 12 februar 1909 gikk selskapet konkurs og A/S Kjøbenhavn hadde enda ikke hentet jernskrapet. Spørsmålet som oppsto, var om eiendomsretten til jernskrapet hadde gått over fra A/S Fevings jernskibsbryggeri til A/S Kjøbenhavn før konkurs inntraff.

Høyesterett kom frem til at eiendomsretten til jernskrapet hadde gått over til A/S Kjøbenhavn. Det faktum at jernskrapet ut ifra løsørets art, var tilstrekkelig spesifisert og at kjøper hadde fått tillatelse til å oppbevare skrapet på selgers tomt ut over den opprinnelige hentefristen var de avgjørende momentene for dommerne.⁷⁴ Det var en enighet mellom partene at skrapet kunne oppbevares hos selger og hentes på egen regning og risiko.

Jernskrapet var tilstrekkelig spesifisert med at det lå i en egen haug, hvor Fevings ikke lenger hadde lov til å selge deler av det, eller legge nye skrapdeler i haugen. Etter konkursåpning viste det seg at det hadde blitt tilført mer jernskrap i haugen enn hva Kjøbenhavn hadde forhåndsbetalt for. Forhåndsbetalingen var for 94 tonn jernskrap, men da haugen ble veid i

⁷⁴ Rt. 1912 s. 263 s. 263

mai 1909 viste det seg at haugen veide 135,5 tonn. Selv om det var tilført mer jernskrap mente Høyesterett at haugen var tilstrekkelig spesifisert til at eiendomsretten var gått over.

4.3 Nærmere om interesselæren

Interesselæren er basert på forholdet mellom salg av løsøre og håndpantereglene. *Brækhus* og *Hærem* mener at de samme hensynene som gjør seg gjeldende for håndpantereglene vil også gjøre seg gjeldende for løsøresalg.⁷⁵ Faren for kreditorsvik er like stor med salg av løsøre som håndpantsetting og kravet til notoritet vil dermed være like relevant.⁷⁶

Brækhus og *Hærem* argumenterer i utgangspunktet for at det må foreligge en overlevering for å få beskyttelse mot selgers kreditorer. Faren for kreditorsvik er stor dersom det ikke stilles krav til overlevering og de mener et krav om overlevering ikke vil hemme omsetningslivet. Dersom overlevering stilles som hovedregel vil det bare føre til at kjøper i større grad vil være varsom med forhåndsbetaling, siden risikoen for selgers insolvens vil gå over på kjøper og ikke kreditor.⁷⁷

Forhåndsbetalende kjøper yter i realiteten selger kreditt og skal dermed likestilles med andre usikrede kreditorer, men i visse tilfeller vil ikke kredittmomentet stå like sterkt;⁷⁸

«*Kredittmomentet* er ikke like fremtredende ved enhver for-skuddsbetaling (sic!). Det kan derfor lønne seg å se litt nærmere på hva som er grunnen til at salgsgjenstanden ikke blir utlevert i og med betalingen.»⁷⁹

Det settes et skille mellom de tilfellene forhåndsbetaling skjer før varen er klar for levering eller ikke. Som illustrerende eksempel brukes forhåndsbetaling av en dress som skal sys. I de tilfellene det foreligger forhåndsbetaling og dressen ikke er ferdigsydd, vil betalingen likestilles med å yte kreditt. Det er dermed ingen hensyn som taler for at kjøper ikke skal likestilles med andre kreditorer og dermed ha en separatistrett.⁸⁰

⁷⁵ *Brækhus* og *Hærem*, *Norsk tingsrett* (1964) s. 506

⁷⁶ *Brækhus* og *Hærem*, *Norsk tingsrett* (1964) s. 506

⁷⁷ *Brækhus* og *Hærem*, *Norsk tingsrett* (1964) s. 507

⁷⁸ *Brækhus* og *Hærem*, *Norsk tingsrett* (1964) s.508

⁷⁹ *Brækhus* og *Hærem*, *Norsk tingsrett* (1964) s.508

⁸⁰ *Brækhus* og *Hærem*, *Norsk tingsrett* (1964) s.508

Et annet skille går i de tilfellene varen er klar for levering, men selger er interessert i å beholde varen en stund etter forhåndsbetaling. *Brækhus og Hærem* bruker Kudommen i Rt. 1910 s. 231 som illustrerende eksempel, hvor kjøper hadde forhåndsbetalt for 11 kyr, men selger forbeholdt seg den rett å beholde kyrne frem til de var utmelket. Bare et av de 11 kyrne var overlevert i det konkurs inntraff, og selger fikk ikke separatistrett til de resterende 10 kyrne.

I de tilfellene varen er klar til levering og selger ikke har en interesse av å beholde den vil kredittmomentet ikke være like fremtredende. Det at selger fortsatt er i besittelse av gjenstanden beror på hans gode vilje ovenfor kjøper. Selgeren har utført sin yttelse ovenfor kjøper, og det vil dermed være urimelig dersom han må vente på betaling frem til kjøper henter gjenstanden.⁸¹

Brækhus og Hærem skiller også mellom de tilfellene varen er klar til levering og det foreligger en ekstrayttelse som ikke er fullført av selger. I de tilfellene varen er klar for levering, men selger har påtatt seg det oppdrag å levere varen kan det stilles spørsmål om kjøper har oppnådd rettsvern på det tidspunkt varen er klar for levering, men ikke enda levert. Konklusjonen deres er at i de tilfellene leveringen ses på som en ekstrayttelse fra selger og ikke en del av hovedytelsen vil kjøper ha oppnådd rettsvern før overlevering.⁸²

I det tilfellet gjenstanden ikke er levert på grunn av påvente av andre ekstrayttelse vil det være en flytende overgang. Eksemplet som illustrerer denne grensen, er et kjøp av en dress. Dersom man kjøper en ferdigsydd dress og får armen skreddersydd, vil dette regnes som en ekstrayttelse. I motsetning vil kjøp av dress som skal sys hos skredder ikke ha oppnådd rettsvern før dressen er helt ferdig.⁸³

4.3.1 Genus og spesieytelser

Det foreligger en forutsetning for at interesselæren skal kunne anvendes at gjenstanden er individualisert.⁸⁴ Det må ikke være tvilsomt om hvilken gjenstand kjøper har separatistrett til.

⁸¹ *Brækhus og Hærem, Norsk tingsrett (1964) s. 509*

⁸² *Brækhus og Hærem, Norsk tingsrett (1964) s.509*

⁸³ *Brækhus og Hærem, Norsk tingsrett (1964) s. 510*

⁸⁴ *Brækhus og Hærem, Norsk tingsrett (1964) s. 513*

Ved genuskjøp stilles det et krav om at varen kjøper har kjøpt er individualisert.⁸⁵ Dersom varen ikke er individualisert vil det være vanskelig å si at selger har utført sin del av ytelsen.

Dersom selger har flere identiske spader og kjøper forhåndsbetaler for en av dem, vil det være vanskelig å bevise hvilken av spadene kjøper har fått separatistrett til. Dersom spaden ikke er individualisert vil man ikke kunne si at selger har utført sin ytelse ovenfor kjøper. Kjøper vil i prinsippet bare ha gitt selger kreditt for i fremtiden å erverve en av spadene. Selger vil stå fritt til å disponere over spadene siden det ikke er en spesifikk spade kjøper har forpliktet seg til.

Det at selger vil stå fritt til å disponere over spadene taler for at det foreligger et kredittmoment, dermed burde man ikke verne kjøper i like stor grad.

Hva som ligger i kravet til individualisering er ikke helt avklart. I Rt. 1909 s. 734 var det tilstrekkelig at tømmeret var merket og i Rt. 1912 s. 263 var det tilstrekkelig at jernskrapet lå i en egen haug, selv om det hadde skjedd en viss sammenblanding etter individualiseringen. I voldgiftsdom RG 1972-53 utalte domstolen seg slik om individualiseringskravet:

«Retten antar at en ensidig individualisering, dvs. en individualisering uten kjøpers medvirkning, ifølge eksisterende rettskilder må anerkjennes som tilstrekkelig under forutsetning av at den er normal, lojal og klar. Muligens må det også kreves at individualiseringen har det moment av å være rettslig bindende, at selgeren enten har vært forpliktet til å foreta den eller har fraskrevet seg adgangen til å omgjøre den.»⁸⁶

Det stilles ikke særlig strenge krav til individualiseringen.⁸⁷ Men momenter som taler for at det foreligger en tilstrekkelig grad av individualisering vil være om den er normal, lojal og klar. I de tilfellene det foreligger en unormal og ikke så klar individualisering, vil faren for kreditorsvik være større.

For spesiekjøp stilles det ikke et krav om individualisering. Dette skyldes at varen er av en slik karakter at den ikke vil forveksles med andre varer. Det vil ikke være tvilsomt om hvilken vare kjøper har kjøpt. Løsøret vil i kraft av seg selv være individualisert.

⁸⁵ Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 768

⁸⁶ RG-1972-53 s. 69

⁸⁷ Jf. Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2016) s. 768 og RG.1972-53 s. 69

4.4 Interesselærens subjektive side

Interesselæren er som nevnt tidligere blitt anerkjent av Høyesterett som et gyldig unntak fra kravet om overlevering.⁸⁸ Ikke alle teoretikere er enig i at interesselæren er et unntak som skal være gjeldende. Særlig *Sverre Magnus Bergslid Salvesen* mener at interesselæren ikke kan gjelde som et gyldig unntak;

«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.»⁸⁹

Det vil videre i denne drøftelsen bli tatt en rettspolitisk drøftelse av om interesselæren er et fornuftig unntak fra kravet om overlevering i lys av Høyesterettsdommene Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268.

4.4.1 Rt. 1997 s. 1050 (Momentum)

Investeringselskapet Momentum AS hadde en større aksjepost i AS Eiendomsutvikling, pantsatt til Oslobanken for selskapets kassakreditt. Momentum fikk igjennom en kontantemisjon tildelt 135 262 aksjer i AS eiendomsutvikling. Selskapet videresolgte 131 866 av disse aksjene til Cabanco AB. Med en feil ble aksjene registrert på den pantsatte kontoen. Salget fant sted før Momentums aksjeervert var registrert i verdipapirsentralen. Banken nektet å overdra aksjene til Cabanco AB med den begrunnelse at pantet omfattet også de nyregistrerte aksjene på kontoen, jf. Lov 14. juni 1985 nr. 62 om verdipapirsentral § 4-4.

Momentum AS gikk konkurs den 25 mai 1990. Boet og Cabancos anførte over Høyesterett at vps-loven § 5-3 måtte tolkes innskrenkende og at rettsvern måtte kunne oppnås uten formell registrering.

Flertallet kom frem til at, «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.»⁹⁰

⁸⁸ HR-2021-2248-A avsnitt (61)

⁸⁹ Salvesen, *Kreditorvern* (2021) s. 338

⁹⁰ Rt. 1997 s. 1050 s. 1054-1055

4.4.2 Rt.1998 s. 268 (Cruise Charter)

Spørsmålet i denne saken var om gjensidige hadde oppnådd rettsvern i et båtvrak med å utbetale forsikringssummen til DnB som hadde tre pantobligasjoner tilknyttet båten. DnBs pantobligasjoner skulle begjæres slettet før gjensidige utbetalte forsikringssummen. Den 27 april sendte DnB obligasjonene til skipsregisteret for sletting. Den 2 mai utbetalte gjensidige forsikringssummen og dagen etter ble det åpnet konkurs i rederiet Cruise Charter AS som i utgangspunktet eide båten. Pantobligasjonene ble ikke slettet av skipsregisteret før den 5 mai.

Gjensidiges erverv av vraket ble ikke dagbokført før konkursåpning, slik det kreves av sjøloven § 25 for å oppnå rettsvern. Høyesterett mente det ikke kunne stilles et unntak fra tidspunktet om oppnåelse av rettsvern, jf. sjøloven § 25 første ledd, og begrunnet det slik, «Etter min mening er det sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her. Begynner domstolene først å vurdere dette spørsmål i den enkelte sak, vil man nokså snart komme inn i meget problematiske grensedragninger. Hensynet til en objektiv og rettsteknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak.»⁹¹

4.4.3 Kritikk av interesselæren sett i lys av Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268

I de to dommene ovenfor har Høyesterett satt en streng terskel for å gjøre unntak fra de lovfestede reglene om rettsvern. Det blir særlig lagt vekt på hensynene til en objektiv og rettsteknisk enkel løsning. Det er særlig med tanke på de lovfestede rettsvernsreglene Høyesterett har uttalt seg.

I Momentumdommen uttaler Høyesterett «Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene.». Uttalelsen åpner døren for at i de ulovfestede rettsvernsreglene vil en mer skjønnsom unntaksregel kunne finne sted.

Å åpne for en større grad av skjønnspregede unntaksregler for ulovfestede rettsvernsregler vil ha gode grunner for seg. Rettsvernskravet for salg av løsøre har helt fram til i år 2021 vært uklart. Lovgiver har ikke vært på banen og Høyesterett har vært tilbakeholden frem til i HR-2021-2248-A å uttale seg om rettstilstanden.

Å ha en like absolutt holdning til ulovfestede rettsvernsregler vil kunne virke urimelig ovenfor den enkelte part. Regler konstruert av domstolen vil ikke ha den samme demokratiske

⁹¹ Rt. 1998 s. 268 s. 275

forankringen, som en vedtatt lov. Den enkelte part vil ikke ha forarbeider å støtte seg til for å tolke regelens innhold, og det vil være opp til Høyesterett å kartlegge regelens innhold og rekkevidde.

Rettsstilstanden vil i større grad være uklar frem til den er blitt prøvd for domstolen i flere omganger. Dersom det skulle stilles like absolutte krav til ulovfestede rettsvernsregler en lovfestede, vil rettsstilstanden kunne lide av mangel på forutberegnelighet for den enkelte borger. Resultatet i den enkelte sak vil kunne virke i større grad urimelig for en ulovfestet regel enn en lovfestet.

Salvesen og Marthinussen har også problematisert ulovfestede ekstinksjonsregler opp mot EMK P1-1. De viser til at det kan tenkes at EMD kommer til at lovs- og proporsjonalitetskravet etter EMK P1-1 ikke er oppfylt i visse tilfeller.⁹²

Interesselæren er et klart eksempel på at Høyesterett har åpnet for et skjønnspreget unntak for de ulovfestede rettsvernsreglene. For å oppnå rettsvern med interesselæren må det bevises at selger ikke har en *interesse* i å beholde varen. Selger må ha utført sin del av avtalen og det står bare på kjøper at varen ikke er overlevert. Kjøper må på den andre siden ha en *interesse* i at kjøper oppbevarer varen for ham.

Interessevurderingen for både selger og kjøper vil i stor grad bero på en subjektiv vurdering av forholdene dem imellom. Om kjøper har valgt å ikke hente varen fordi han selv mener han ikke har plass til å oppbevare den hjemme, eller om det skyldes at han *objektivt* sett ikke har plass vil variere. Selv om det er en objektiv eller subjektiv begrunnelse for at varen ikke er hentet, vil det være kjøpers *subjektive* mening som er den avgjørende.

Fra selgers side vil vurderingen bero i større grad på de *objektive* momentene. Dersom selger har ytt sin del av avtalen og varen er tilstrekkelig individualisert vil dette i stor grad tilfredsstillende kravene for interesselæren. Det vil være vanskelig for konkursboet å bevise at selger har hatt en *interesse* i å beholde varen dersom selger har tilstrekkelig individualisert løsøret.

⁹² Se. Salvesen, *Kreditorvern* (2021) s. 170-187 og Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016) s. 167-168

Faren for kreditorsvik vil fortsatt være stor i de tilfellene selger og kjøper samarbeider om å føre kreditor bak lyset. Et illustrerende eksempel vil være salg av en traktor. Partene blir enige om at kjøper skal forhåndsbetale for traktoren, men selger skal bruke den ut uken for å sanke inn resterende avling. Kjøper er redd for kreditorekstinksjon og legger opp en plan om å konstruere et «interesselæretilfelle».

Planen går ut på at selger skal markere traktoren med selgers navn og at den er solgt. Selger skal også hver dag etter bruk parkere traktoren bort fra de andre traktorene han eier slik at den er tilstrekkelig individualisert. De avtaler også at grunnen til at kjøper ikke har hentet traktoren skyldes plassmangel hos kjøper. På denne måten har kjøper oppnådd rettsvern uten å få traktoren overlevert. Det vil være vanskelig for kreditor å kunne bevise at interesselæren ikke kommer til anvendelse i et slikt tilfelle. Kreditor må enten ta selger på fersken i å bruke traktoren eller på andre måter bevise at selger har hatt en *interesse* i å beholde traktoren.

Kreditors bevisbyrde bringer meg over til det neste poenget. Rettsvernsreglene er begrunnet i notoritetshensyn og publisitetshensyn. Det skal være lett å bevise om en overdragelse har funnet sted eller ikke. Det er ønskelig at vurderingen bero på objektive vilkår slik at det vil være lett å bevise om det foreligger en reell overdragelse eller ikke. I Rt. 1998 s. 268 på s. 275 uttaler Høyesterett at «Hensyn til en objektiv og rettsteknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak.».

I et tilfelle der kreditor mener kjøper ikke har oppnådd rettsvern, mens kjøper og selger påberoper interesselæren, vil resultatet føre til en kostbar retts sak der bevisføringen vil bestå av objektive og subjektive bevis. Kreditor må enten bevise at selger har hatt *interesse* i å beholde gjenstanden, eller at kjøper ikke har hatt *interesse* i at selger oppbevarer løsøret for ham. Kreditor vil ha vanskeligheter med å bevise partenes intensjoner med inngåelse av kjøpsavtalen, mens kjøper og selger vil ha et klart innblikk i hva deres hensikt var med avtaleinngåelse.

Selv om dommene Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 åpner opp for unntak med subjektive vurderinger i de tilfellene det foreligger en ulovfestet rettsvernsregel, kan man stille seg spørsmålet om hvorfor man ikke kan det for de lovfestede.

Et element av subjektiv vurdering vil på den ene siden føre til flere rettsaker. Dersom rettsvernsreglene ikke er absolutte, vil flere gå til sak i håp om å vinne frem. Dette er et poeng man ser Høyesterett fremhever selv. I Rt. 1997 s. 1050 på side 1054-1055 sier de «(...) det er

ikke 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.»

Det er blitt en enighet om at prosessøkonomiske hensyn skal trumfe behovet for rimelige resultater i den enkelte sak. På bakgrunn av dette kan man stille seg tvilende til om interesselæren burde være et gyldig unntak sett opp mot ønsket om absolutte rettsvernsregler.

Interesselæren er ikke i stor grad med på å fremme notoritet, publisitet eller minske faren for kreditorsvik. Dersom det er allment godtatt at et slikt unntak skal eksistere blant rettsvernsreglene kan man tenke seg at de lovfestede reglene også burde ha et innslag av et subjektivt vurderingsmoment for å bøte med faren for urimelige resultater i den konkrete sak.

Hans Fredrik Martinussen drøfter også sitt syn på rettsvernsreglenes absolutte karakter i sin bok *Tredjemannsproblemene*. Han viser til at det er et ønske om forutberegnelighet med rettsvernsreglene, fordi det kan være store verdier som er i spill, og både profesjonelle og uprofesjonelle parter vil nyte godt av klare rettsvernsregler. På den andre siden påpeker han at det er flere hensyn som gjør seg gjeldende, og stiller spørsmål med om forutberegnelighet i alle tilfeller vil trumfe andre reelle hensyn.⁹³

Borgar Høgetveit Berg mener på sin side at de urimeligste resultatene av absolutte rettsvernsregler vil kunne bøtes med en regel der suksessor kan bevise at det ikke foreligger kreditorsvik. Han er negativ til en slik løsning siden dette vil være prosessøkende og han mener hele poenget med en notoritetsakt vil forsvinne.⁹⁴

Det er vanskelig å konkludere med om hva som er best av absolutte eller ikke absolutte rettsvernsregler. *De lege lata* er det klart at absolutte rettsvernsregler er hva domstolen ønsker, men *de lege ferenda* kan man argumentere for at mindre absolutte rettsvernsregler vil ha gode grunner for seg. De mest urimelige tilfellene som i Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 der hensynet til notoritet er oppfylt og faren for kreditorsvik ikke er til stede burde etter min mening ikke ha ført til kreditorbeslag. De sentrale hensynene som står opp mot hverandre er ønsket om prosessdempende regler mot ønsket om rimelige resultater i den enkelte sak. Det er en avveining som beror på om man ønsker og verne kreditor eller suksessor og hvor man

⁹³ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016) s. 82-83

⁹⁴ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 238

etter gjeldende rett har valgt og verne kreditor. Etter min mening er suksessor i større grad verneverdig, på grunn av deres manglende kreditorhensikt – nærmere om dette over i punkt 3.2.

5 HR 2021-2248-A

I punktene nedenfor vil det bli foretatt en analyse av dom inntatt i HR-2021-2248-A.

Analysen vil bære preg av løpende innslag av mine rettspolitiske synspunkter. Avgjørelsen er en av de få dommene Høyesterett har uttalt seg om rettsvernsakten for salg av løsøre.

Dommen er en dissensdom hvor flertallet består av 4 dommer og mindretallet består av 1 dommer.

5.1 Faktum

Dommen bygger på et søksmål mot Advokatfirmaet DLA Piper Norway DA (DLA) for mangelfull rådgivning. Saksøker var Aurstad Maskinutleige AS som i forbindelse med en omorganisering av konsernet Aurstad hadde brukt DLA til bistand. Selskapet K.A Aurstad AS skulle selge en del av sin maskinpark til Aurstad Maskinutleige AS i forbindelse med omorganiseringen. Etter salget av maskinene inngikk Aurstad Maskinutleige AS en leieavtale med K.A Aurstad om at K.A Aurstad skulle leie tilbake alle de solgt maskinen, et såkalt «sale and leaseback».

Selskapet K.A Aurstad gikk dårlig, og de begjærte oppbud kort tid etter leieavtalen. Bostyrer mente Maskinutleige AS ikke hadde oppnådd rettsvern i maskinene ovenfor boet siden maskinene ikke hadde vært flyttet. Selskapet og boet inngikk senere forlik. Maskinutleige AS tok dermed ut søksmål mot DLA hvor det ble krevd erstatning for mangelfull rådgivning.

Det overordnede spørsmålet i dommen var om det stiltes et krav om overlevering for å oppnå rettsvern ovenfor selgers kreditorer. Det ble også reist flere underproblemstillinger av Høyesterett. De sentrale underproblemstillingene var knyttet til når det forelå unntak fra overleveringskravet eller ikke.

Høyesterett delte seg i et flertall på 4 dommere og et mindretall med en særmerknad fra dommer Ragnhild Noer. Både flertallet og mindretallet er enige om at DLA er erstatningsmessig ansvarlig for mangelfull rådgivning, men er uenig om rettsvernsspørsmålet tilknyttet løsøresalg. Den videre drøftelsen vil ta for seg både flertallet og mindretallets syn på de spørsmålene dommen reiser.

5.2 Flertallet

5.2.1 Overlevering som hovedregel

Det første spørsmålet som flertallet drøfter, er hvilken rettsvernsakt som må gjennomføres for at kjøper skal ha oppnådd rettsvern ovenfor selgers kreditorer. Flertallet tar utgangspunkt i dekl. § 2-2 og at fordringshaver kan ta beslag i *ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstidspunktet*.⁹⁵ Det konkluderes med at kreditors beslagsrett ikke er begrenset til det formuesgode som *tilhører skyldneren*, men må suppleres med rettsvernsreglene.⁹⁶

Førstvoterende tar utgangspunkt i at et formål med rettsvernsreglene er å forhindre kreditorsvik. På bakgrunn av dette må rettsvernsreglene være med på å fremme publisitet og notoritet ovenfor eiendomsoverdragelsen.⁹⁷

Høyesterett problematiserer at lovgiver ikke har lovfestet noen regel om når avtaleerhverver skal kunne få eiendomsrett til løsøre. Med mangel på en primær rettskilde tar Høyesterett utgangspunkt i pantel. § 3-2 og reglene om håndpant. For håndpant må selger være fratatt rådigheten over tingen for at kjøper skal ha oppnådd rettsvern.⁹⁸

Det vises til at spørsmålet om når erverver har oppnådd kreditorvern har vært diskutert i juridisk teori i 250 år, men at hovedoppfatningen har vært at det stilles et krav om overlevering.⁹⁹

I Premiss (61) konkluderer flertallet med at «(...) den alminnelige oppfatningen i litteraturen i minst 60 år i hovedsak, men ikke unisont, har vært at det som hovedregel eller utgangspunkt gjelder krav om overlevering eller at selger på annen måte fratras rådigheten over gjenstanden.»

Dommer Normann mener den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur i dette tilfellet har en selvstendig betydning som rettskilde.¹⁰⁰ I teorien er det diskutert om juridisk teori som en sekundær rettskilde vil kunne stå seg som et primært rettsgrunnlag. *Nils Nygaard* mener at

⁹⁵ HR-2021-2248-A avsnitt (47)

⁹⁶ HR-2021-2248-A avsnitt (48)

⁹⁷ HR-2021-2248-A avsnitt (49)

⁹⁸ HR-2021-2248-A avsnitt (54)

⁹⁹ HR-2021-2248-A avsnitt (55)

¹⁰⁰HR-2021-2248-A avsnitt (62)

«Rettsoppfatning i litteraturen vil ofte ikkje bli tillagt sjølvstendig vekt som rettsheimel, men den kan vera eit vesentlig bidrag til grunnlaget for regelen. Men stundom (sic!) kan også ei fast rettsoppfatning i juridisk litteratur fungera som rettsheimel eller som fragment av ein rettsheimel (...)»¹⁰¹

Jens Edvin Skoghøy poengterer at Høyesterett ofte viser til juridisk teori i sine avgjørelser, men at teoriuttalelsene ikke er bindende for dommerne.¹⁰² Videre poengterer han at teoretikere ikke har myndighet til å bestemme hva som er gjeldende rett, men teorien kan i stor grad påvirke rettsutviklingen. I de tilfellene det er lite eller sparsomt med lovgivning vil teoretikernes oppfatning kunne ha stor betydning.¹⁰³

Skoghøy er i noen grad varsommere med å si at teorien vil kunne brukes som primær rettskilde enn hva *Nygaard* er. *Skoghøys* oppfatning er at teorien i samspill med rettspraksis vil kunne utvikle retten. *Nygaard* har samme oppfatning, men går hakket lenger og sier at teorien også alene vil kunne brukes som primært rettsgrunnlag.

I HR-2021-2248-A har flertallet klart lagt stor vekt på teoretikernes oppfatning om hvilken rettsvernsakt som kreves. Det er også vektlagt at underrettspraksis har anerkjent et krav om overlevering. Samlet sett vil teori og underrettspraksis kunne utgjøre et primært rettsgrunnlag, som Høyesterett kan legge til grunn som gjeldende rett.

Selv om flertallet har rettskildemessig dekning for sin begrunnelse kan man stille flere spørsmålsteget med selve avgjørelsen. Det første spørsmålet som kan reises er om overlevering vil bidra til å forhindre kreditorsvik.

Flertallet poengterer i premiss (49) at det grunnleggende formålet med rettsvernsreglene er å hindre kreditorsvik, og at dette oppnås gjennom notoritet og delvis publisitet knyttet til rettsvernsakten. Flere forfattere har vært kritisk til hvor mye et krav om overlevering egentlig fremmer notoritet og publisitet. *Sverre Magnus Bergslid Salvesen* sier «En overlevering sier imidlertid ingenting om *når* en disposisjon har skjedd, hvilken *rettighet* som er overdratt, og

¹⁰¹ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2005) s. 255

¹⁰² Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 215

¹⁰³ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 216

til *hvilken pris* løsøregjenstanden er overdratt. Den notoritetsskapende effekten som fremskaffes gjennom overlevering er derfor lav.».¹⁰⁴

Et annet poeng som ofte er belyst, er i hvor stor grad faren for kreditorsvik med salg av løsøre faktisk er. *Borgar Høgetveit Berg* fremmer dette spørsmålet, og mener at vurderingen ikke beror på i hvor stor grad faren for kreditorsvik er, det sentrale er om det faktisk er en fare. Rettsvernsreglene eksisterer for å verne kreditor mot uønskede disposisjoner av debitor.¹⁰⁵

Overlevering vil i liten grad fremme notoritet og dermed også i liten grad forhindre kreditorsvik. Den illojale debitor vil lett kunne konstruere en overlevering og påstå at mottaker har betalt kontant eller krevd motregnet for et tidligere krav.¹⁰⁶

Andre momenter som i større grad vil kunne fremme notoritet vil f.eks. være kontoutskrift eller lignende for å vise at det foreligger en transaksjon mellom partene. Faren for kreditorsvik vil fortsatt eksistere dersom man tar utgangspunkt i transaksjonsbevis som rettsvernsakt. Risikoen knytter seg i det vesentlige til de tilfellene transaksjonen består i annet en vanlig pengeoverføring.

Faren for antedaterte dokumenter har blitt fremhevet som et av hovedgrunnen til at man ikke kan tillate at suksessor oppnår rettsvern med avtaleinngåelse.¹⁰⁷ *Hilde Hauge* mener faren for antedaterte dokumenter fortsatt er like reell om ikke et større faremoment, på bakgrunn av den teknologiske utviklingen i samfunnet. Det vil være lettere å fabrikke et kjøpsbevis enn hva det var før i tiden. På den andre siden vil også den teknologiske utviklingen føre til at det kan være lettere å bevise at et dokument eller transaksjon er antedatert.¹⁰⁸

Sverre Magnus Bergslid Salvesen på sin side mener faren for antedaterte dokumenter vil være lav siden den vanligste formen for betaling i dag er med bankkort eller andre former for nettbaserte transaksjoner.¹⁰⁹ Forskjellen med en nettbasert betaling og en kontant betaling er at transaksjonen vil gå igjennom en utenforstående tredjepart - i de fleste tilfeller en bank.

¹⁰⁴ Salvesen, *Kreditorvern* (2021) s. 330

¹⁰⁵ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 415

¹⁰⁶ Hauge, *Løsøreerverters kreditorvern* (2016) s. 42

¹⁰⁷ Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 477

¹⁰⁸ Hauge, *Løsøreerverters kreditorvern* (2016) s. 42-43

¹⁰⁹ Salvesen, *Kreditorvern* (2021) s. 330

Dersom man betaler med kort, Vipps, Paypal eller andre nettbaserte betalingsformer, vil suksessors penger i de fleste tilfeller befinne seg hos en utenforstående tredjepart. Tredjeparten vil i de fleste tilfeller ha liten til ingen insentiv til å hjelpe til med å antedatere betalingen. Faren for kreditorsvik er derfor lav i tilfeller der det er brukt nettbasert betalingsformer.

Overlevering vil også i liten grad fremme publisitet. Publisitet er ikke det bærende hensynet som forhindrer kreditorsvik, men samlet med notoritetshensynet, vil hensynene i teorien minske faren. Når en løsøregegenstand blir solgt vil det være vanskelig for en tredjepart å få innsyn i transaksjonen. Når en løsøregegenstand blir solgt og overlevert, vil det ikke finnes et løsreregister kreditor kan slå opp i. Det stilles heller ikke et krav om at selger må notifisere kreditor om at løsøregegenstanden er forlatt selgers bo.

Publisitetseffekten overlevering har, kan ikke sammenlignes med f.eks. publisitetseffekten med tinglysning av fast eiendom. Kreditor vil kunne slå opp i grunnboken for å se om det har skjedd en eiendomsoverdragelse eller om eiendommen er beheftet med rettigheter. Med overlevering vil kreditor måtte fysisk kontrollere om det har skjedd en eiendomsoverdragelse eller ikke. I mange tilfeller vil ikke kreditor vite at løsøregegenstanden ikke er i debitors besittelse før etter debitor har gått konkurs.

Det faktum at førstvoterende ikke kommenterer eller drøfter deres syn på i hvilken grad overlevering egentlig hindrer kreditorsvik gjennom notoritet eller publisitet gir en bismak. Dersom problemstillingen hadde blitt drøftet nærmere, ville man i større grad kunne slå seg til ro med flertallets konklusjon. I motsetning sitter man fortsatt igjen med de samme spørsmålene som før avgjørelsen.

5.2.2 Salg og tilbakeleie

Det neste spørsmålet flertallet reiser er om det kan oppstilles et unntak fra hovedregelen om overlevering. Dommerne ser på om tilfeller av salg og tilbakeleie burde være et typetilfelle som har et unntak. I vurderingen av om det burde foreligge et unntak sier Høyesterett, «Hensynene bak reglene om kreditorekstinksjon og rettsvern bør være avgjørende for hvor langt hovedregelen eller utgangspunktet kan fravikes.¹¹⁰

¹¹⁰ HR-2021-2248-A (64)

Flertallet viser til at salg og tilbakeleie har likheter med pantsettelse, jf. pantel. § 3-2, hvor det stilles et krav om overlevering. De mener det foreligger en for stor risiko for at et unntak for salg og tilbakeleie vil bli brukt til å unngå reglene om håndpant. Hensynet til likebehandling av kreditorene blir vektlagt, hvor de ser at skille mellom overdragelse til eie og sikkerhetsstillelse ikke alltid er like klar. På bakgrunn av denne uklarheten burde usikkerheten komme kreditorfellesskapet til gode.

Flertallet fremhever at «Også hensynet til notoritet står særlig sterkt ved denne type avtaler.».¹¹¹ Som nevnt i punktet over drøfter Høyesterett ikke i hvilken grad overlevering vil gi notoritet. Å fremheve at notoritet er et særlig viktig hensyn i forbindelse med rettsvern ovenfor salg og tilbakeleie vil etter mitt syn ikke tale for at overlevering burde være rettsvernsakten for salg og tilbakeleie.

Premisset med et salg og tilbakeleie er at selger skal til slutt sitte igjen med et leieforhold til gjenstanden, men eiendomsretten skal ha gått over til kjøper. Det kan argumenteres for at notoriteten med overlevering vil være lavere i tilfeller med salg og tilbakeleie enn med vanlig salg. Som *Salvesen* påpeker vil man ikke igjennom overleveringen se når disposisjonen skjedde, hvilken rettighet som er tilknyttet gjenstanden eller til hvilken pris gjenstanden er kjøpt for. Men med et vanlig salg vil løsøregjenstanden vertfall være ute av selgers besittelse, som i seg selv vil føre til en viss notoritet.

Med et salg og tilbakeleie vil overleveringen bare være et obligatorisk vilkår som ikke har noen innholdsmessig faktisk betydning. Løsøret blir overlevert for deretter og levers tilbake til selger. Høyesterett frastår fra å drøfte hvor omfattende overleveringen må være. Men i premiss (68) sier de at «Jeg tilføyer at fratakelsen av rådigheten – i motsetning til det som gjelder etter håndpantereglen i panteloven § 3-2 – ikke behøver å være varig.».

Grensen for når overleveringen oppfyller rettsvernskravet er uklart i et salg og tilbakeleieforhold. Dersom det er tilstrekkelig at løsøretingen bare har vært i besittelse av kjøper for så å bli levert tilbake med en gang, vil overleveringen ha et proformapreg. Det kan heller ikke kreves en varig overlevering siden salg og tilbakeleie ikke vil være mulig å gjennomføre. Dersom det skal stilles et delvis varig krav om overlevering der kjøper må være i besittelse av gjenstanden i f.eks. en uke, vil dette kunne føre til at tilbakeleien ikke er

¹¹¹ HR-2021-2248-A (66)

ønskelig. Selger har behov for refinansiering, men har et pågående prosjekt hvor løsøretingen er det primære redskapet for å utføre jobben. Et delvis krav til varig overlevering vil føre til at salg og tilbakeleie modellen ikke vil være egnet til å refinansiere siden selger ikke vil kunne bruke løsøretingen over en lengre periode.

Ut ifra flertallets argumentasjon virker salg og tilbakeleie ikke å være en ønskelig modell for refinansiering. Faren for kreditorsvik er for stor til å tillate at en slik disposisjon skal stå seg ovenfor debtors kreditorer. Det spørsmål man kan stille seg er om salg og tilbakeleie er en konstruksjon som skal begrenses av rettsvernsreglene, eller om det burde være opp til lovgiver å begrense muligheten dersom salg og tilbakeleie ikke er ønskelig.

5.2.3 Adgangen til å gjøre unntak fra hovedregelen

Det tredje spørsmålet flertallet drøfter er den generelle adgangen til å gjøre unntak fra hovedregelen. I premiss (68) sier dommer Normann «Mitt syn er videre at det bør kunne oppstilles unntak fra dette kravet for kontraktstyper der faren for kreditorsvik er liten og gode grunner taler for ikke å kreve en rettsvernssakt.»

Høyesterett oppstiller to kumulative vilkår for at det kan gjøres unntak fra hovedregelen om overlevering. For det første må det foreligge en «kontraktstype der *faren for kreditorsvik er liten*» og for det andre må «*gode grunner* tale for ikke å kreve en rettsvernssakt».

Det første vilkåret som blir drøftet er at det må foreligge en kontraktstype der faren for kreditorsvik er liten. Faren for kreditorsvik er størst i de tilfellene kjøper og selger har en nær relasjon. Det vil være lettere for både debitor og suksessor å planlegge og gjennomføre svikaktige transaksjoner. Gavedisposisjoner til nærstående er et typisk eksempel på dette. I motsatt ende vil disposisjoner imellom to ukjente parter ikke ha like stor fare for kreditorsvik. Partene vil i større grad ha vanskeligheter med å overtale den andre til å bli med på å gjennomføre en svikaktig transaksjon.

Karakteren og motivet med transaksjonen vil også spille inn på faren for kreditorsvik. Har salget en karakter av gavesalg for å begunstige suksessor fremfor andre kreditorer vil dette tale for kreditorsvik. Er debitor eller suksessor i en økonomisk vanskelig situasjon vil de kunne ha motiv som også taler for kreditorsvik. Kontraktstypen må også bringe notoritet slik at det ikke blir tvil om det har skjedd en reell eiendomsoverdragelse eller ikke.

Det stilles også et tilleggsvilkår om at *gode grunner* må tale for et unntak. Hva som ligger i vilkåret *gode grunner*, vil variere ut ifra hvilken kontraktstype man står ovenfor og vil mest sannsynlig ikke være uttømmende. Samfunns- og teknologiutvikling vil kunne føre til nye kontraktsformer hvor nye *gode grunner* vil kunne føre til at det åpnes for et nytt unntak.

Flertallet viser i premiss (61) til at «(...) de aktuelle unntakene gjelder tilfeller som ikke kan likestilles med sikkerhetsstillelse, og der faren for kreditorsvik er liten.». Fraværet av kredittmomentet blir i denne sammenheng brukt som et argument for å åpne for unntak for forbrukerkjøp og større tilvirkningskontrakter. Interesselæren er også et allment godkjent unntak hvor fraværet av sikkerhetsstillelse er et av de sentrale momentene for unntaket. Hva som ligger i *gode grunner* vil variere ut ifra hvilken kontraktsform man står ovenfor, men dersom det ikke foreligger et kredittmoment virker vilkåret i stor grad å være oppfylt.

Hvor høy terskel det stilles for at vilkårene er oppfylt har ikke Høyesterett klarlagt. Flertallet mente at samfunnsmessige og forretningsmessige hensyn sammenholdt med lang og fast transaksjonspraksis ikke var tilstrekkelig for å åpne for unntak.¹¹² Om samfunns- og forretningsmessige hensynene isolert sett ikke oppfylte vilkåret *gode grunner* eller om *faren for kreditorsvik* var for høy til å åpne for unntak blir ikke direkte kommentert av flertallet. Man kunne tenke seg at flertallet vil åpne for unntak i det tilfellet *faren for kreditorsvik* ikke var for høy, men dette blir rene spekulasjoner.

Høyesterett har i tidligere dommer Rt.1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 satt en streng linje for muligheten for unntak i de lovfestede rettsvernsreglene. HR-2021-2248-A åpner i større grad for unntak i de tilfellene vilkårene som er nevnt ovenfor er oppfylt. Forholdet mellom de ulovfestede rettsvernsreglene og de lovfestede er et moment dommen avstår å svare på. Dersom adgangen til unntak i de ulovfestede rettsvernsreglene skal holde seg tro til det tidligere avgjørelsene, vil det være en snever adgang. Dersom ønsket er å ha unntak i alle typetilfeller der *faren for kreditorsvik* er lav og *gode grunner* taler for det, vil rettsvern tilknyttet løsøresalg få en i større grad fleksibel regel som tar hensyn til de urimelige tilfellene.

¹¹² HR-2021-2248-A (67)

5.3 Mindretallet

Dommer Noer er enig med flertallet om at DLA Piper har opptrådt ansvarsbetingende og er dermed erstatningsansvarlig ovenfor Aurstad Maskinutleige AS. Rettstilstanden for når kjøper hadde oppnådd rettsvern ved kjøp av uregistrerbart løsøre var usikker, og mangelen på orientering om usikkerheten førte til at DLA var erstatningsansvarlig.¹¹³

Dissensen er ikke knyttet til erstatningsspørsmålet, men om rettsvernsreglene. Mindretallet tar på lik linje som flertallet utgangspunkt i dekl. § 2-2 om at fordringshaver har rett til dekning i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstidspunktet» og visert til at det avgjørende er de reelle eierforholdene, jf. tvangfullbyrdelsesloven § 7-1 andre ledd.¹¹⁴

Videre vil fordringshavers dekning ikke bare være begrenset til de reelle eierforholdene, men kreditor vil også kunne ta beslag i suksessors reelle eiendeler, så lenge de ikke har fått rettsvern. Med mangel på lovtekst tar også mindretallet utgangspunkt i reglene om håndpant, jf. panteloven § 3-2 andre ledd og viser til at hovedregelen for etablering av rettsvern for håndpant er overlevering.

Mindretallet legger også til grunn at det for salg av løsøregjenstander *har vært* et krav om overlevering, og at det avgjørende var om den fysiske rådigheten var fratatt selger.¹¹⁵ Det vises til de tidligere avsagte dommene Rt. 1909 s. 734 og Rt. 1912 s. 263 hvor dommeren mener at avgjørelsene vil ha en viss relevans for dagens rettsvernskrav selv om dommene er gamle og «(...) avgjørelsene synes å ha sett noe mer pragmatisk på kravet om overlevering.»¹¹⁶

Noer konkluderer med at rettskildene som støtter et krav om overlevering er «(...) relativt sparsomme (...)» og at den nærmere grenser for hvor absolutt vilkåret er må bygge på en vurdering av de hensyn som begrunner regelen.¹¹⁷

I den videre drøftelsen tar mindretallet for seg de eventuelle måtene Aurstad Maskinutleige kunne oppnå rettsvern for maskinparken. Hun konkluderer med at den praktiske muligheten

¹¹³ HR-2021-2248-A (113)

¹¹⁴ HR-2021-2248-A (81)

¹¹⁵ HR-2021-2248-A (83)

¹¹⁶ HR-2021-2248-A (84)

¹¹⁷ HR-2021-2248-A (85)

for å oppnå rettsvern i liten grad er til stede. En flytting av maskinene til kjøper vil føre til avtalebrudd ovenfor byggherren og det ville være svært upraktisk og kostbart. Eventuelle tradisjonssurrogater som, *Traditio Clavium* og *Traditio longa manu* ville heller ikke aktualisere seg av praktiske årsaker.

Noer gjør så en vurdering av om overlevering i salg og tilbakeleie vil være en hensiktsmessig rettsvernsakt. Hun viser til at overlevering vil være upraktisk, uklar og gir liten notoritet over tid.¹¹⁸ Det vises til at læren om overlevering ble etablert for lenge siden og at samfunnsutviklingen har ført til at overlevering ikke lenger er like nødvendig for å forhindre kreditorsvik;

«Læren om overlevering er gammel. Den ble utviklet i en tid da avtaler ble skrevet på et stykke papir. Kjøp bli gjort på med kontante penger. Dette ga liten notoritet. Et krav om overlevering av varene var viktig for å forhindre falske kontrakter og antedatering.¹¹⁹

Samfunnsutviklingen har ført til at overlevering ikke i like stor grad trengs for å fremme notoritet. Betaling skjer i de fleste tilfellene med kort, hvor transaksjonen vil ha notoritet. Større kontrakter vil være lagret elektronisk, noe som vil begrense muligheten for å antedatere dokumenter - Selv om *Hauge* mener det motsatte.¹²⁰ Å forfalske en kortbasert transaksjon vil også være vanskelig siden, det er en utenforstående tredjemann – banken – som har kontroll over transaksjonene. Det kan også stilles spørsmål om et krav om midlertidig overleveringskrav vil hindre kreditorsvik. Den svikaktige debitor og suksessor vil lett kunne avtale å gjennomføre en overlevering.¹²¹

Noer viser til viktigheten av forutberegnelige rettsvernsregler, men er uenig i at reglene skal være så absolutte i de tilfellene samfunnsmessige hensyn åpner for unntak. Dette begrunnes også med at overleveringsregelen allerede er blitt til en viss grad uthulet med at det finnes

¹¹⁸ HR-2021-2248-A (93)

¹¹⁹ HR-2021-2248-A (94)

¹²⁰ Se Hauge, *Løspørreerverters kreditorvern* (2016) s. 42-43

¹²¹ HR-2021-2248-A (97)

unntak som interesselæren, og åpnes for unntak for større tilvirkningskontrakter og muligens forbrukerkjøp.¹²²

5.4 Flertallet og mindretallets ulike vekting av rettskildene

Flertallet og mindretallet har i store deler av avgjørelsen sin lik rettskildebruk. Begge tar utgangspunkt i kreditors beslagsrett, jf. dekl. § 2-2 og viser til at beslagsretten utvides med rettsvernsreglene. På grunn av mangel på en lovfestet forankring av et overleveringskrav for salg av løsøre, baseres drøftelsen i stor grad på analogi av overleveringskravet i pantel. § 3-2 og støtte i teori. Det blir vist til tidligere Høyesterettsdommer, men dommene blir ikke i stor grad vektlagt på grunn av at det er eldre dommer, hvor rettsfellesskapet jobbet ut ifra en annen forståelse av eiendomsbegrepet en hva man gjør i dag. Flertallet lener seg i større grad på den rettskildemessige vekten juridisk teori har, mens mindretallet har en i større grad hensynsbasert tilnærming av problemstillingen.

Den største forskjellen mellom de to uttalelsene er forståelsen av adgangen til å gjøre unntak fra et overleveringskrav. Flertallet oppstiller en adgang til å gjøre unntak i de tilfellene *faren for kreditorsvik er liten*, og *gode grunner* tilsier at det burde gjøres et unntak. Ut ifra flertallets votum virker det som at de vektlegger at faren for kreditorsvik er for stor i salg og tilbakeleietilfeller for å gjøre unntak, selv om unntaket er samfunnsmessig godt begrunnet.¹²³ Mindretallet vektlegger i større grad den samfunnsmessige nytten og det blir gitt uttrykk for at de ulovfestede rettsvernsreglene ikke i like stor grad skal være absolutte.¹²⁴

Flertallet og mindretallet har også ulike systembetraktninger på hvordan rettsvernsreglene fungerer i beslagsretten. Flertallet viser til reglene om proforma, omstøtelse og rettsvern og mener at de tre regelsettene har delvis sammenfallende formål og begrunnelse, men at hensynene bak reglene er ikke de samme.¹²⁵

Mindretallet på sin side gir uttrykk for at reglene om proforma eller omstøtelse i større grad vil være anvendelig på denne tvisten, sammenlignet med reglene om rettsvern. Mindretallet

¹²² HR-2021-2248-A (98)

¹²³ HR-2021-2248-A (67)

¹²⁴ HR-2021-2248-A (109)

¹²⁵ HR-2021-2248-A (70)

virker å ha en forståelse av at de tre regelsettene i større grad utfyller hverandre.¹²⁶ Behovet for absolutte rettsvernsregler, blir i mindre grad aktuelt når det eksisterer regelsett som i seg selv vil forhindre kreditorsvik.

6 Unntak for forbrukerkjøp

Flertallet i HR-2021-2248-A åpner opp for et mulig unntak fra hovedregelen om overlevering, i de tilfellene kjøper er en forbruker.¹²⁷ Den videre drøftelsen vil bygge på de vilkår Høyesterett oppstiller for å gjøre unntak fra hovedregelen om overlevering med salg av uregistrerbart løsøre – nærmere om vilkårene, se punkt 5.2.3.

Den vanlige forbruker vil i stor grad være ukjent med reglene om rettsvern og vil kunne få en ubehagelig opplevelse den dag de oppdager at varen de bestilte hos forhandleren aldri kom frem. Etter nærmere undersøkelse oppdager de at forretningen de bestilte varen av er gått konkurs. En standhaftig forbruker vil i dette tilfellet prøve å kontakte konkursboet og vil kunne bli sjokkert over at de ikke vil ha en separatistrett til varen – et premiss for dette eksemplet er at interesselæren ikke kommer til anvendelse i dette tilfellet. Forbrukerens anførsel om at han ikke var klar over rettsvernsakten med kjøp av løsøre vil i de fleste tilfeller ikke føre frem.¹²⁸

6.1 Faren for kreditorsvik

Som Høyesterett påpeker er et av vilkårene for å gjøre unntak fra overleveringskravet at *faren for kreditorsvik er liten*.¹²⁹ Dersom risikoen for kreditorsvik er for høy med forbrukerkjøp, vil det ikke være adgang til å gjøre unntak. Det vil tas utgangspunkt i de klassiske forbrukerkjøp, hvor en helt vanlig forbruker forhåndsbetaler for en vare av et stort selskap, men det vil også tas en vurdering av de tilfellene der forbruker og selger har et tettere forhold til hverandre.

Faren for kreditorsvik vil i de fleste tilfeller være størst der debitor og suksessor er nærstående. Å overtale familie eller en nær venn vil være lettere enn å overtale en fremmed til å bidra med kreditorsvik. Faren for skjult underpant vil også i mindre grad være aktuell. I et

¹²⁶ HR-2021-2248-A (112)

¹²⁷ HR-2021-2248-A (61)

¹²⁸ Berg, «Rettsvern for lausørekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?» *Jussens Venner*, 1999 s. 1-30

¹²⁹ HR-2021-2248-A avsnitt (68)

forbrukertilfelle vil kjøper i mindre grad være villig til å risikere sin egen økonomi for å finansiere selger.

Kåre Lilleholt viser til at i forbrukerkjøp vil salget vanligvis ikke ha en så stor verdi og dermed er faren for kreditorsvik ikke like stor.¹³⁰ Dette poenget er jeg litt uenig i. Selv om verdien av løsøregjenstanden ikke er så stor i forhold til selgers samlede omsetning, eller kreditors krav på debitor, vil kanskje verdien av løsøret være en betydelig sum for den vanlige forbruker. F.eks. vil en høyttaler til en verdi av 40 000 kr ikke være så mye for selgeren. Bedriften selger flere høyttalere til en mye større verdi enn hva forbrukeren har kjøpt, og for kreditor vil verdien av høyttaleren bare være en liten del av det krav han har mot selger. For forbrukeren vil kjøpet av høyttaleren kunne utgjøre en stor del av hans egenkapital. Den økonomiske risiko kjøper tar vil kunne senke hans terskel for å bistå med kreditorsvik.

Forbrukers mulighet til å foreta dyre løsørekjøp har økt i takt med samfunnsutviklingen. Biler den vanlige forbruker kan kjøpe kan ha en verdi over flere hundre tusen, og et tap av denne størrelsen vil kunne minske kreditors dekningsmuligheter i stor grad. Det virker som *Lilleholt* har tatt utgangspunkt i de vanlige løsørekjøp der verdien av varen er lav. Det er klart at kjøp av dagligvarer på en matbutikk ikke vil ha den økonomiske verdien som gir forbruker et motiv til å utføre kreditorsvik. Det problematiske er at ytterpunktet på verdier av løsøre forbrukere er villig til å forhåndsbetale for vil kunne gi et økonomisk motiv.

På den andre siden vil ikke det faktum at forbruker kan ha et økonomisk motiv til å utføre kreditorsvik i seg selv tale for at faren er høy. Faren for kreditorsvik er som sagt størst i de tilfellene kjøper og selger er nærstående. Det faktum at kjøper og selger i de fleste tilfeller ikke vil ha et slikt nært forhold som vil åpne for kreditorsvik taler for at faren for kreditorsvik er generelt lavt med forbrukerkjøp.

I flere forbrukerkjøp vil ikke selger og kjøper ha fysisk kontakt. Netthandel er blitt en utbredt form for handel. Denne handelsformen tillater kjøper og selger å inngå en salgavtale uten noen form for fysisk kontakt. Kjøper og selger vil i de fleste tilfeller ikke vite hvem personen bak transaksjonen er, og muligheten for å utføre kreditorsvik vil i stor grad bli begrenset av dette.

¹³⁰ Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* (1999) s. 194

Et annet moment som taler for at det er lav fare for kreditorsvik er utviklingen av den vanlige forbrukers betalingsmåte. Betaling med bankkort har blitt den vanligste formen for betaling blant forbrukere. Før var det vanligere med kontant betaling, en form for betaling som fører til lite notoritet over transaksjonen. Betaling med bankkort fører til en større grad av notoritet hvor man vil kunne vise til bankutskrifter for når man har betalt for løsøre, hvor mye og til hvem. Faren for en falsk banktransaksjon er liten. Transaksjonen går igjennom en utenforstående bank, som vil i liten grad ha insentiv til å konstruere en falsk betaling.

Samlet sett taler momentene for at det er liten fare for kreditorsvik med forbrukerkjøp. Den teoretiske muligheten for kreditorsvik vil alltid eksistere, men den praktiske muligheten er i liten grad reell.

Den største faren for kreditorsvik med forbrukerkjøp vil være i de tilfellene selger, og kjøper er nærstående. I de tilfellene kjøper og selger er nærstående kan det stilles spørsmål om det burde være et strengere rettsvernskrav med slike forbrukerkjøp. Den praktiske muligheten for å kontrollere når det foreligger et forbrukerkjøp mellom nærstående vil være vanskeligere. Det vil dermed i større grad være nærliggende å la reglene om proforma, omstøtelse og gavesalg regulere de tilfellene der det foreligger et forbrukerkjøp i nære relasjoner.

6.2 Gode grunner for å ikke kreve rettsvernsakt

Selv om det er konkludert ovenfor at faren for kreditorsvik med forbrukerkjøp har Høyesterett oppstilt et kumulativt vilkår der *gode grunner* må tale for å ikke kreve rettsvernsakt.¹³¹ I HR-2021-2248-A avsnitt (61) ble det vist til at det kan gjøres unntak i de tilfellene forhåndsbetaling ikke kan likestilles med sikkerhetsstillelse.

Den generelle rettsoppfatningen er at de fleste formene for forhåndsbetaling vil være en kredittytelse fra kjøper til selger.¹³² Kjøper skal etter dette utgangspunktet likestilles med de andre kreditorene og har dermed ikke krav på separatistrett. Kredittmomentet er ikke i alle tilfeller like fremtredende og kjøper vil dermed kunne kreve separatistrett.¹³³

¹³¹ HR-2021-2248-A (68)

¹³² Brækhus og Hærem, *Norsk tingsrett* (1964) s. 508

¹³³ Jf. interesselæren, se Brækhus, *Norsk tingsrett* (1964) s. 508 og HR-2021-2248-A avsnitt (61)

Kåre Lilleholt påpeker at, «Somtid vil eit overleveringskrav råke ervervaren urimeleg hardt. Særleg vil dette gjelde der ein forbrukar har betalt på forskot til ein yrkesseljar, og av ein eller anna grunn ikkje har fått levering når konkurs blir opna hos seljaren.».

Det kan skyldes flere forhold at forbruker ikke har mulighet til å få varen overlevert i det han betaler. Forbruker er å handle i en kjedebutikk og ønsker seg en spesifikk vare. Butikken har ikke den spesifikke varen i butikken, men tilbyr seg å bestille den fra sitt lager, eller få en av de andre butikkene til å sende dem. Kjøper vil i de fleste tilfellene måtte betale for varen før den blir bestilt fordi butikken ikke ønsker å ha unødvendige utgifter med bestilling av varer.

Et annet eksempel vil være at forbruker handler i nettbutikken til selgeren, og forhåndsbetaler for å få varen. I begge disse tilfellene har ikke forbruker hatt som formål å finansiere selgers anskaffelse av varen. Forbruker har ikke forhåndsbetalt for at selger skal ha midler til å anskaffe gjenstanden, forskuddsbetalingen er en betingelse forbruker må oppfylle for å sikre seg en rett til gjenstanden. Et argument mot dette vil være at det burde være opp til kjøperen å forhandle seg frem til en avtale der risikoen for kreditorbeslag er minimert. Dersom kjøper velger å forhåndsbetale, burde kjøper bære risikoen av at varen kan bli tatt utlegg i.

I forbrukertilfeller vil muligheten for å forhandle seg til en bedre avtale være mindre enn mellom to profesjonelle parter.¹³⁴ For at forbruker skal få tilgang til løsøret må han finne seg i selgers vilkår. Selger på sin side har den fordel at han kan velge å kreve forhåndsbetaling, og på denne måten lempe risikoen tilknyttet kjøpet over på kjøper. Den alminnelige forbruker har ikke de samme forutsetninger som en profesjonell part til å sette seg inn reglene om rettsvern og vil dermed ikke vite at rettsvernskravet for kjøp av løsøre er overlevering. Rettsvillfarelse er i utgangspunktet en snever unntaksregel som i de færreste tilfellene vil kunne påberopes av forbruker. Et unntak fra reglene om overlevering i forbrukerkjøpstilfeller vil i større grad være i samsvar med forbrukers rettsfølelse.

Det finnes visse motargumenter mot et eventuelt unntak for forbrukerkjøp. *Borgar Høgetveit Berg* viser til utarbeidingen av Lov 21 juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) og at et eventuelt unntak fra overleveringskravet ikke er drøftet.¹³⁵ Han påpeker videre at selv om et unntak fra overleveringskravet ikke er oppstilt, så har lovgiver

¹³⁴ Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2018) s. 307

¹³⁵ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 449

tatt stilling til spørsmålet om forhåndsbetaling skal være lovlig eller ikke i forarbeidene og funnet det hensiktsmessig å tillate denne formen for betaling.¹³⁶ Berg konkluderer med at «I eit slikt lovgjevingslandskap er det – uavhengig av kva som ska kan ha dei beste grunnane føre seg – dristig å stille opp eit unntak for forbrukarkjøp *de lege lata*.».¹³⁷

På dette punktet er jeg uenig. Lovgiver har på generelt grunnlag vært tilbakeholden med å kommentere eller lovregulere rettsvernsakten tilknyttet salg av løsøre. Å kreve at lovgiver skal lovfeste en unntaksregel fra en ulovfestet hovedregel virker å være feil ende å starte i. Dersom man skal legge ansvaret til lovgiver for å utvikle retten på et område de har vært tilbakeholden med å ta stilling til, vil lite rettsutvikling skje. Bergs mening ble publisert før Høyesterett kom med sin avgjørelse i HR-2021-2248-A og hans syn vil kunne ha endret seg på domstolens adgang til å åpne for unntak i forbrukertilfeller.

Et annet argument som kan tale mot et forbrukerhensyn er at forbruker vil kunne sikre seg mot et økonomisk tap igjennom bruk av kredittkort. Etter lov 18 desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven) § 2-7 vil forbruker ha adgang til å fremme det samme pengekrav mot kredittgiver som han kunne gjøre mot selger. Bestemmelsen rammer ikke de tilfellene forbruker har benyttet seg av et debetkort, der pengene trekkes fra innestående på en konto.¹³⁸ Forbruker vil dermed i en viss grad kunne beskytte seg selv mot et økonomisk tap i de tilfeller selger går konkurs og forbruker ikke får dekket sitt dividendekrav i boet. Eksterne betalingsmåter som Klarna kan også brukes, der forbrukeren ikke betaler før varen er mottatt og vil dermed være beskyttet. Ikke alle selskaper støtter eksterne betalingsformer som Klarna og lignende. Det er ikke sikkert den beste måten å beskytte forbrukeren på vil være å verne dem med at utenforstående betalingselskaper skal bære risikoen for kjøpet. Det er mer nærliggende at selgers kreditorer som har tatt en finansiell risiko med å gi selger midler skal bære risikoen.

Selv om forbruker vil ha et vern når det foreligger et kredittkjøp vil ikke denne løsningen fullt ut beskytte forbruker. Å eie et kredittkort er helt valgfritt og ikke alle ønsker å benytte seg av denne muligheten. Man kan være redd for å opparbeide seg gjeld hos kredittselskapet, eller

¹³⁶ Se. Ot.prp.nr.44 (2001-2002) s 78-79

¹³⁷ Berg, *Beslagsretten* (2021) s. 449

¹³⁸ Prop.92 LS (2019-2020) s. 346

bare ønsker å bruke de pengene man selv har på konto. Forbruker vil heller ikke ha en separatistrett i selve løøsret de har kjøp og vil dermed ikke kunne få utlevert varen. Dersom forbruker har kjøpt en vare på salg og de bare får pengene tilbake fra kredittselskapet er det ikke sikkert de vil finne noen som selger samme vare til samme pris. Forbruker vil dermed risikere å betale mer for varen en hva han hadde planlagt i utgangspunktet.

Samlet sett taler de fleste grunner for at det burde gjøres unntak for forbrukerkjøp. Kredittmomentet er ikke like fremtredende i forbrukerkjøp. Forbruker har en svakere stilling i kontraktsforhandling med en profesjonell part og vil bare ha et vist vern dersom de betaler med kredittkort eller eksterne betalingsformer som Klarna.

6.3 Vilkår for rettsvern tilknyttet forbrukerkjøp

I delkapitlene over er det konkludert med at vilkårene for å gjøre unntak for overleveringskravet for forbrukerkjøp av løsøre er oppfylt. Den videre drøftelsen vil være en *de lege ferenda* vurdering av hvilken rettsvernsakt forbruker må foreta seg for å ha vern mot selgers kreditorer. Vil et rent avtaleprinsipp der forbruker er vernet i det øyeblikk salgsavtalen er inngått og pengene betalt være tilstrekkelig, eller må det foreligge en viss form for modifikasjon av prinsippet for å motvirke uheldige utslag av et rent avtaleprinsipp? Flere forfattere har argumentert for og imot et eventuelt forbrukerunntak, men har ikke tatt stilling til hva et eventuelt unntak skal bestå i. *Hilde Hauge* og *Sverre Magnus Salvesen* har begge tatt opp problemstillingen i sine bøker *Løsøreerververs kreditorvern* og *kreditorvern*, men mener etablering av et eventuelt unntak vil være en lovgiveroppgave.¹³⁹ *Lilleholt* tar til orde for at forbruker skal ha separatistrett selv om selger har gjenstanden i hende, men en nærmere vurdering av unntaket blir ikke tatt.¹⁴⁰

For å gi forbruker et bedre vern mot selgers kreditorer, må unntaket ligge nærmere avtaleprinsippet enn tradisjonsprinsippet. Et rent avtaleprinsipp der forbruker er vernet i det øyeblikk avtale er inngått, vil også være problematisk. I de tilfellene en forbruker forhåndsbetaler for en vare selger ikke har på lager, og selger forplikter seg til å anskaffe fra et eksternt selskap. Eller i de tilfellene der bedriften er et *drop shipping*-selskap hvor de bare står ansvarlig for å selge varen, men ikke har et varelager, vil et rent avtaleprinsipp være

¹³⁹ Hauge, *Løsøreerververs kreditorvern* (2016) s. 188, Salvesen, *Kreditorvern* (2021) s. 380

¹⁴⁰ Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2018) s. 307

problematisk. Dersom bedriften går konkurs etter forhåndsbetaling, men før de har foretatt seg bestillingen av varen fra det eksterne selskapet vil konkursboets rett til å velge å tre inn i skyldnerens avtaler, jf. dekl. § 7-3 bli krenket. Hvis kjøper allerede er vernet med avtaleinngåelse, vil konkursboet bli tvunget til å tre inn i avtalen og fullbyrde den. Det vil med andre ord ikke lenger være et valg boet har. Boet vil heller ikke tjene noe på å tre inn i avtalen. Kunden har forhåndsbetalt til selskapet, og midlene vil dermed enten være oppbrukt eller allerede beslaglagt. Boet vil både lide et økonomisk tap med å måtte bestille varen, og taper retten til å kunne søke dekning i den bestilte løøsøregjenstanden.

Et rent avtaleprinsipp uten et krav om at selger må være i besittelse av løsøret for at forbruker skal oppnå rettsvern vil være for uforholdsmessig tyngende til å kunne gjelde. For at forbruker skal kunne oppnå rettsvern må det stilles et krav om at selger på en eller annen måte er i besittelse av varen. Dersom det er inngått en kjøpsavtale, kjøper forhåndsbetaler og selger har varen i sin besittelse - både fysisk eller på et lager - burde kjøper oppnå rettsvern.

Det kan stilles spørsmål om det burde stilles et krav til individualisering av genusvarer med et slikt unntak. *Salvesen* argumenterer for at en bindende individualisering av løsøret vil gi suksessor vern mot selgers kreditorer.¹⁴¹ Individualisering er også ett av vilkårene for at interesselæren skal komme til anvendelse. Et krav om individualisering vil gi en viss form for notoritet over salget av løsøre. Men på den andre siden vil et krav om individualisering kunne føre til urimelige resultater ovenfor forbruker. Dersom forbruker har forhåndsbetalt for en vare som skal sendes fra selgers lager, men som selger ikke rekker å individualisere før selskapet går konkurs, vil forbruker ikke lenger være vernet. Forbruker vil i liten til ingen grad ha mulighet til å forsikre seg om at selger sørger for at individualiseringen av varen skjer så fort som mulig. Et individualiseringskrav med forbrukerkjøp, vil dermed ikke verne forbrukeren i større grad enn hva interesselæren allerede gjør.

Hvis man istedenfor tar utgangspunkt i at det bare stilles et vilkår om at selger har varen i sin besittelse vil det i større grad verne forbrukeren. F.eks. kjøper forbruker en tøybamse fra en lekebutikk. Lekebutikken har ikke varen i butikken, men har fem eksemplarer av den samme bamsen på nettlagret. Forbruker forhåndsbetaler for varen i butikken mot at butikken skal ordne med bestillingen av bamsen fra lageret. Dersom selskapet går konkurs før

¹⁴¹ Salvesen, *Kreditorvern* (2021) s. 362

lagerarbeiderne har greid å individualisere bamsen, vil det ikke ha noe å si for forbruker hvilken av de fem bamsene han får, ettersom bamsene er identiske.

Uten et krav om individualisering vil det kunne bli et problem dersom selskapet har forpliktet seg til å selge flere av den samme varen til flere personer enn hva de har på lager. Hvis man tar utgangspunkt i eksemplet ovenfor, kan det oppstå tilfeller der selskapet har inngått salgssavtale med seks forbrukere, hvor alle har forhåndsbetalt for bamsene. Selskapet har fem bamser på lager og kan dermed ikke gi en bamse til hver av forbrukerne. I et slikt tilfelle vil prinsippet om først i tid best i rett gjøre seg gjeldende. De fem første som forhåndsbetalte for varen vil ha sikret seg et vern mot selgerens kreditorer. Den siste av de forhåndsbetalende kundene vil bare sitte igjen med et dividendekrav i boet. For en forbruker vil det i større grad være forståelig at de ikke har oppnådd rettsvern på grunn av selgers manglende varebeholdning i motsetning til at de ikke har oppnådd rettsvern fordi deres navn ikke sto på bamsen.

7 Avsluttende betraktninger

Det sentrale målet med oppgaven har vært å vurdere om overlevering som rettsvernsakt for uregistrerbart løsøre er med på å hindre kreditorsvik. For at en rettsvernsakt skal hindre kreditorsvik må den fremme hensynene til notoritet og publisitet. Ut ifra hva jeg har kommet frem til fremmer ikke overlevering i stor grad disse hensynene. Som *Sverre Magnus Bergslid Salvesen* har påpekt «En overlevering sier imidlertid ingenting om *når* en disposisjon har skjedd, hvilken *rettighet* som er overdratt, og til *hvilken pris* løsøregjenstanden er overdratt.».¹⁴² *Kåre Lilleholt* viser også til at «(...) ein unngår ikke provsvanskar i grensetilfella, og da er noko av poenget med notoritetskravet borte.».¹⁴³

Publisitetshensynet har ikke blitt lagt stor vekt på i teorien. Overlevering har i liten grad fremmet publisitet over disposisjonen. Kreditor vil ikke lett kunne slå opp i et register å se om det foreligger en overdragelse av gjenstanden. Kreditor må i stor grad selv oppsøke debitor for å undersøke om løsøret befinner seg hos ham eller om det er overlevert.

¹⁴² Salvesen, *Kreditorvern* (2021) s. 330

¹⁴³ Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* (1999) s. 194

Selv om overlevering ikke hindrer kreditorsvik igjennom notoritet og publisitet har rettsvernsakten fått tilslutning av domstolen og de fleste teoretikere som har drøftet problemstillingen. Dette skyldes nok i stor grad den oppfatning av at forhåndsbetaling av varer i realiteten er usikret kreditt. Jeg mener forhåndsbetaling av uregistrerbart løsøre ikke kan sammenlignes med annen kredittgivning. Den sentrale forskjellen mellom en vanlig kredittgiver og en forhåndsbetalende kjøper er kreditorhensikten. Den vanlige kreditor har tatt en risikovurdering før han har gitt kreditt til debitor. Kreditor har tatt en vurdering av debitor og har funnet det hensiktsmessig å gi ham kreditt. Målet med kredittgivingen er som regel å profitere økonomisk på finansieringen av debitor. Den vanlige kjøper har i motsetning ikke tatt den samme risikovurderingen og ønsker bare å sikre seg en rett til gjenstanden.

Et annet sentralt mål med oppgaven har vært å vurdere *interesselæren* som unntak fra hovedregel om overlevering. Etter min oppfatning åpner *interesselæren* i for stor grad rom for en subjektiv vurdering i forhold til domstolens ønske om absolutte rettsvernsregler.

Videre har jeg i analyse av HR-2021-2248-A, stilt meg kritisk til flertallets begrunnelse. Det kan stilles spørsmål med om prejudikatet burde bli stående. Etter min mening legger flertallet for stor vekt på den etablerte rettsoppfatningen i teori, og drøfter i liten grad på hvilken måte overlevering vil forhindre kreditorsvik. Flertallet vurderer også regelen i for liten grad opp mot samfunnsutviklingen.

Jeg har også tatt utgangspunkt i flertallets vilkår for å gjøre unntak fra overleveringskravet, og vurdert om det burde gjøres unntak for forbrukerkjøp. Etter min oppfatning er *faren for kreditorsvik* lav med forbrukerkjøp og *gode grunner* taler for at det gjøres unntak.

Det sentrale funnet i oppgaven har vært om det egentlig er et behov for rettsvernsregler for kjøp og salg av løsøre. Etter dekl. § 2-2 kan «fordringshaveren» søke dekning i ethvert formuesgode som «tilhører skyldneren» på beslagstidspunktet. Rettsvernsreglene utvider kreditors mulighet for beslag, og det er ikke nok at suksessor er blitt den reelle eier av løsøret for å være beskyttet. Etter min oppfatning vil beslagsreglen i dekl. § 2-2, reglene om proforma og reglene om omstøtelse i stor grad dekke kreditors behov.

Overlevering hindrer også i liten grad kreditorsvik. Deknl. § 2-2 gir kreditor mulighet til å beslaglegge det debitor *reelt eier*. Proformareglene vil i større grad kunne klarlegge de reelle eierforholdene enn hva et krav om overlevering vil. Digitale betalingsløsninger vil fremme notoritet å klarlegge om en disposisjon er reell eller ikke. Reglene om omstøtelse gir også

boet en mulighet til å føre uredelige disposisjoner tilbake til boet. Overlevering vil i motsetning påvirke også de redelige transaksjoner der det foreligger en reell eiendomsoverdragelse, men suksessor ikke har fått gjenstanden i sin besittelse. Det kan derfor virke som rettsvernsregelen for uregistrerbart løsøre gir kreditor for stort vern i forhold til suksessor.

8 Litteraturliste

Litteratur

Andersen, Mads Henry (2009). *Konkurs* (3. utgave). Oslo: M.H Andenæs

Berg, Borgar Høgetveit, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?», *Jussens venner* (1999) side 1-30

Berg, Borgar Høgetveit (2021) *Beslagsretten. Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*. Oslo: Universitetsforlaget

Brækhus, Sjur og Axel Hærem (1964). *Norsk tingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.

Brækhus, Sjur (2005). *Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet* (3. utgave ved Borgar Høgetveit Berg). Oslo: Universitetsforlaget

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger (2016). *Tingsrett* (8. utgave). Oslo: Universitetsforlaget.

Göranson, Ulf (1985). *Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belydning*. Uppsala: Iustus förlag

Hauge, Hilde (2016) *Løsøreerverters kreditorvern*. Bergen: Fagbokforlaget

Lilleholt, Kåre (1999) *Godtruerverv og kreditorvern* (3. utgave) Oslo: Universitetsforlaget

Lilleholt, Kåre (2018) *Allmenn formuerett. Fleire rettar til samme formuesgode* (2. utgave). Oslo: Universitetsforlaget

Marthinussen, Hans Fredrik (2016) *Tredjemannsproblemene. Om formuerettslige argumentasjonsmønstre* (3. utgave) Oslo: Cappelen Damm AS

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

Salvesen, Sverre Magnus Bergslid, «Hensynet til koherens i den dynamiske tingsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021 side 410-433

Salvesen, Sverre Magnus Bergslid (2021) *Kreditorvern*. Oslo: Cappelen Damm AS

Skoghøy, Jens Edvin (2018). *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget.

Lover

Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysingsloven)

Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevloven)

Lov 2. juni nr. 37 om godtroerverv av løsøre (godtroervervsloven)

Lov 8 februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven)

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavers dekningsrett (dekningsloven)

Lov 14. juni 1985 nr. 62 om verdipapirsentral (Verdipapirsentralloven) (Opphevet)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven)

Lovforarbeider

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp.nr.56 (1976-1977) Om lov om godtroerverv av løsøre

Ot.prp.nr.44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Prop. 92 LS (2019-2020), Lov om Finansavtaler (finansavtaleloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 125/2019 og 130/2019 av 8. mai 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2014/17/EU om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål (boliglåndirektivet) og delegert kommisjonsforordning (EU) nr. 1125/2014

Rettspraksis

UfL 1868 s. 170

Rt. 1878 s. 412

Rt. 1909 s. 734 (Tømmer)

Rt. 1910 s. 231 (Ku)

Rt. 1912 s. 263 (Jernskrap)

RG-1972-53

Rt. 1997 s. 1050 (Momentum)

Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter)

HR-2015-1844-U

HR-2018-1265-A

HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige)

Konvensjoner

Europarådets konvensjon av 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK)

