



Etablering av rettsvern ved forskuddsbetaling for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres

Sverre Magnus Bergslid Salvesen

JUR-3901

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Våren 2013

Innhold

1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstillinger	3
1.2 Begrepsavklaring og rettslig kontekst	5
1.2.1 Løsøre.....	5
1.2.2 Rettsvern og rettsvernsakt	6
1.2.3 Kreditor/debitor	7
1.2.4 Kreditorbeslag	7
1.2.5 Tilvirkningskontrakter	8
1.2.6 Separatistrett.....	8
1.2.7 Genus- og spesiesytelse.....	9
1.3 Rettskildebilde og metode	9
1.4 Aktualitet.....	12
1.5 Rettslig plassering	14
1.6 Avgrensning og presisering.....	17
1.7 Videre fremstilling	18
2 Grunnleggende hensyn bak kravet til rettsvern	18
2.1 «Først i tid, best i rett», notoritet, publisitet og retts tekniske hensyn.....	18
2.2 Høyesteretts anvendelse av hensynene til notoritet og publisitet	20
2.2.1 Rt. 1988 s. 1327 (Rekstenkunst-dommen)	20
2.2.2 Rt. 1997 s. 1050 (Momentum-dommen)	23
2.2.3 Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey-dommen).....	26
2.2.4 Oppsummering	27
3 Rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres	30
3.1 Innledende bemerkninger	30
3.2 Teorier om eiendomsrett og rettsvern.....	30
3.3 Historikk.....	32
3.4 De lege lata.....	33
3.4.1 Rt. 1910 s. 231 (kudommen)	33
3.4.2 Rt. 1912 s. 263 (jernskrapdommen)	35
3.4.3 RG. 1972 s. 53 (flekkmassedommen)	38
3.4.3 LF-2010-133423.....	41
3.4.5 Teori	43
3.4.6 Reelle hensyn ved etablering av rettsvern i løsøre	46
3.4.7 Konklusjon	50

3.5 Nærmere om «fysisk overlevering»	50
3.6 Sammenheng mellom tradisjonsprinsippet og interesselæren?	51
4 Interesselæren	52
4.1 Generelt	52
4.2 Fremvekst	53
4.3 Innhold	53
4.3.1 Individualisering	56
4.3.2 Alternativ tolkning av interesselæren	58
4.3.3 Hvilken rolle spiller avtaler for etablering av rettsvern gjennom interesselæren?	61
4.4 De lege lata	62
4.4.1 Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263	62
4.4.2 RG-1972-53	63
4.4.3 LF-2010-133423	64
4.4.4 Teori	66
4.4.5 Forbrukerunntak	68
4.4.6 Hensyn	70
4.4.7 Konklusjon	72
4.5 Interesselæren og tilvirkningskontrakter	73
5 Tilvirkningskontrakter	74
5.1 Generelt	74
5.2 Standardkontrakter, avtaler og rettsvern	75
5.3 De lege lata	76
5.3.1 Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt)	77
5.3.2 RG. 2003 s. 514	82
5.3.3 ND-1982-264 (Bomek-saken)	85
5.3.4 Teori	87
5.3.5 Anvendelsesområde for unntaket fra overleveringsnormen i tilvirkningskontrakter	92
5.3.6 Registreringsadgang	95
5.3.7 Etablering av rettsvern ved ferdigstilt tilvirkningsobjekt	97
5.3.8 Konklusjon	104
5.3.9 Hvilke konsekvenser har rettsvern som følge av avtale for overleveringsnormen?	105
5.4 Restkategori?	105
6 Avslutning	106
7 Kildeliste	108

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Tema for denne avhandlingen er etablering av rettsvern for eiendomsrett ved forskuddsbetaling av løssøre som ikke kan realregistreres. Med forskuddsbetaling forstås at kjøper betaler for en ytelse, uten å få presentert motytelsen samtidig med betalingen. Betaling må her forstås som vanlig omsetningssalg. Dette innebærer at gavesalg o. l. faller utenfor avhandlingens tema.

I tilfeller hvor kjøper forskuddsbetaler for en gjenstand, er det en fare for at selger går konkurs før kjøperen mottar motytelsen. Dersom selger skylder kreditorene penger, vil kreditorene være interessert i å ta beslag i den forskuddsbetalte gjenstanden. Et kreditorbeslag vil måtte skje til fortrengsel for forskuddsbetalende kjøpers eiendomsrett. Det oppstår dermed et spørsmål om kreditorene kan ta beslag i en forskuddsbetalt gjenstand.

Det følger av dekningsloven¹ (deknl.) § 2-2 at kreditorene kan ta beslag i formuesgoder som «tilhører skyldneren på beslagstiden» for å inndrive utestående pengekrav. En naturlig forståelse av «tilhører» tilsier at kreditorene kan ta beslag i formuesgoder som skyldneren er eier av, uavhengig av hvem som besitter det. Deknl. § 2-2 har i teori og praksis vært tolket slik at skyldnerens kreditorer hverken får større eller mindre rett enn det skyldneren har.² Kreditorene får ikke en bedre rett enn debitor. Dette innebærer at utgangspunktet for beslagsadgangen etter deknl. § 2-2 er hvem som er reell eier etter de underliggende forhold.³ Dersom en gjenstand er i skyldnerens fysiske besittelse uten at han er reell eier, kan ikke kreditorene ta beslag i gjenstanden og vice versa; dersom en gjenstand står hos en tredjeperson, men tilhører skyldneren, kan kreditorene ta beslag i gjenstanden. Basert på dette utgangspunktet kan det synes som om selgerens kreditorer ikke kan ta beslag i en vare som er forskuddsbetalt av kjøperen.

Deknl. § 2-2 byr imidlertid på avgrensingsproblemer overfor tredjemann. Dette er noe lovgiver har vært klar over. I forarbeidene til deknl. § 2-2 står det at «[d]en nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av

¹ Lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

² Mads Henry Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 157-158, Kåre Lilleholt: Op. cit. s. 32

³ Andenæs: Op. cit. s. 157

denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene.»⁴ Betydningen av rettsvern er også omtalt i en lagmannsrettsdom. Her ble det uttalt at dersom et avtaleervert skal stå seg overfor kreditorene, «[må] tredjemann [...] i tillegg ha fått rettsvern for sitt ervert.»⁵ Forskuddsbetalende kjøper vil på denne bakgrunn ha behov for å etablere rettsvern overfor kreditorene for sitt ervert.

Dersom kjøper ikke har etablert rettsvern for sitt ervert, kan kreditorene ekstingvere (utslukke) forskuddsbetalende kjøpers ervert. Dette kalles kreditorekstinksjon, jfr. punkt 1.5 nedenfor. Dersom kreditorene ekstingverer kjøpers eiendomsrett, faller kjøpers eiendomsrett i kjøpsgjenstanden bort.⁶ Kreditorekstinksjon representerer et unntak fra prinsippet om «først i tid best i rett», jfr. punkt 2.1 nedenfor, og prinsippet om at kreditorene ikke får en bedre rett enn debitor.⁷ I tilfeller hvor kreditorene ekstingverer kjøpers eiendomsrett, kan kjøperen få et erstatningskrav eller et tilbakeføringskrav mot selgeren. Hvis selgeren er konkurs, vil kjøperen bare få en liten del av kravet dekket som dividende av selgerens konkursbo.⁸ Utenfor konkurstilfeller kan kjøperen søke verdikravet sitt dekket av selgeren personlig.

I de tilfellene forskuddsbetalende kjøper har etablert rettsvern overfor kreditorene, vil kjøper ha en separatistrett i kjøpsgjenstanden, jfr. punkt 1.2.6 nedenfor. I disse tilfellene kan kjøper kreve å få kjøpsgjenstanden utlevert fra selgers konkursbo/enkeltsøkende kreditor.

Virkningene av at rettsvern er etablert/ikke er etablert, vil ikke belyses ytterligere i denne avhandlingen. Forutsetningene for å etablere rettsvern vil være avhandlingens hovedfokus.

Problemstillingen for denne avhandlingen er om, hvordan og når forskuddsbetalende kjøper kan etablere rettsvern for ervert av eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres. Med når forstås hvilke forutsetninger som må være oppfylt for at rettsvern kan etablere, og ikke fra hvilket tidspunkt rettsvern må være etablert for at ervervet skal stå seg overfor kreditorene. Hovedvekten vil ligge på hvordan og når forskuddsbetalende kjøper kan etablere rettsvern, da dette er de rettslig mest tvilsomme spørsmålene. Jeg vil ta utgangspunkt i følgende spørsmål:

⁴ NOU 1972:20, s. 255

⁵ LB-1998-2847. I Rt. 1999 s. 247 på s. 249 referer Høyesterett til lagmannsrettens forståelse av deknl. § 2-2. Selv om Høyesterett opphever lagmannsrettens avgjørelse, synes ikke Høyesterett å ha noen innvendinger mot lagmannsrettens lovforståelse på dette området. Videre er Rt. 1999 s. 247 kritisert i teorien, se f.eks. Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 720 (petit). Kritikken retter seg imidlertid ikke mot en feil forståelsen av deknl. § 2-2, men av tinglysingsloven § 20.

⁶ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 718

⁷ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 25

⁸ Kåre Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, tredje utgave 1999, s. 168-169

- (1) Hvordan etableres rettsvern for eiendomsrett ved forskuddsbetaling av løssøre som er leveringsklart⁹ ved avtaleinngåelse?
- (2) Hvordan etableres rettsvern for eiendomsrett ved forskuddsbetaling i tilvirkningskontrakter som omhandler løssøre?
- (3) Hvordan etableres rettsvern for eiendomsrett ved forskuddsbetaling av løssøre som ikke er leveringsklart ved avtaleinngåelse og hvor avtalen mellom selger og kjøper ikke er å regne som en tilvirkningskontrakt?

Som vi skal se senere i avhandlingen, omhandler problemstillingene ovenfor ulovfestede rettsvernstilfeller. Disse spørsmålene har imidlertid vært drøftet i teorien. Det vil være hensiktsmessig å bruke teorien som utgangspunkt og supplere med andre rettskilder. Jeg vil derfor benytte disse spørsmål som startpunkter for avhandlingen.

Dersom inngåelse av salgsavtale etablerer rettsvern for kjøperen, er det ikke behov for å drøfte hvordan rettsvern etableres ved forskuddsbetaling. Det kan neppe tenkes tilfeller hvor en kjøper vil forskuddsbetale uten at en forutgående salgsavtale er inngått med selger. Rettsvern vil for dette tilfellet derfor være etablert forut for forskuddsbetalingen. Først i avhandlingen er det dermed nødvendig å klarlegge hvordan rettsvern som hovedregel etableres for eiendomsrett i løssøre som ikke kan realregistreres. Dersom forskuddsbetaler ikke kan etablere rettsvern gjennom hovedregelen, vil jeg drøfte om forskuddsbetaler kan etablere rettsvern på andre måter.

1.2 Begrepsavklaring og rettslig kontekst

1.2.1 Løssøre

Med løssøre forstås fysiske ting foruten fast eiendom.¹⁰ Løssøre er en svært sammensatt kategori, både i faktisk og i rettslig henseende.¹¹ Løssøre inndeles gjerne i to kategorier: realregistrerbart løssøre og løssøre som ikke kan realregistreres.¹² Realregister er i panteloven¹³ (pantel.) § 1-1 fjerde ledd definert som et register som er «ordnet etter de formuesgoder som

⁹ Med «leveringsklart» forstås at løssøregjenstanden ved avtaleinngåelsen tilfredsstiller de krav som stilles i avtalen mellom kjøper og selger.

¹⁰ Jens Edvin A. Skoghøy: *Panterett*, 2. utgave 2008, s. 113

¹¹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 33

¹² Falkanger/Falkanger: *Op. cit.* s. 33

¹³ Lov 8 februar 1980 nr. 2 om pant

rettigheten gjelder». Eksempler på realregistre er skipsregisteret og luftfartøyregisteret. For realregistrerbart løsøre er det lovfestet hvordan rettsvern etableres, jfr. f. eks. sjøl. § 25. Den største andelen av løsøre er imidlertid ikke-realregistrerbart løsøre.¹⁴ For disse løsøregjenstandene finnes det ingen lovfestet norm om hvordan rettsvern for eiendomsrett etableres. I tillegg er det noen løsøregjenstander hvor det åpnes for at rettsvern kan etableres ved registrering, men hvor registrering er gjort fakultativ, se f. eks. sjøloven¹⁵ (sjøl.) § 31 for båt under bygging og luftfartsloven¹⁶ (luftl.) § 3-10 for luftfartøy under bygging.

1.2.2 Rettsvern og rettsvernsakt

Dersom et erverv skal stå seg overfor overdragerens fordringshavere, er det – foruten å ha inngått en reell, gyldig og endelig avtale – nødvendig for erververen å etablere rettsvern.¹⁷ Når rettsvern er etablert, er ervervet beskyttet mot innsigelser fra kreditorer som vil ta beslag i gjenstanden. Kjøperen oppnår dermed beskyttelse mot ekstinksjon fra kreditorene.¹⁸ Rettsvernsakt vil i denne avhandling bli brukt om en handling som foretas for å beskytte en rettighetshavers erverv mot å måtte vike for en yngre rettsstiftelse.¹⁹ Rettsvernsakten er dermed en handling som etablerer rettsvern for rettighetshaverens erverv. Eksempel på en rettsvernsakt er at en rettighetshaver registrerer sitt erverv av en båt i skipsregisteret, jfr. sjøl. § 12.

Ekstinksjon innebærer at en tidligere rettighetshavers rettighet utslettes.²⁰ I forbindelse med ekstinksjon er det vanlig å snakke om sikringsakt.²¹ En sikringsakt er en handling som medfører at en eldre rettighet i en gjenstand ekstingveres. Et eksempel kan være å få overlevert en løsøregjenstand i god tro (andre vilkår må også være tilstede), jfr. godtroervervloven²² (ekstl.) § 1. For denne avhandlingen ligger fokus på forskuddsbetalende kjøpers mulighet til å etablere beskyttelse mot innsigelser fra selgers kreditorer. Forskuddsbetalende kjøpers mulighet til å ekstingvere tidligere rettighetshaveres rettigheter vil dermed ikke belyses. Når jeg omtaler rettsvern i denne avhandlingen, vil dette begrepet kun sikte til etablering av beskyttelse mot senere innsigelser fra kreditorene.

¹⁴ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 33

¹⁵ Lov 24 juni 1994 nr. 39 om sjøfarten

¹⁶ Lov 11 juni 1993 nr. 101 om luftfart

¹⁷ Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 244

¹⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 555

¹⁹ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 322

²⁰ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 60

²¹ Lilleholt: Op. cit. s. 29-30

²² Lov 2 juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre

Rettsvern kan etableres for ulike typer rettigheter, for eksempel panterett, eiendomsrett og bruksrett. Det rettslige grunnlaget for hvordan rettsvern etableres for de ulike rettighetene er forskjellig. Fremgangsmåten for etablering av rettsvern for pant følger eksempelvis av pantel., mens fremgangsmåten for etablering av rettsvern for eiendomsrett er dels lovfestet (realregistrerbart løsøre) og dels ulovfestet (ikke-realregistrerbart løsøre). Siden det rettslige grunnlaget for hvordan rettsvern etableres varierer for de ulike rettighetene, kan fremgangsmåten for å etablere rettsvern være forskjellig.

Formuleringen «rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres» er tung. Jeg vil derfor tidvis benytte formuleringen «rettsvern i løsøre» istedenfor «rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres». Dersom jeg sikter til etablering av rettsvern i annet løsøre enn løsøre som ikke kan realregistreres, blir dette særskilt presisert.

1.2.3 Kreditor/debitor

Kreditorbegrepet kan ha et ulikt innhold innenfor ulike fagdisipliner. I tingsretten brukes kreditorbegrepet om kreditorer som søker å få sine krav dekket gjennom utlegg, eller som en del av et kreditorfelleskap gjennom et konkursbo.²³ Når utleggstaker eller kreditorfelleskapet aktivt søker å inndrive sine pengekrav hos debitor, utsettes skyldneren for kreditorforfølgning. I obligasjonsretten benyttes kreditorbegrepet om enhver som har et krav mot debitor, uavhengig av om kravet søkes inndrevet gjennom utlegg/konkurs eller ikke. Det obligasjonsrettslige kreditorbegrepet er dermed videre enn det tingsrettslige.²⁴ I denne avhandlingen benytter jeg det tingsrettslige kreditorbegrepet når jeg bruker begrepet «kreditor». Dersom jeg mener å benytte det obligasjonsrettslige kreditorbegrepet, vil dette presiseres. Begrepet «debitor» vil bli brukt om skyldneren som blir utsatt for kreditorforfølgning av kreditorene.

1.2.4 Kreditorbeslag

Med kreditorbeslag forstås at kreditorene søker dekning i gjenstander tilhørende debitor for å oppfylle utestående gjeld.²⁵ Dersom kreditorene ikke kan ta beslag etter reglene i dekl. § 2-2 på grunn av at beslagsgjenstanden ikke lenger tilhører debitor, kan det fortsatt være mulig for

²³ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, tredje utgave 1999, s. 17

²⁴ Lilleholt: *Op. cit.* s. 17

²⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 708-709

kreditorene å vinne frem på bekostning av den nye eieren. Stikkordene her er kreditorekstinksjon og omstøtelse. Innholdet i disse begrepene vil utdypes i punkt 1.5 nedenfor. Kreditorbeslag vil i avhandlingen bli brukt både om generalbeslag fra et konkursbo og beslag gjennom utlegg fra en enkeltforfølgende kreditor.²⁶ Reglene er stort sett sammenfallende for disse.²⁷

1.2.5 Tilvirkningskontrakter

Tilvirkningskontrakter benyttes i denne avhandlingen som en samlebetegnelse på kontrakter hvor et produkt bestilles og lages fra grunnen av. Etter at produktet er bestilt fra selger, tilvirkes produktet i henhold til nærmere avtalt beskrivelse. Karakteristisk ved tilvirkningskontrakter er dermed at det tar en tid fra avtale inngås til den tilvirkede gjenstanden er klar til levering. Tilvirkningskontrakter er eksempelvis vanlig ved bygging av båt. I båtbyggingskontrakter er det normalt at bestilleren vil ha en båt med visse spesifikasjoner. Båtbygger og bestilleren inngår da en kontrakt der kontraktsummen og ferdigstillelsesdato er avtalt. Hvordan oppgjør skal utføres, kan variere. Noen ganger avtales det at bestilleren først skal betale når tilvirkningsobjektet er leveringsklart. Andre ganger kan det avtales at oppgjør skal finne sted etter hvert som arbeidet utføres, ettersom båtbyggeren kan ha behov for løpende finansiering.²⁸

Videre kan det i noen tilvirkningsforhold foreligge standardavtaler som er inngått mellom interesseorganisasjoner innenfor kontraktens virkeområde. I båtbygging er det f. eks. «Standard form shipbuilding contract 2000» (heretter skip 2000) som er den gjeldende standardavtalen. Disse standardavtalene fungerer som avtaleverk som partene kan velge å benytte seg av for å regulere avtaleforholdet dem i mellom. Avtalepartene kan selv velge om standardavtalene skal gjelde dem i mellom. Betydningen av standardavtaler og finansieringsform i tilvirkningskontrakter vil behandles nedenfor under punkt 5.

1.2.6 Separatistrett

Med separatistrett forstås et krav som tredjemann har i et formuesgode som går foran et kreditorbeslag.²⁹ Dersom tredjemann har en separatistrett i et formuesgode, kan han kreve

²⁶ Borgar Høgetveit Berg: *Rettsvern for lausørekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 2-3, Jussens Venner 1999 s. 1

²⁷ Falkanger/Falkanger: *Op.cit.* s. 725

²⁸ Falkanger/Falkanger: *Op. cit.* s. 729

²⁹ Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 155-156

formuesgodet utlevert fra et konkursbo, uten å måtte nøye seg med et dividendekrav. Kreditor som har en separatistrett kan dermed kreve selve formuesgodet, og ikke bare verdien av dette, utlevert fra boet. Dersom et konkursbo eksempelvis tar beslag i en kjøpt gjenstand og kjøper har etablert rettsvern for sitt erverv mot kreditorene, kan kjøper kreve salgsgjenstanden utlevert fra boet på bakgrunn av at han har en separatistrett i gjenstanden (forutsatt at omstøtelsesreglene ikke kommer til anvendelse, jfr. punkt 1.5 nedenfor).³⁰

1.2.7 Genus- og spesiesytelse

En genusytelse er en gjenstand som er bestemt etter art. Disse gjenstandene egner seg til masseproduksjon. En spesiesytelse er en gjenstand som er unik og typisk bare finnes i ett eksemplar.³¹

1.3 Rettskildebilde og metode

Avhandlingens hovedfokus vil være å klarlegge gjeldende rett for temaets problemstilling. Der gjeldende rett søkes klarlagt, vil jeg anvende alminnelig, rettsdogmatisk, juridisk metode slik den er fremstilt i norsk metodelære.³² Det har vært diskutert i teorien om det er mulig å snakke om en «vanlig» juridisk metode.³³ For avhandlingens del vil det være å gå for langt å gå nærmere inn på denne diskusjonen. Rettskildebildet på problemstillingens område krever imidlertid noen kommentarer.

Det foreligger ingen lov eller høyesterettspraksis som er avklarende for rettstilstanden for etablering av rettsvern ved forskuddsbetaling for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres. Temaet er imidlertid drøftet i teorien, blant annet av *Sjur Brækhus*,³⁴ *Kåre Lilleholt*,³⁵ *Borgar Høgtveit Berg*,³⁶ *Mads Henry Andenæs*,³⁷ *Thor Falkanger* og *Aage Thor Falkanger*.³⁸ Videre foreligger det to lagmannsrettsdommer³⁹ som berører temaet, og én voldgiftsdom med *Carsten Smith* som enedommer.⁴⁰

³⁰ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 322

³¹ Jo Hov: *Avtalebrudd og partsskifte*, 3. utgave 2007, s. 56-57

³² Se blant annet Thorstein Eckhoff: *Rettskildelære*, 5. utgave 2001 og Nils Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004

³³ Hans Petter Graver: *Retts retorikk og juridisk argumentasjon. Keiserens garderobe og andre essays*, 2010, se særlig s. 89-118

³⁴ Sjur Brækhus og Axel Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 503-516

³⁵ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, tredje utgave 1999, s. 188-200 og Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 287-295

³⁶ Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, Jussens Venner 1999 s. 1

³⁷ Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, 260-271

³⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 725-731

Hverken juridisk teori,⁴¹ underrettspraksis⁴² eller voldgiftsdommer⁴³ har tradisjonelt blitt tillagt stor vekt som rettskilder i norsk rett. For noen er det til og med et spørsmål om disse kildene i det hele tatt har relevans som rettskilder.⁴⁴ Mangelen på autoritative kilder som er avklarende for problemstillingens rettsstilling har imidlertid ført til at juridisk teori, med henvisninger til underrettspraksis og voldgiftsdommer, har blitt den største premissleverandøren for rettslige argumenter for temaet. Der teorien viser til underrettspraksis, hevder *Eckhoff* at dommen blir mer tilgjengelig og kan få ytterligere legitimitet gjennom søtten den får fra teori.⁴⁵ Dette kan medføre at underrettspraksis får større vekt og relevans som rettskilde.

Voldgiftspraksis og underrettspraksis vil brukes i denne avhandlingen for å illustrere faktiske forhold og juridiske argumenter.⁴⁶ Selv om en underrettsdom i seg selv ikke har stor relevans og vekt som rettskilde, kan argumentasjonen som benyttes være i større eller mindre grad overbevisende. Dersom argumenter som benyttes i underrettspraksis synes å ha god støtte i rettskildene, vil argumentene trekkes frem.

Om juridisk teori i utgangspunktet tillegges liten relevans og vekt som rettskilde i norsk rett, kan den faktiske innflytelsen den har være betydelig.⁴⁷ Når det ikke foreligger noen autoritative rettskilder som er avklarende for rettsstillingen for etablering av rettsvern i løsøre, og problemet er godt belyst i teorien, kan argumentasjonen som benyttes i litteraturen danne grunnlag for den rettslige argumentasjonen for problemstillingen. Til eksempel synes det å være bred enighet i teorien om at hensynene til notoritet og publisitet er grunnleggende bak rettsvern, også ved forskuddsbetaling.⁴⁸ De lovfestede reglene vi har om rettsvern, f. eks. pantel., synes også å bygge på hensynene til notoritet og publisitet, uten at dette uttrykkelig

³⁹ LF-2010-133423 og RG. 2003 s. 514

⁴⁰ RG. 1972 s. 53

⁴¹ Eckhoff: *Rettskildelære*, 5. utgave 2001, s. 270

⁴² Eckhoff: Op. cit. s. 162. I negativ retning, se Carl August Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode*, 1998, s. 269-294 (se særlig 269-271)

⁴³ Eckhoff: Op. cit. s. 163

⁴⁴ Carl August Fleischer: Op. cit. s. 211-226 og 269-271

⁴⁵ Eckhoff: Op. cit. s. 162

⁴⁶ Erik Monsen: *Berikelseskrav: Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav*, 2007, s. 33

⁴⁷ Eckhoff: *Rettskildelære*, 5. utgave 2001, s. 270

⁴⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 563-564, Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 33-34, Kåre Lilleholt: *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 52-54, Jussens Venner 2000 s. 49, Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 493 (bare notoritet nevnes her), Berg: *Rettsvern for lausørekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 12, Jussens Venner 1999 s. 1

uttales i loven.⁴⁹ Som vi skal se nedenfor i punkt 2.2, gir også Høyesterett uttrykk for at notoritet og publisitet er grunnleggende hensyn bak reglene om rettsvern.

Det har vært diskutert hvorvidt enkelte problemstillinger tilknyttet avhandlingens tema har blitt avklart på ulovfestet grunnlag gjennom teorien.⁵⁰ Dersom så er tilfelle, kan synspunktene i teorien fungere som en selvstendig hjemmel i kraft av å være en festet rettsoppfatning.⁵¹ Der det hevdes å eksistere en befestet oppfatning uten at denne er bekreftet av Høyesterett eller lovgiver, kan det være vanskelig å vite om normen i en slik oppfatning er juridisk bindende. I tilfeller hvor det hevdes i teorien at en problemstilling er avklart på ulovfestet grunnlag, vil jeg vurdere hvorvidt det er grunnlag for å hevde at det har utviklet seg en ulovfestet og bindende juridisk norm.

Mangel på avklarende autoritative rettskilder for problemstillingen gjør at det ofte ikke foreligger et klart rettsgrunnlag å bygge rettsregler på. Reelle hensyn kan i slike tilfeller fungere enten som en supplerende rettskilde når et rettsgrunnlag skal dannes, eller som et selvstendig rettsgrunnlag.⁵² Når forskuddsbetalende løsekjøpers mulighet til å etablere rettsvern diskuteres, spiller reelle hensyn en helt sentral rolle.⁵³ Som vi skal se, er det bærende normative grunnlaget for forskuddsbetalende kjøpers mulighet til å etablere rettsvern reelle hensyn.

Normalt sett er det mulig å trekke et klart skille mellom hva som er gjeldende rett (*de lege lata*) og hva som bør være gjeldende rett (*de lege ferenda*), men tidvis kan dette skillet være vanskelig å trekke.⁵⁴ Ved usikker rettsstilstand blir dette skillet enda vanskeligere å trekke.⁵⁵ Da *Sjur Brækhus* la grunnlaget for interesselæren, som jeg skal komme nærmere inn på under punkt 4 nedenfor, uttalte han at «[d]e regler vi ovenfor er kommet frem til *de lege ferenda*, må muligens også kunne hevdes *de lege lata*.»⁵⁶ *Brækhus* illustrerer her hvor vanskelig det kan være å trekke et klart skille mellom *de lege lata* og *de lege ferenda* for denne avhandlingens rettsspørsmål. Når det er vanskelig å trekke noen klare konklusjoner på bakgrunn av

⁴⁹ Se blant annet Ot.prp. nr. 39 (1977-1978), s. 55-57

⁵⁰ Se f. eks. Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 726

⁵¹ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004, s. 255

⁵² Nygaard: Op. cit. s. 256

⁵³ Lilleholt: *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 51-54, Jussens Venner 2000 s. 49

⁵⁴ Aage Thor Falkanger: *God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, 1999, s. 89

⁵⁵ Monsen: *Berikelseskrav*, 2007, s. 33

⁵⁶ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 514

rettskildene, må det tas forbehold om at rettstilstanden ikke er sikker. Dette kan medføre at noen konklusjoner *de lege lata* etterlater leseren et inntrykk av at konklusjon glir over til å være en vurdering av hva som bør være gjeldende rett. Jeg vil imidlertid søke å tydeliggjøre når rettstilstanden er så usikker at det er vanskelig å trekke noen sikker konklusjon *de lege lata*. Videre vil jeg eksplisitt uttrykke når jeg går over fra å vurdere gjeldende rett til å komme med egne betraktninger *de lege ferenda*.

1.4 Aktualitet

Muligheten forskuddsbetalende kjøper har til å beskytte sitt erverv mot selgers kreditorer, har vært drøftet i teorien i over 100 år. Problemstillingene for de juridiske vurderingene har imidlertid vært utformet forskjellig. Tidligere var det vanlig å stille spørsmålet om eiendomsrett var gått over på kjøper. *Hagerup* undersøkte eksempelvis i sin doktorgradsavhandling «hvordant det til overførelse af eiendomsret over løsøre kræves, at gjenstanden skal overleveres i erhververens besiddelse (tradition)». ⁵⁷ I dag stilles heller spørsmålet om kjøper har etablert rettsvern for sitt erverv, se punkt 3.2 nedenfor. Det overordnede vurderingstemaet har imidlertid alltid vært det samme; har kjøperen beskyttelse mot selgers kreditorer? ⁵⁸ På bakgrunn av den lange diskusjonen som har vært i teorien, ville det vært naturlig at lovgiver og/eller Høyesterett hadde avklart problemstillingen om hvordan rettsvern etableres i løsøre som ikke kan realregistreres. Mangelen på lovgivning eller et prejudikat kan gi inntrykk av at det sjeldent oppstår konflikt mellom forskuddsbetalende kjøper og selgers kreditorer, og at det derfor ikke er behov for å drøfte rettsvernsproblematikken ved forskuddsbetaling av løsøre nærmere.

Det kan være flere grunner til at Høyesterett ikke har avklart hvordan rettsvern etableres ved forskuddsbetaling for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres. En mulig forklaring kan være at prosessuelle konkursregler ikke oppfordrer til rettslig konflikt.

For at konkurs skal kunne åpnes hos en skyldner, må skyldneren være insolvent ved konkursåpningen, jfr. konkursloven ⁵⁹ (kkl.) § 60. Med insolvens forstås at skyldneren ikke har nok midler til å dekke sine løpende forpliktelser, «med mindre betalingsudyktigheten må

⁵⁷ Francis Hagerup: *Om tradition som betingelse for overdragelse af eiendomsretten til løsøre*, inntatt i Norsk Retstidende, 1884, s. 673-784 (se særlig s. 673)

⁵⁸ Se Sjur Brækhus: *Omsetning og kreditt 3 & 4*, 1998, s. 5-11 for en gjennomgang av tidligere og nåværende teorier om etablering av kreditorvern

⁵⁹ Lov 8 juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs

antas å være forbigående», jfr. kkl. § 61 første punktum. Debitor er likevel ikke insolvent dersom alle hans aktiva «antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelse», jfr. kkl. § 61 annet punktum. Det ligger dermed i insolvensbegrepet at kreditorene ikke får kravene sine dekket fullt ut ved debtors konkurs.

Bostyreren har som oppgave å skaffe en oversikt over hva som tilhører boets masse og, om nødvendig, «imøtegå påstander om utlevering av verdier som finnes i boet», jfr. kkl. § 85 første ledd nr. 1. Dersom en enkelt kreditor mener han har en separatistrett, jfr. punkt 1.2.7, i en enkelt formuesgjenstand i konkursboet, må han angripe bostyrerens avgjørelse om å ta beslag i gjenstanden med rettslige midler.

Dersom forskuddsbetalende kjøper angriper et kreditorbeslag med rettslige midler, vil han løpe en prosessrisiko ved å engasjere seg i en omfattende rettsak angående en eventuell separatistrett i den forskuddsbetalte gjenstanden, jfr. punkt 1.2.6 ovenfor. Saksomkostningene som kan påløpe dersom partene ikke kommer til en minnelig løsning, kan bli betydelige. På den annen side kan kjøper ha en ideell interesse i selve formuesgjenstanden, noe som kan gjøre forskuddsbetalende kjøper villig til å ta rettslige steg for å få formuesgodet utlevert fra konkursboet.

Fra konkursboets side vil det også være en prosessrisiko tilknyttet å ta opp den rettslige kampen med forskuddsbetalende kjøper. Det er ingen sikkerhet for at formuesgjenstanden ender opp i konkursboet dersom boet forfølger saken. For kreditorfellesskapets del som allerede går i minus, kan eventuelle saksomkostninger medføre en utgift kreditorene ikke har lyst til å dekke. I tilfeller hvor den omtvistede formuesgjenstanden er av stor verdi, kan konkursboet være villig til å forfølge saken rettslig. Boet vil alltid vurdere prosessrisikoen opp mot gevinsten det vil være å kunne ta beslag i formuesgjenstanden.

På tross av prosessrisikoen rettslig forfølging av saken medfører, er det likevel til og undres over at problemstillingen ikke har kommet opp for Høyesterett. Dersom den omtvistede gjenstanden er av en høy verdi, har både forskuddsbetalende kjøper og konkursboet interesse i å få rettskraftig avgjort hvem som har rett til gjenstanden. *Lilleholt* mener at spørsmålet om etablering av rettsvern i løsøre ikke ser ut til å skape vanskeligheter i praksis. De gangene problemet «har kome på spissen i praksis [...] er det ikkje urimeleg å tru at ein har bygt på

synspunkta i lærebøker og annan litteratur.»⁶⁰ Rettskildebildet tilsier imidlertid at etablering av rettsvern ved forskuddsbetaling for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres er et rettsspørsmål hvor sikre konklusjoner er vanskelige å trekke.

Det synes dermed å være grunnlag for å analysere avhandlingens problemstilling nærmere. Når diskusjonen i rettsteorien ikke er samstemt og avklaring fra autoritative kilder mangler, er det grunnlag for å anta at rettsvernsproblematikk ved forskuddsbetaling av løsøre er et tema som er aktuelt for prøving av Høyesterett.

1.5 Rettslig plassering

Det er hovedsakelig to grupper konflikter som kan tenkes når det oppstår uenighet mellom to personer om rettigheter i en gjenstand.⁶¹ I den første gruppen oppstår det uenighet om de rettslige grensene og det nærmere innholdet i rettighetene. For eksempel kan det være en uenighet hvorvidt en veirett gir innehaveren av rettigheten anledning til å ferdes med bil eller bare til fots. Dette kalles statiske konflikter.⁶² Den andre gruppen konflikter er når to parter har rettigheter i samme gjenstand som ikke lar seg forene. Eksempelvis kan to personer ha ervervet en eiendomsrett i samme gjenstand fra selger. Dersom partene ikke skal eie gjenstanden i sameie, må den ene vinne frem på bekostning av den andre. Slike konflikter kalles dynamiske konflikter.⁶³

Videre kan dynamiske konflikter deles opp i to ulike konfliktsituasjoner:

Hjemmelmannskonflikter og dobbeltsuksjonskonflikter. Hjemmelmannskonflikter kjennetegnes av at et formuesgode er i ferd med å overføres fra hjemmelshaver og til en erverver. Konflikt oppstår dermed mellom erververs kreditorer og hjemmelmann. Denne konflikten kan illustreres slik⁶⁴:

H ————— **A** ————— **B**

⁶⁰ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 290

⁶¹ Lilleholt: Op. cit. s. 24

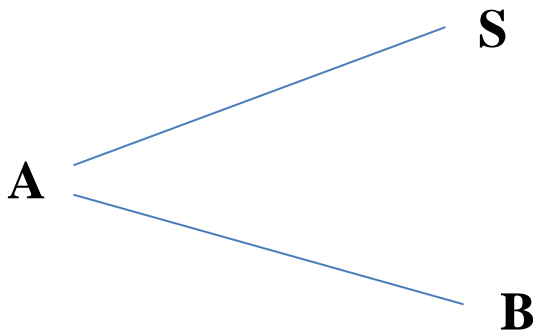
⁶² Lilleholt: Op. cit. s. 24

⁶³ Lilleholt: Op. cit. s. 24

⁶⁴ Lilleholt: Op. cit. s. 27 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 551

H representerer i figuren ovenfor hjemmelsmann, A representerer erverver og B representerer utleggstaker/konkursbo. Konflikten vil stå mellom B og H. Det vil her ikke være snakk om noen rettsvernskonflikt. Spørsmålet vil her være om B kan ta beslag i det omtvistede formuesgode eller om H kan heve/stanse overføringen av formuesgodet overfor A etter reglene i deknl. kapittel 7. Denne konfliktsituasjonen vil ikke behandles i denne avhandlingen.

Dobbeltsuksesjonskonflikter kjennetegnes av at to personer har ervervet rettigheter i samme gjenstand som, isolert sett, er uforenelige. Både den eldre og den yngre rettigheten vil her bli utledet fra samme person. Denne konflikten illustreres typisk slik:⁶⁵



I figuren ovenfor vil A være debitor, S vil være innehaver av den eldre rettigheten og utleggstaker/konkursboet vil være B.

Selv om disse modellene ofte benyttes i teorien, er de ikke tillagt normativ kraft gjennom loven. Modellene benyttes kun i pedagogisk øyemed. For egen del synes jeg modellene kan være misvisende, særlig ettersom ulike forfattere opererer med ulike navn på partene. Jeg vil derfor ikke benytte meg av modellene, men heller beskrive de ulike partskonstellasjonene der dette er nødvendig.

Konflikten mellom selgers kreditorer og forskuddsbetalende kjøper er en dynamisk dobbeltsuksesjonskonflikt.⁶⁶ Et kreditorbeslag vil ikke være forenlig med forskuddsbetalende kjøpers eiendomsrett i den forskuddsbetalte gjenstanden. Fra kreditorenes standpunkt er det tre fremgangsmåter de kan ta for å beslaglegge forskuddsbetalt løsøre: Kreditorbeslag, jfr.

⁶⁵ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 31-32 og Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 551

⁶⁶ Lilleholt: *Op. cit.* s. 31

punkt 1.2.5, etter dekl. § 2-2, kreditorekstinksjon på bakgrunn av manglende rettsvern og omstøtelse etter dekl. kapittel 5.

Dersom kreditorene ikke kan ta beslag i gjenstanden etter hovedregelen i dekl. § 2-2, eksempelvis fordi en gjenstand i debtors besittelse er solgt til noen andre, kan kreditorene fortsatt vinne frem på bekostning av den egentlige eieren. Ved kreditorbeslag kan ikke kreditorene bygge på debtors legitimasjon.⁶⁷ Kreditorene kan derfor ikke ekstingvere hjemmelshavers rett på bakgrunn av reglene om godtroekstinksjon. Kjøperen må imidlertid, som poengtert under punkt 1.1 ovenfor, etablere rettsvern for at ervervet skal stå seg overfor kreditorene. Dersom kreditorene ekstingverer erververens rettighet på bakgrunn av manglende rettsvern, kalles dette kreditorekstinksjon.⁶⁸ Siden kreditorene ikke bygger på debtors legitimasjon, kan kreditorene utsette kjøpers rettighet i gjenstanden dersom rettsvern ikke er etablert, uavhengig av om kreditorene visste eller burde vite om kjøpers erverv eller ikke. God tro er med andre ord ikke et vilkår for kreditorekstinksjon.⁶⁹

Dersom kjøper har etablert rettsvern for sitt erverv, kan kreditorene fortsatt vinne frem overfor forskuddsbetalende kjøper gjennom omstøtelsesreglene. Disse er omtalt i dekl. kapittel 5. Dersom en disposisjon omstøtes, innebærer dette at situasjonen forut for disposisjonen gjenopprettes, jfr. dekl. §§ 5-11 og 5-12. Dette medfører som oftest at debtors avtalepart må tilbakeføre verdier eller mister rettigheter i en gjenstand tilhørende debitor.⁷⁰ Omstøtelsesreglene gjelder bare ved forhandling om tvangsakkord, konkurs og offentlig skifte av insolvent dødsbo, jfr. dekl. § 5-1. Enkeltforfølgende kreditorer kan dermed ikke benytte seg av omstøtelsesreglene.

Det skilles mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler. Subjektive omstøtelsesregler forutsetter at debitor og hans avtalepart har opptrådd klanderverdig, jfr. dekl. § 5-9. Disposisjoner som på en «utilbørlig måte» skader kreditorene, kan omstøtes dersom debtors avtalepart visste at debtors økonomiske stilling var svak og forholdene som gjorde disposisjonen utilbørlig. De objektive omstøtelsesreglene forutsetter ingen klanderverdig opptreden fra debitor og hans avtalepart, jfr. dekl. §§ 5-2 til 5-8.

⁶⁷ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 33

⁶⁸ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 708-709

⁶⁹ Lilleholt: Op. cit. s. 33 og Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 61 og 564-565

⁷⁰ Lilleholt: Op. cit. s. 317

Denne avhandlingen vil, som nevnt under punkt 1.1, fokusere på kjøpers mulighet til å beskytte seg mot kreditorekstinksjon gjennom å etablere rettsvern. Kjøpers etablering av rettsvern må imidlertid ses i sammenheng med dekl. § 2-2 og omstøtelsesreglene.

1.6 Avgrensning og presisering

Allerede gjennom avhandlingens tittel ligger det en del avgrensninger. Ettersom avhandlingen omhandler etablering av rettsvern i eiendomsrett, vil etablering av rettsvern for andre type rettigheter ikke behandles. Noen steder i avhandlingen vil jeg imidlertid trekke paralleller til hvordan rettsvern etableres for panterrettigheter. Dette fordi etablering av rettsvern er lovfestet for disse tilfellene. Det kan derfor være nyttig å se hen til hvilke avveininger lovgiver har tatt for pantetilfeller. Videre kan det – som jeg skal komme inn på senere i avhandlingen – være grunnlag for å drøfte om det bør være sammenfall mellom hvordan rettsvern etableres for panterett og eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres, se punkt 3.4.5 nedenfor

Videre omhandler avhandlingen etablering av rettsvern i ikke-realregistrerbart løsøre. Dette innebærer at etablering av rettsvern i andre typer formuesgoder ikke drøftes i oppgaven.

Etablering av rettsvern i tilvirkningskontrakter som omhandler fast eiendom (entreprisekontrakter), vil dermed også falle utenfor avhandlingen. Det må imidlertid gjøres en presisering i denne forbindelse. I noen tilvirkningskontrakter er det gitt en fakultativ adgang gjennom lov til å etablere rettsvern ved registrering i et realregister, jfr. f.eks. sjøl. § 31. Der en slik fakultativ registreringsadgang i tilvirkningskontrakter ikke er benyttet, vil jeg vurdere om det er mulig å etablere rettsvern på andre måter enn gjennom registrering. Selv om slike typer løsøre kan realregistreres, vil de behandles.

Ettersom fokus i avhandlingen ligger på etablering av rettsvern, faller det utenfor oppgaven å foreta en nærmere analyse av dekl. § 2-2 og omstøtelsesreglene, se punkt 1.5 ovenfor.

Innholdet i disse vil derfor ikke utdypes nærmere i denne avhandlingen.

Videre er det om, når og hvordan rettsvern kan etableres som vil vurderes i avhandlingen.

Dette innebærer at virkningen av at rettsvern ikke er etablert ikke behandles nærmere.

Virkningen av manglende rettsvern er imidlertid stipulert under punkt 1.1 og 1.5. For avhandlingens formål anses denne stipuleringen å være tilstrekkelig redegjørelse for virkningen av manglende rettsvern.

1.7 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil det i kapittel 2 bli redegjort for noen grunnleggende hensyn bak rettsvernsreglene. Jeg vil deretter i kapittel 3 drøfte hvordan rettsvern for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres som hovedregel etableres. Dersom rettsvern som hovedregel etableres på et senere tidspunkt enn ved inngåelse av salgssavtale, kan det være særskilte unntak som kun gjør seg gjeldende ved forskuddsbetaling. Unntakene som vil drøftes er den såkalte interesselæren (kapittel 4) og særforhold i tilvirkningskontrakter (kapittel 5). I kapittel 6 vil jeg presentere konklusjonen på avhandlingens problemstilling og presentere noen avsluttende betraktninger.

2 Grunnleggende hensyn bak kravet til rettsvern

2.1 «Først i tid, best i rett», notoritet, publisitet og rettstekniske hensyn

Dersom to rettigheter i samme formuesgode ikke er forenelige, jfr. punkt 1.5 ovenfor, er utgangspunktet at den som først stiftet sin rett vinner frem på bekostning av den som senere stiftet sin rett. Dette omtales som prinsippet om «først i tid, best i rett».⁷¹ Illojale disposisjoner fra skyldnerens side overfor kreditorene kan imidlertid medføre at enkelte kreditorer tilgodeses på bekostning av andre, eller at midler som kreditorene burde kunne ta beslag i blir urettmessig unndratt fra debtors formuesmasse. Det er f. eks. tenkelig at en skyldner som har gått konkurs dikter opp en rekke juridiske disposisjoner for å tappe konkursboet for aktiva.⁷² Disposisjoner som har til formål å unndra midler fra kreditorene på en illojal måte, bør motvirkes. En måte å forhindre at slike disposisjoner gjennomføres, er å stille krav til en disposisjons notoritet for at den skal stå seg overfor et kreditorbeslag.⁷³ At en disposisjon er notorisk, betyr at disposisjonen «er vitterlig, etterviselig og kontrollerbar».⁷⁴ Det skal enklest mulig kunne konstateres hvem som var parter i disposisjonen, hva den gikk ut på og når den ble foretatt.⁷⁵ Det er imidlertid ikke slik at en disposisjon enten er notorisk eller ikke. En disposisjon kan ha større eller mindre grad av notoritet.⁷⁶ Et viktig formål bak rettsvernsregler er å styrke notoriteten til en juridisk disposisjon.

⁷¹ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 24

⁷² Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 565

⁷³ Lilleholt: Op. cit. s. 33

⁷⁴ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 559

⁷⁵ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 559

⁷⁶ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 560

Istedenfor å tufte rettsvernsreglene på notoritet, kan man tenke seg at kjøpers erverv står seg overfor selgers kreditorer, såfremt det kan bevises at avtalen mellom kjøper og selger er reell.⁷⁷ Dette vil imidlertid bli en svært vanskelig regel å praktisere, i sær ved generalbeslag. Dersom et konkursbo må bevise at hver enkelt gjenstand i selgers besittelse ikke er solgt før boet kan ta beslag i gjenstanden, står man i fare for at beslagsprosessen trekker ut i tid på bakgrunn av at boet må imøtegå påstander om salg. Ikke bare vil en slik trenering av beslagsprosessen være tidkrevende, men den vil også være kostnadskreven dersom konflikten må løses av domstolen. I tillegg vil selger og kjøper være de nærmeste til å forklare seg om avtalens realiteter. Dersom kjøper er selgers stråmann, kan kjøper og selger konstruere fiktive salg for å unndra gjenstander fra konkursboet.

Hensynet til notoritet bidrar til å gjøre bevissituasjonen enkel. Istedenfor å måtte avgjøre hvilket formål avtalepartenes disposisjon hadde, noe som vil være et vanskelig bevisstema, stilles det krav til at en disposisjon er gjort notorisk. Dette gjør at kreditorene slipper å imøtegå påstander om salg, men kan enkelt konstatere om hensynet til notoritet er ivaretatt gjennom den påståtte disposisjon. Det er imidlertid en forutsetning at avtalen mellom avtalepartene er gyldig, reell og endelig. Dersom den ikke er det, vil det aldri være nødvendig å drøfte notoritet. Avtalen vil for disse tilfellene være ugyldig og spørsmålet om erverves rettsvern vil derfor ikke være aktuelt.

Videre vil regler som byr på lite skjønnsmessige vurderinger være å foretrekke. Dette fordi en lite skjønnsmessig regel vil gjøre det enklere å vurdere hvorvidt et kreditorbeslag kan tas i en gjenstand. Dette har også vært understreket av Høyesterett. I Rt. 1997 s. 1050 uttalte Høyesterett at «[d]et 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.»⁷⁸ Høyesterett peker i sitatet på et annet hensyn bak rettsvernsreglene, nemlig retts tekniske hensyn.

På bakgrunn av dekl. § 2-2 er det nødvendig for kreditorene å kunne skaffe seg innsikt i hvilke formuesgjenstander som «tilhører» debitor. Et viktig hensyn bak rettsvernsreglene er derfor hensynet til publisitet. Med publisitet forstås at en juridisk disposisjon gjøres

⁷⁷ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 565-566

⁷⁸ Sitatet er hentet fra s. 1054 i dommen

tilgjengelig for allmenheten.⁷⁹ Det som skal gjøres tilgjengelig er «*når* disposisjonen ble foretatt, *hva* den gikk ut på og *hvem* som foretok den».⁸⁰ Det er dermed et samspill mellom publisitet og notoritet.

I likhet med notorietet kan graden av publisitet variere. For noen formuesgjenstander kan man registrere disposisjonen i et offentlig register, se for eksempel tinglysningsloven⁸¹ (tingl.) § 12 for fast eiendom. Slike registre styrker en disposisjons publisitet. For løsøre som ikke kan realregistreres, er det imidlertid vanskelig å ivareta hensynet til publisitet.⁸² Dette skyldes at det ikke eksisterer et allment register som ivaretar publisitet. Et slikt register ville uansett vært dyrt og vanskelig å organisere.⁸³ Løsøreregisteret er kanskje det nærmeste man kommer et register for løsøre. Løsøreregisteret kan imidlertid ikke karakteriseres som et register for løsøre etter som det har et begrenset anvendelsesområde,⁸⁴ jfr. tingl. § 34 første ledd første punktum. Videre er registeret organisert etter person og foretak, og ikke etter den enkelte gjenstand. Dette gjør det vanskelig å få innsikt i løsøreregisteret, noe som ytterligere svekker registerets publisitet. Det er hovedsakelig utlegg og pant som kan registreres der.⁸⁵

2.2 Høyesteretts anvendelse av hensynene til notoritet og publisitet

De følgende tre dommene som skal gjennomgås viser når rettsvern kan etableres ved lovfestede rettsvernsregler. Denne avhandlingens problemstilling omhandler når rettsvern kan etableres i ulovfestede rettsvernstilfeller. Jeg vil derfor analysere hvordan hensynene bak rettsvernsreglene blir brukt i dommene for å se om de kan ha overføringsverdi til tilfeller hvor det ikke eksisterer noen lovfestet rettsvernsregel.

2.2.1 Rt. 1988 s. 1327 (*Rekstenkunst-dommen*)

Saken omhandlet gaver gitt fra Hilmar Reksten til Hilmar Rekstens Almennyttige Fond (heretter fondet) i perioden 1972-1978. Blant gavene Reksten ga til fondet, var en stor samling med verdifull kunst. Rekstens rederivirksomhet ble 19. september 1975 tatt under tilsyn. En betalingsordning ble avtalt mellom kreditorene slik at Reksten-gruppen ikke ble begjært konkurs. Hilmar Reksten døde 1. juli 1980. 17. november 1980 ble Rekstens dødsbo

⁷⁹ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 560

⁸⁰ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 560

⁸¹ Lov 7 juni 1935 nr. 2 om tinglysning

⁸² Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 493

⁸³ Hans Fredrik Marthinussen: *Ulovfestet ekstingsjon*, s. 25, Jussens Venner 2006 s. 1

⁸⁴ Eksempler på løsøre som kan innføres i løsøreregisteret er motorvogner og anleggsmaskiner

⁸⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 616-619

tatt under behandling som konkursbo etter at staten begjært Reksten konkurs på bakgrunn av utestående betaling av skatt.

Rekstens konkursbo gikk til rettsak for å få gavene Reksten hadde gitt fondet omstøtt. Bakgrunnen for omstøtelseskravet var den objektive omstøtelsesregelen i den gamle konkurslovens⁸⁶ § 42 om ikke fullbyrdede gavers stilling i konkurs og de ulovfestede reglene om omstøtelse på subjektivt grunnlag (denne ulovfestede regelen ble senere kodifisert gjennom dekl. § 5-9). For denne avhandlingens del er Høyesteretts tolkning av omstøtelsesreglene mindre viktig. Høyesterett måtte imidlertid ta standpunkt til hvilket tidspunkt gavene fra Reksten skulle anses fullbyrdet. Selv om fullbyrdelse av gave og salg er to forskjellige rettslige spørsmål, trekker Høyesterett paralleller til hvordan rettsvern etableres ved overføring av eiendomsrett i fast eiendom og løsøre. Høyesterett kommer her inn på hensynet til notoritet. Høyesteretts tolkning og vektlegging av notoritetshensynet vil være relevant for denne avhandlingen, særlig ettersom parallellen til etablering av rettsvern i løsøre trekkes. Dommen avgjør imidlertid ikke hvordan rettsvern etableres i løsøre som ikke kan realregistreres.

I forlengelse av spørsmålet om hva som skal til for at en gave er fullbyrdet, uttalte Høyesterett at det «ved overføring av fast eiendom kreves tinglysning, jfr. [gamle konkurslovens] § 47 og ved løsøre kreves etter sikker rettsoppfatning at gjenstanden bringes ut av avhenderens – debtors - besittelse.»⁸⁷ Når Høyesterett her drøfter hva som skal til for å overføre en fast eiendom og løsøre, synes det å være etablering av rettsvern overfor kreditorene som er fokuset. En eiendomsrett i fast eiendom kan eksempelvis «overføres» til en ny eier uten tinglysning. Problemet er at ervervet ikke vil ha rettsvern overfor kreditorene uten tinglysning.

Høyesterett mener kravene for etablering av rettsvern i fast eiendom og løsøre overfor kreditorene «skal sikre notoriteten og er oppstilt for å ramme illojale eller tvilsomme disposisjoner fra debtors side overfor kreditorene når hans økonomi svikter. Men vilkårene gjelder generelt, også for de uklanderlige disposisjoner.»⁸⁸ Grunnen til at vilkårene også gjelder for uklanderlige disposisjoner, er at det «unngås tvil og prosedyre om hvilke

⁸⁶ Lov 6 juni 1863 nr 00: Lov om Concurs og Concursboers Behandling

⁸⁷ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331

⁸⁸ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331

disposisjoner som er reelle og lojale og hvilke som er tvilsomme.»⁸⁹ Høyesterett erkjenner at «[d]ette kan virke hardt, men er blitt ansett nødvendig.»⁹⁰

På bakgrunn av hensynet til notoritet la Høyesterett til grunn at gavene måtte komme ut av Rekstens besittelse for at gavedisposisjonen skulle anses fullbyrdet overfor boet.⁹¹ Forut for 1976 var det ikke foretatt noen «klar og i det ytre konstaterbar utskilling av gjenstandene på en slik måte at de kom ut av Rekstens besittelse.»⁹²

Høyesterett la til grunn at gavene først ble fullbyrdet en gang mellom 1976-1979, da det ble tatt mer aktive skritt for å få kunstsamlingen utstilt. Samlingen stod ferdig montert og åpnet forsommeren 1979. Høyesterett fant det unødvendig å gå nærmere inn på det nøyaktige tidspunkt for fullbyrdelsen av gavene ettersom det var på det rene at Reksten var insolvent allerede senest 19. september 1974. Gavene ble dermed fullbyrdet etter at Reksten var insolvent. Ettersom Reksten var styremedlem i fondet og spilte en sentral rolle i alle disposisjoner fondet foretok seg, måtte Rekstens kunnskaper sammenfalle med fondets. På denne bakgrunn kom Høyesterett til at gavene kunne omstøtes etter den subjektive omstøtelsesregelen.

Høyesterett uttrykker klart at avtaleinngåelsen ikke kunne tilsvare fullbyrdelsestidspunktet. Den nærmere grensen for når gavedisposisjonen tilfredstilte hensynet til notoritet, var det ikke nødvendig for Høyesterett å trekke. Det er derfor et åpent spørsmål etter Rt. 1988 s. 132 om hensynet til notoritet var tilstrekkelig ivaretatt allerede i 1976 da bygget hvor kunstsamlingen skulle stå ble ferdigstilt, eller om gavedisposisjonen først var fullbyrdet da maleriene ble montert i utstillingsbygget.

Siden Høyesterett tok utgangspunkt i at gavene måtte ut av Rekstens besittelse for å være fullbyrdet, er det nærliggende å anta at gaven ikke var fullbyrdet før maleriene ble flyttet fra Rekstens eiendom. Maleriene måtte imidlertid oppbevares en plass frem til utstillingsbygget var ferdigstilt. Det ville vært veldig tungvint om maleriene måtte flyttes til et bygg som ikke tilhørte Reksten for å frata ham besittelsen under byggeprosessen. Det er dermed, etter min

⁸⁹ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331

⁹⁰ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331

⁹¹ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331

⁹² Rt. 1988 s. 1327 på s. 1332

mening, argumenter som taler både for og imot at gavedisposisjonen var oppfylt allerede da utstillingsbygget hvor kunsten skulle stå var ferdigstilt.

Høyesterett ytret et klart ønske om å unngå tvister om konkrete disposisjoner er reelle og lojale overfor kreditorene. Dette tyder på at Høyesterett vektlegger de retstekniske aspektene ved notoritetskravet, jfr. punkt 2.1 ovenfor. Dette fikk også utslag i Høyesteretts konkrete vurdering. Høyesterett vurderte ikke konkret om Rekstens gavetilsagn i 1972 hadde til formål å skade kreditorene. Fokus ble satt på de ytre handlingene som var egnet til å si noe om gavetilsagnets realiteter. På denne måten synes Høyesterett å kreve at partene markerer at disposisjonen er reell utad gjennom aktive handlinger. Dette fremstår også i tråd med hensynet til notoritet. En avtale vil ikke i seg selv si så mye om realitetene omkring en disposisjon. Avtalen trenger ikke tilsvare de endelige disposisjonene som blir foretatt mellom partene. Aktive handlinger mellom partene vil i mye større grad si noe om realitetene i partenes avtaleforhold.

Selv om dommen omhandler når et gavetilsagn oppnår rettsvern overfor givers kreditorer, gjør noen av betraktningene Høyesterett presenterer seg gjeldende ved salg av eiendomsrett. Ved etablering av rettsvern for eiendomsrett i løsøre vil det, i likhet med gavedisposisjoner, være ønskelig å unngå for mange konkrete og skjønsmessige vurdering av salgets egentlige formål. Det er dermed trolig at retten også ved salg vil vurdere ytre handlinger som styrke disposisjonens notoritet og unngå å vurdere salgavtalens egentlige formål.

Høyesterett uttaler i dommen at debitor, «etter sikker rettsoppfatning», må miste besittelsen av løsøregjenstanden for at kjøper skal kunne etablere rettsvern.⁹³ Som vi skal se nedenfor, er dette et litt bastant standpunkt, jfr. punkt 3. Videre er ikke denne uttalelsen nødvendig for dommens resultat. Uttalelsen er et *obiter dictum* og kan derfor ikke være avgjørende for rettstilstanden. Videre er grunngivelsen for standpunktet heller tynn, ettersom Høyesterett ikke presenterer andre argumenter enn at dette følger av «sikker rettsoppfatning».

2.2.2 Rt. 1997 s. 1050 (*Momentum-dommen*)

Rt. 1997 s. 1050 omhandlet salg av aksjer. Momentum AS (heretter Momentum) hadde solgt aksjer til Cabanco AB (heretter Cabanco). Aksjene ble solgt til Cabanco før Momentum

⁹³ Rt. 1988 s. 1327 på s. 1331

hadde fått registrert ervervet av aksjene i verdipapirsentralen. Da registrering ble foretatt, ble aksjene ved en feil registrert i verdipapirsentralen på Momentums VPS-konto i Oslobanken. Oslobanken hadde pant i den aktuelle VPS-kontoen. Oslobanken nektet å utlevere aksjene til Cabanco. Oslobanken hevdet at også de nye aksjene var omfattet av bankens panterett. Etter en stund ble det åpnet gjeldsforhandling i Momentum. Gjeldsnemnda krevde aksjene overført til en konto lydende på gjeldsnemnda. Dette nektet Oslobanken å gjøre. Momentum gikk etter en stund konkurs.

Både Momentums konkursbo og Cabanco gikk til sak mot Oslobanken. Etersom selskapet som aksjene var tilknyttet, AS Eiendomsutvikling, var gått konkurs da sakene stod for Høyesterett, ble det krevet erstatning i begge sakene. Cabanco fikk medhold i sitt erstatningskrav. Rt. 1997 s. 1050 omhandlet krav på erstatning til Momentums konkursbo.

Momentums konkursbo krevde i sin sak erstatning for at aksjene ikke ble overført til en separat konto etter krav fra gjeldsnemnda. I denne saken måtte Høyesterett drøfte om Cabanco hadde etablert rettsvern for sitt erverv av aksjene. Dette fordi Oslobanken ikke ville være berettiget til å nekte overføring av aksjene til gjeldsnemnda dersom Cabanco ikke hadde etablert rettsvern for sitt erverv. Etter verdipapirsentralloven⁹⁴ (vpsl.) § 5-3 – som nå er opphevet – måtte en frivillig stiftet rett være registrert i verdipapirsentralen senest dagen før akkordforhandling eller konkursåpning for å «ha rettsvern i konkurs».. Momentum var registerhaver i verdipapirsentralen. Cabanco hadde derfor i utgangspunktet ikke etablert rettsvern for sitt erverv. Spørsmålet Høyesterett måtte drøfte, var om vpsl. § 5-3 kunne tolkes innskrenkende slik at registrering i verdipapirsentralen ikke var nødvendig for å etablere rettsvern.

Annenvoterende, som var voterende dommer for flertallet, uttalte at «[d]et 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.»⁹⁵ På denne bakgrunn fant flertallet det «betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestete rettsvernsreglene.»⁹⁶ Flertallet i Høyesterett konkluderte dermed med at vpsl. § 5-3 ikke kunne tolkes innskrenkende. Cabanco hadde dermed ikke rettsvern for sitt erverv. Vilkårene for erstatning

⁹⁴ Lov 14 juni 1985 nr 62: Lov om verdipapirsentral

⁹⁵ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054

⁹⁶ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1055

og erstatningssummen var ikke gjort til tvistegenstand for Høyesterett. På dette punktet ble dermed lagmannsrettens dom stadfestet.

Annenvoterendes votum er kort. Flertallet drøftet ikke om hensynene bak rettsvernsreglene var ivaretatt i den konkrete disposisjonen mellom Cabanco og Momentum. Mindretallet gikk heller ikke langt i å klarlegge innholdet i hensynene bak rettsvernsreglene. Mindretallet uttalte at de fant det unødvendig «å gå nærmere inn på hensynene som ligger til grunn for de rettsvernsregler vi har [...] Stikkordmessig angis de ofte som hensyn til notoritet og publisitet.»⁹⁷ Vpsl. § 5-3 bygget på reglene i tingl. § 23.⁹⁸ Notoritet og publisitet er sentrale hensyn bak utformingen av tingl.⁹⁹ Dette tyder på hensynet til notoritet og publisitet er tatt hensyn til ved utformingen av vpsl. § 5-3.

Selv om det var mindretallet som trakk frem hensynene til notoritet og publisitet, synes ikke flertallet og mindretallet å være uenig i uttalelsen om hensynene bak rettsvernsregelen. I motsetning til situasjonen i Rt. 1988 s. 1327 hadde partene sikret disposisjonens notoritet. Selv om registrering i verdipapirsentralen ikke hadde skjedd, kunne kredittoppgaven som viste at salgssummen var betalt, fremvises. Aksjesalget var dermed «vitterlig, etterviselig og kontrollerbar».¹⁰⁰ Flertallet ville imidlertid ikke vektlegge at notoritet var ivaretatt i det konkrete tilfellet for å unngå «å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene».¹⁰¹ Høyesteretts synes dermed å vektlegge retts tekniske hensyn mer enn notoritet i konkrete vurderinger i lovfestede rettsvernstilfeller.

I tilfeller hvor lovfestede rettsvernsregler eksisterer, synes Høyesterett å unnlate drøfting av notoritet i det konkrete tilfellet. Selv om retts tekniske hensyn er viktige i forbindelse med rettsvern, er det ikke utelukkende dette hensynet som er bærende for rettsvernsreglene, jfr. punkt 2.1. Det synes nærmest som om flertallet i Rt. 1997 s. 1050 bruker retts tekniske hensyn som en bom for å unngå en nærmere drøftelse av om notoritet er ivaretatt i det konkrete tilfellet. Det kan derfor vurderes om ikke Høyesterett gir uttrykk for at lovfestede rettsvernsregler gjelder absolutt, uten at unntak kan innfortolkes unntak. Foruten tilfeller hvor

⁹⁷ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1053

⁹⁸ Ot.prp. nr.83 (1984-1985), s. 63

⁹⁹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 569

¹⁰⁰ Falkanger/Falkanger: *Op. cit.* s. 559

¹⁰¹ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054-1055

realregistrering er foretatt, kan det vanskelig tenkes tilfeller hvor hensynet til notoritet er bedre ivaretatt enn det var i Rt. 1997 s. 1050.

Videre drøftes ikke hensynet til publisitet. Hensynet til publisitet skal først og fremst sikre at kreditorene kan følge med på når skyldneren foretar disposisjoner.¹⁰² Publisitetshensynet skal derfor forhindre at konflikt oppstår i det store og det hele. Kreditorene skal kunne ta aksjon før debitor har kvittet seg med aktiva. Når konflikt mellom tredjemann og kreditorene først har oppstått, er det imidlertid viktigere å vite om disposisjonen er reell og lojal overfor kreditorene. Publisitet er dermed viktigst å ivareta ved utviklingen av generelle rettsvernslinjer og ikke ved konkrete vurderinger.

2.2.3 Rt. 1998 s. 268 (*Dorian Grey-dommen*)

Motoryachten *Dorian Grey* ble kondemnert etter en brann i desember 1994. Båten var kaskoforsikret i Gjensidige Forsikring AS (heretter Gjensidige). I skipsregisteret hadde Den norske Bank (heretter DnB) registrert tre pantobligasjoner i *Dorian Grey* på første, annen og tredje prioritet. DnB var medforsikret i *Dorian Grey*. Etter avtale mellom DnB og Gjensidige skulle forsikringssummen på 2.500.000 kroner utbetales direkte til DnB. Forutsetningen var at DnB skulle slette panteheftelsene og at skipsvraket skulle bli stilt til Gjensidiges disposisjon. 27. april 1995 sendte DnB anmodning til skipsregisteret om at pantobligasjonene deres i *Dorian Grey* måtte slettes. 2. mai overførte Gjensidige forsikringssummen til DnB. 3. mai gikk rederiet som eide *Dorian Grey*, Cruise Charter AS (heretter Cruise Charter), konkurs. Først 5. mai ble DnBs pantobligasjoner slettet fra skipsregisteret. Det oppstod tvist mellom Cruise Charters konkursbo og Gjensidige om retten til skipsvraket.

Høyesterett drøftet to anførsler. Den første anførselen var om Gjensidige hadde tatt over DnBs pantobligasjoner ved utbetaling av forsikringen. Dette har ikke betydning for avhandlingens tema ettersom denne drøftelsen knytter seg til en tolkning av Norsk Sjøforsikringsplan og anledningen til å få pant i en gjenstand som pantaveren allerede eier.

Den andre anførselen Høyesterett måtte ta stilling til, var om Gjensidiges eiendomsrett i skipsvraket hadde rettsvern i Cruise Charters konkurs. I utgangspunktet kreves det at et skipsserverv registreres i skipsregisteret dagen før konkursåpning for å oppnå rettsvern i

¹⁰² Lilleholt: *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 53, Jussens Venner 2000 s. 49

konkurs, jfr. sjøl. § 25 første ledd. Gjensidige hadde ikke gjort dette. Spørsmålet var derfor om det skulle gjøres unntak fra registreringskravet i sjøl. § 25 første ledd.

Høyesterett poengterte innledningsvis at de sentrale hensynene bak registreringskravet i sjøl. § 25 første ledd er notoritetshensynet og hensynet til å unngå kreditorsvik. Førstvoterende uttalte at det var «sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her.»¹⁰³ Dette synet ble, etter førstvoterendes mening, støttet opp av «[h]ensynet til en objektiv og retts teknisk enkel løsning».¹⁰⁴ Videre viste førstvoterende til Rt. 1997 s. 1050 for å understreke at Høyesterett tidligere har vektlagt hensynet til en retts teknisk enkel regel. Konklusjonen ble dermed at Gjensidige ikke hadde rettsvern for sin eiendomsrett i Dorian Grey overfor Cruise Charters konkursbo.

Selv om førstvoterende erkjente at hensynet til notoritet er et sentralt hensyn bak registreringskravet i sjøl. § 25, ble det ikke drøftet nærmere om partenes disposisjoner ivaretar notoriteten på en tilfredsstillende måte. Det var ikke tvilsomt at det var avtalt at Gjensidige skulle få eiendomsretten til Dorian Grey etter overføringen av forsikringssummen. Det var videre klart at overføringen av forsikringssummen hadde skjedd. Det burde dermed vært god anledning for Høyesterett til å drøfte hvorvidt hensynet til notoritet var ivaretatt gjennom partenes disposisjoner. Igjen var imidlertid Høyesterett lite villig til å drøfte om notoritet var ivaretatt i det konkrete tilfellet. Dette bare forstrekker inntrykket av at lovfestede rettsvernsregler er absolutte, og at det ikke åpnes for unntak i situasjoner hvor notoritet er ivaretatt på annen måte enn loven foreskriver.

Selv om det er lett å se fordelene med en retts teknisk enkel regel som ikke åpner for skjønsmessige vurderinger, bør dette blitt veid opp mot hensynet til notoritet. Akkurat som i Rt. 1997 s. 1050 synes det som at retts tekniske hensyn ble brukt som en bom i Rt. 1998 s. 268 for å unngå en nærmere drøftelse av notoritet i det konkrete tilfellet.

2.2.4 Oppsummering

Det synes som om Høyesteretts vektlegging av retts tekniske hensyn i Rt. 1988 s. 1327 ble videreført i Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268. I Rt. 1988 s. 1327 vurderte Høyesterett konkret om Rekstens gaveløfte tilfredsstilte hensynet til notoritet. I Rt. 1997 s. 1050 og Rt.

¹⁰³ Rt. 1998 s. 268 på s. 275

¹⁰⁴ Rt. 1998 s. 268 på s. 275

1998 s. 268 var det ingen tvil om at disposisjonene var foretatt og at disse kunne bevises gjennom betalingsbekreftelser. Med unntak fra tilfeller hvor rettsvern etableres etter lovens regler, kan det vanskelig tenkes tilfeller hvor hensynet til notoritet er bedre ivaretatt enn i disse sakene. Inntrykket dommene gir når de leses i lys av hverandre, er derfor at det er en meget høy terskel for å gjøre unntak fra lovfestede rettsvernskrav.

En liten åpning for unntak fra lovfestede rettsvernsregler ble antydnet i Rt. 1995 s. 1181 (Norblast-dommen) gjennom at Høyesterett uttalte at det er «velkjent at rettsvernsregler undertiden kan føre til resultater som virker hårde, og at domstolene likevel ikke kan unnlate å anvende reglene. Når jeg likevel mener at det i saker som den foreliggende kan være grunn til en mindre streng anvendelse, henger det særlig sammen med at de hensyn rettsvernsreglene skal vareta, her ikke gjør seg gjeldende med vanlig styrke.» Med Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 synes imidlertid Høyesterett å ha skjerpet inn på adgangen for unntak fra lovfestede rettsvernsregler, selv om hensynene bak rettsvernsregelen er ivaretatt.¹⁰⁵ Dersom rettsvern skal etableres i lovfestede tilfeller, kan det dermed vanskelig tenkes at dette kan gjøres på andre måter enn de som er beskrevet i lov.

Notoritet og publisitet kan for lovfestede rettsvernsregler vurderes i to forskjellige relasjoner. Den første relasjonen er som hensyn ved etableringen av en generell rettsvernsregel. Det er lite tvilsomt at notoritet og publisitet blir hensyntatt i disse tilfellene. Videre kan det vurderes om notoritet og publisitet er ivaretatt i konkrete tilfeller. Det synes imidlertid som at Høyesterett ikke vil åpne for unntak basert på en konkret vurdering av notoritet og publisitet i tilfeller hvor det finnes en lovfestet rettsvernsregel.

Den høye terskelen Høyesterett har satt for å gjøre unntak fra lovfestede rettsvernsregler, førte til et tilfeldig utslag i Rt. 1997 s. 1050. Her var det ingen måte for Cabanco å etablere rettsvern på, ettersom Oslobanken nektet å overføre aksjene som Cabanco hadde kjøpt. Det fremstår som veldig strengt at Cabanco ikke kunne etablere rettsvern for sitt erverv uten registrering i verdipapirsentralen. I tillegg ble konsekvensene av Rt. 1997 s. 1050 at selger/selgers konkursbo fikk dobbelt oppgjør, først gjennom kjøpesummen, og deretter gjennom erstatningen. Det fremstår som et forholdsvis vilkårlig resultat at selger får dobbelt

¹⁰⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 719

oppgjør. Etter min mening er det derfor mulig Høyesterett har stilt for strenge krav med hensyn til å gjøre unntak fra lovfestede rettsvernskrav.

For lovfestede tilfeller har den som vil etablere rettsvern en klar oppfordring til å benytte fremgangsmåten som er beskrevet i lov. I tillegg vil lovens ordlyd uthules dersom rettsvern kan etableres på måter som ikke er foreskrevet i lovteksten. Det er derfor gode grunner som taler for at det burde være en høy terskel for å gjøre unntak fra lovfestede rettsvernsregler. Denne avhandlingens tema omhandler imidlertid en ulovfestet rettsvernsregel. Også i ulovfestede tilfeller kan notoritet og publisitet spille inn i to ulike relasjoner; ved etableringen av en generell hovedregel og i konkrete vurderinger. En eventuell ulovfestet rettsvernsregel må baseres på andre rettskilder enn lovtekst. *Lilleholt* har uttalt at tilfellet med «lausøyrekjøparens vern mot seljarens kreditorar er spesielt i og med at ein ikkje har lov, internasjonale faktorar eller avgjerande rettspraksis; rettskjeldefaktoren reelle omsyn er konge på haugen.»¹⁰⁶ Hensynet til notoritet og publisitet må dermed hensyntas ved etableringen av en ulovfestet rettsvernsregel.

Dersom hovedregelen for etablering av rettsvern for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres er sterkt fundert på hensynene til notoritet og publisitet, tilsier Høyesteretts praksis på lovfestede rettsvernsområder at det ikke kan åpnes for unntak på bakgrunn av konkrete vurderinger av notoritet og publisitet. Dersom den ulovfestede hovedregelen ikke ivaretar notoritet og publisitet på en tilstrekkelig bra måte, lar det seg anføre at konkrete unntak bør gjøres i tilfeller hvor en disposisjon klart er notorisk og publik. Ettersom det ikke eksisterer noen lovfestet rettsvernsregel å forholde seg til, vil ikke den som skal etablere rettsvern ha noen norm å forholde seg til når han skal etablere rettsvern. På den annen side vil dette åpne for skjønsmessige vurderinger og en rettsteknisk uheldig regel. Rettsvernsreglene bør også på ulovfestet grunnlag åpne for minst mulige konkrete vurderinger.

Lilleholt hevder det bør være grunnlag for å etablere unntak fra hovedregelen om etablering av rettsvern for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres «i dei typetilfella der faren for kreditorsvik er liten.»¹⁰⁷ Grunnlaget for å begrense unntakene til typetilfeller, er et ønske om å unngå skjønsmessige vurderinger og dermed ivareta hensynet til notoritet.¹⁰⁸ På denne

¹⁰⁶ Lilleholt: *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 54, Jussens Venner 2000 s. 49

¹⁰⁷ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 194

¹⁰⁸ Lilleholt: *Op. cit.* s. 194, fotnote 276 med videre henvisning til punkt 6.2 (se her særlig s. 170).

måten ivaretas både hensynet til notoritet og retts tekniske hensyn, samtidig som det åpnes for unntak. På denne måten ivaretar *Lilleholt* essensen i Høyesteretts tidligere uttalelser i forbindelse med lovfestet rettsvernsregler, samtidig som det i generelle typetilfeller kan lempes på de mest urimelige utslagene en eventuell hovedregel kan føre med seg. *Lilleholts* holdning til unntak fra en ulovfestet hovedregel om etablering av rettsvern har derfor, etter min mening, gode grunner for seg.

3 Rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres

3.1 Innledende bemerkninger

I dette kapitlet vil jeg undersøke om det kan oppstilles en hovedregel for hvordan rettsvern etableres i løsøre som ikke kan realregistreres. Noen av rettskildene som gjennomgås vil være så gamle at terminologien og argumentasjonen som benyttes synes å bryte med oppgaven ellers. Det er derfor nødvendig å undersøke hvordan rettsanvendere tidligere har tenkt om etablering av rettsvern overfor kreditorene.

3.2 Teorier om eiendomsrett og rettsvern

Det kan synes unødvendig å kreve at erverver av en rettighet må etablere rettsvern for at ervervet skal stå seg overfor kreditorene. Hvorfor kan ikke rettighetshaveren oppnå vern mot kreditorene på samme tid som han oppnår rettslig status som eier av rettigheten? Dersom vern mot kreditorene skal være tilknyttet eiendomsretten, forutsettes det at man opererer med et substansielt eiendomsbegrep. Et substansielt eiendomsbegrep innebærer at eiendomsretten blir overført i én bolk, såkalt overføring en bloc.¹⁰⁹ Eiendomsretten ses dermed på som en substans, eller en «Ding an sich».¹¹⁰ I det ene øyeblikket er man ikke eier, i det neste er man eier. Dette innebærer at oppnåelse av status som eier etter det substansielle eiendomsbegrepet fører med seg et vern mot konkurrerende rettighetshavere i samme formuesgjenstand. Men eiendomsbegrepet kan også sees på som et funksjonelt begrep.¹¹¹ Dersom et funksjonelt eiendomsbegrep legges til grunn, består eiendomsrettigheten av flere funksjoner (beføyelser).¹¹² Funksjonene kan bli overført til erververen på en og samme tid, men ulike funksjoner kan også bli overført på forskjellige tidspunkt. For det funksjonelle eiendomsbegrepet er begrepet eier dermed bare en samlebetegnelse på mange funksjoner.

¹⁰⁹ Brækhus: *Omsetning og kredit 3 & 4*, 1998, s. 5-6

¹¹⁰ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 377

¹¹¹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 73-76

¹¹² Falkanger/Falkanger: *Op. cit.* s. 74

Hverken substansiell- eller funksjonell eiendomsrett er begreper som er gitt normativ kraft i dagens lovgivning. Begrepene benyttes for å beskrive hvordan eiendomsretten overføres. Det har vært hevdet i teorien at det funksjonelle eiendomsbegrepet er det mest fremtredende i dagens lovgivning.¹¹³ Uttrykket «tilhører» i dekl. § 2-2 peker imidlertid på en substansiell forståelse av eiendomsbegrepet. Har debitor en så sterk tilknytning til objektet at han kan omtales som eier?¹¹⁴ Det er dermed ikke mulig å fastslå at det funksjonelle eller substansielle eiendomsbegrepet er det gjeldende i norsk lovgivning.

I norsk rett har det lenge vært et sterkt fokus på det funksjonelle eiendomsbegrepet, særlig etter at *Brækhus* og *Hærem* forsøkte å distansere seg fra det substansielle eiendomsbegrepet.¹¹⁵ Gjennom uttalelser som «[a]t dette substansielle rettighetsbegrep er irrasjonelt, må være klart»¹¹⁶ og «[d]et substansielle rettighetsbegrep har – til tross for de åpenbare logiske feil det bygger på – en sterk makt over tanken»¹¹⁷, har det substansielle eiendomsbegrepet blitt ansett som en motsetning til det funksjonelle eiendomsbegrepet. *Erlend Baldersheim* har i artikkelen «Til spørsmålet om egedomsrettens overgang» drøftet det funksjonelle eiendomsbegrepets relasjon til det substansielle. Han konkluderer med at det funksjonelle eiendomsbegrepet «parasitterer»¹¹⁸ på det substansielle og hevder det er «usunne trekk»¹¹⁹ at det substansielle eiendomsbegrepets betydning blir underspilt i norsk rettsteori. Det vil føre for langt å gå nærmere inn på diskusjonen om det substansielle- og det funksjonelle eiendomsbegrepet her.

Etablering av rettsvern for eiendomsrett er i dagens lovverk gjort uavhengig av eiendomsrett, se for eksempel tingl. § 20. I tingl. § 20 er det avgjørende om innføring i grunnboken har skjedd. Dersom dette er tilfellet, er rettsvern etablert. Rettsvern knytter seg dermed ikke til om eiendomsretten har gått over på erververen. Det er derfor ikke vanlig å drøfte om eiendomsretten er overført til erververen når beskyttelse mot kreditorene diskuteres i dag. Man spør heller om erververen har etablert rettsvern for sitt erverv.¹²⁰

¹¹³ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 75

¹¹⁴ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 75

¹¹⁵ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 377,

¹¹⁶ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 377

¹¹⁷ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 377

¹¹⁸ Erlend Baldersheim: *Til spørsmålet om egedomsrettens overgang*, s. 161, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2012, nr. 01-02, s. 137-163

¹¹⁹ Baldersheim: Op. cit. s. 163

¹²⁰ Se for eksempel LF-2010-133423, s. 4

3.3 Historikk

I romerretten var det vanlig å kreve tradisjon/fysisk overlevering for at eiendomsretten i løsøre skulle anses overført.¹²¹ Dersom eiendomsretten ikke var overført, kunne selgerens kreditorer ta dekning i gjenstanden.¹²² En streng praktisering av tradisjonsprinsippet ble imidlertid tungvint. Fysisk forflytning av gjenstander var ofte krevende, eksempelvis når tingen som skulle flyttes var stor.¹²³ Dette medførte at det ble utviklet diverse tradisjonssurrogater. Blant surrogatene som utviklet seg var *constitutum possessorium* (gjenstanden er ennå hos selgeren etter avtale med kjøper), *traditio brevi manu* (erhververen har gjenstanden hos seg, partene blir enige om at overføring av eiendomsrett har skjedd i etterkant) og *traditio longa manu* (gjenstanden blir oppbevart hos tredjemann).¹²⁴ Den rettslige betydningen av at surrogatene ble benyttet mellom avtalepartene, var at kreditorene ikke kunne ta beslag i kjøps-gjenstanden.¹²⁵

Ved overgang til naturretten ble individets autonomi sterkt understreket. Det var dermed ikke overraskende at man forlot tradisjonsprinsippet fra romerretten til fordel for avtaleprinsippet.¹²⁶ Etter avtaleprinsippet var avtalen tilstrekkelig for å overføre eiendomsrett i løsøre. *Sjur Brækhus* uttrykker dette slik: «Var det partenes mening at eiendomsretten skulle gå over, var dette alt som var nødvendig. Det måtte kreditorene bøye seg for.»¹²⁷

I dansk-norsk rett har det siden 1700-tallet vært diskutert i teorien hvordan kjøper kan beskytte sitt erverv mot kreditorene.¹²⁸ Problemstillingene som har vært drøftet har imidlertid vært ulikt utformet, jfr. punkt 1.4 og 3.2 ovenfor. I utgangspunktet var det avtaleprinsippet som dominerte i norsk rett.¹²⁹ På slutten av 1700-tallet skjedde en gradvis overgang til romerrettstenkning, hovedsakelig på bakgrunn av *Immanuel Kants* lære om overlevering som nødvendighet for å stifte eiendomsrett.¹³⁰ Det var imidlertid ingen dom som knesatte fysisk overlevering som rettsvernkrav.¹³¹ Det var heller ingen unison enighet i teorien om hvilket

¹²¹ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 499-500

¹²² Berg: *Rettsvern for lausørekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 4, Jussens Venner 1999 s. 1

¹²³ Berg: Op. cit. s. 4

¹²⁴ Berg: Op. cit. s. 5

¹²⁵ Berg: Op. cit. s. 4-5

¹²⁶ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 500

¹²⁷ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 500

¹²⁸ Herman Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsret*, 1912, s. 336

¹²⁹ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 500

¹³⁰ Scheel: Op. cit. s. 336

¹³¹ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 500

rettsvernkrav som skulle stilles.¹³² Det er i dag alminnelig antatt at fysisk overlevering er *tilstrekkelig* for å etablere rettsvern i løsøre. Spørsmålet som nå diskuteres, er om fysisk overlevering også er *nødvendig* for å etablere rettsvern i løsøre.¹³³

3.4 De lege lata

I dette avsnittet vil jeg søke å klarlegge om det er grunnlag for å oppstille en rettslig hovedregel for hvordan rettsvern for eiendomsrett etableres i løsøre som ikke kan realregistreres. Eventuelle unntak eller særtrekk som gjør seg gjeldende ved forskuddsbetaling, vil gjennomgås i punkt 4 og 5 nedenfor. Noen av de samme dommene som anvendes i punkt 3, vil også benyttes i punkt 4, ettersom dommene sier noe om flere ulike rettsspørsmål.

To dommer har fått stor plass i teorien når det drøftes hvordan rettsvern i løsøre etableres: Rt. 1910 s. 231 (kudommen) og Rt. 1912 s. 263 (jernskrapdommen). Dette skyldes antakelig at dommene står sentralt i gjennomgangen til *Brækhus* og *Hærem* i «Norsk tingsrett», en bok som har hatt stor betydning for utviklingen og den rettslige diskusjonen på området for avhandlingens tema. Selv om ku- og jernskrapdommene er svært gamle dommer, vil de her analyseres for å se om de kan betydning for dagens rettstilstand.

På bakgrunn av manglende høyesterettsdommer fra senere tid vil også underrettspraksis vurderes for å belyse utviklingen etter ku- og jernskrapdommene. Nyere rettsteori på området vil også bli vurdert, jfr. punkt 1.3 ovenfor.

3.4.1 Rt. 1910 s. 231 (kudommen)

I kudommen hadde et konkursbo tatt beslag i 10 kyr. Kyrne var imidlertid forut for konkursbeslaget allerede solgt til en erverver. Erververen hadde forskuddsbetalt for kyrne basert på en kilopris for kukjøttet i slaktet tilstand og en estimert vekt per ku. Kjøper og selger ble enig om at selgeren kunne beholde kyrne til de var utmelket. Etterpå kunne kjøperen selv hente kyrne når det passet ham. Da selgeren gikk konkurs, hadde kjøperen bare hentet én ku. De resterende 10 stod ennå hos selgeren. Boet tok beslag i de 10 kyrne og solgte disse. Kjøperen gikk deretter til sak mot konkursboet for å få utbetalt erstatning for de solgte kyrne.

¹³² Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 500-502

¹³³ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 287-288 og Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 2, Jussens Venner 1999 s. 1

Flertallet i Høyesterett kom frem til at det ikke hadde skjedd en eiendomsoverdragelse. Når selgeren beholdt dyrene etter salget, måtte det en senere utlevering til for «at effektuere en virkelig eiendomsoverdragelse».¹³⁴ Mindretallet i Høyesterett mente at eiendomsretten til kyrne gikk over til kjøperen allerede ved avtaleinngåelsen. Selgeren skulle kun oppbevare eller leie kyrne av kjøperen til de ble avhentet.

Det er mulig flertallet i Høyesterett anvender en teoretisk modell som ble utarbeidet av *Herman Scheel*.¹³⁵ Selv om Høyesteretts flertall aldri eksplisitt uttaler at de bygger på hans teoretiske konstruksjon, benytter flertallet den samme terminologien som *Scheel*. *Scheel* bruker begreper som «Betingelse for Eiendomsrettens Anerkjendelse»¹³⁶ og «Stiftelse af Eiendomsret til Løsøre»¹³⁷ når han drøfter hva som skal til for å etablere vern mot kreditorene i løsøre. Begrepsbruken til *Scheel* gir et inntrykk av at vern mot kreditorene kommer som en følge av å ha eiendomsrett til gjenstanden. *Scheel* synes dermed å ha et substansielt syn på eiendomsretten, jfr. punkt 3.2 ovenfor.

Scheel skilte mellom aktuell og eventuell eiendomsrett.¹³⁸ Dersom eiendomsretten var aktuell, kunne forskuddsbetalende kjøper når som helst utøve eierrådighet over gjenstanden. Det var heller ikke nødvendig med fysisk overlevering for å få vern mot selgerens kreditorer. At en eiendomsrett var eventuell, betydde at ervervet var betinget. Eiendomsoverdragelsen var betinget av at en eller flere forutsetninger var innfridd. Kjøperen måtte for eksempel betale kjøpesummen eller vente til et nærmere bestemt tidspunkt før han var å anse som eier. Dersom betingelsen(e) for eiendomsoverdragelsen ennå ikke var innfridd, var erververen ikke beskyttet mot avhenderens kreditorer.¹³⁹

I sin begrunnelse trekker Høyesteretts flertall frem at selgeren, i sin interesse, beholdt «raadigheden over kreaturene i flere maanedes»¹⁴⁰ Trolig trekker Høyesterett dette frem for å understreke at kjøperens erverv var et eventuelt eiendomserverv. Videre henviser Høyesteretts flertall til byrettens flertall og slutter seg i «det væsentlige» til dens begrunnelse. Byrettens

¹³⁴ Sitatet er hentet fra s. 233 i dommen

¹³⁵ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsret, 1912, s. 336-359*

¹³⁶ *Scheel: Op. cit. s. 337*

¹³⁷ *Scheel: Op. cit. s. 338*

¹³⁸ *Scheel: Op. cit. s. 347-349*

¹³⁹ *Scheel: Op. cit. s. 347*

¹⁴⁰ Rt. 1910 s. 231, s. 232

flertall sa seg «enig i» *Scheels* lære om aktuell og eventuell eiendomsrett.¹⁴¹ Flertallet i Høyesterett henviser til flertallet i byretten. Implisitt kan dette bety at Høyesteretts flertall bygger på *Scheels* lære.

Dommen synes å modifisere avtaleprinsippet. Avtalen var ikke i seg tilstrekkelig for å overføre eiendomsrett selv om enkelte teoretikere i samtiden hevdet at en erverver måtte få eiendomsrett allerede fra avtaletidspunktet.¹⁴² Dommen impliserer imidlertid at eiendomsrett er mulig å overføre gjennom avtale dersom alle betingelsene i avtalen var oppfylt. Det blir imidlertid aldri drøftet i kdommen om fysisk overlevering er en nødvendig forutsetning for å etablere eiendomsrett i løsøre. Dersom Høyesterett tok utgangspunkt i *Scheels* lære, vil ikke fysisk overlevering være nødvendig i alle tilfeller. Så lenge erververs eiendomsrett er aktuell, er erverver beskyttet, uavhengig av om overlevering har funnet sted. Det kan dermed ikke utelukkes etter kdommen at eiendomsrett kan etableres uten fysisk overlevering.

Kdommen er gammel og kan tolkes inn i *Herman Scheels* teoretiske konstruksjon, som i de senere år er viet liten plass i teorien. Hovedproblemstillingen for Høyesterett var om erververen hadde blitt eier av de 10 kyrne som konkursboet hadde solgt. Dersom Høyesterett hadde blitt stilt overfor samme problematikk i dag, ville sannsynligvis problemstillingen vært om erververen hadde etablert rettsvern for sitt erverv av de 10 kyrne, jfr. drøftelsen i pkt. 3.2. Spørsmålet om rettsvern er normativt begrunnet ut fra hensynene til notoritet og publisitet, jfr. punkt 2 ovenfor. Disse hensynene ligger hverken eksplisitt eller implisitt til grunn for Høyesteretts drøftelse i kdommen. Kudommens betydning som rettskilde i dag er derfor beskjeden.

3.4.2 Rt. 1912 s. 263 (*jernskrapdommen*)

I Rt. 1912 s. 263 var det inngått en avtale mellom et jernskipsbyggeri og en kjøper. Avtalen gikk ut på at alt jernskrap som jernskipsbyggeriet produserte i året 1908, skulle erverves av kjøperen. Kjøperen hentet deler av skrapet i oktober 1908, men noe ble liggende igjen hos selger. Ved utgangen av 1908 var det samlet sett 94 tonn jernskrap hos selger som ennå ikke var avhentet av kjøperen. Kjøperen forskuddsbetalte de 94 tonnene jernskrap og ble enig med

¹⁴¹ Store deler av byrettens dom er sitert i Rt. 1910 s. 231. Det aktuelle sitatet er hentet fra s. 235 i Rt. 1910 s. 231.

¹⁴² Se eksempelvis Francis Hagerup: *Om tradition som betingelse for overdragelse af eiendomsretten til løsøre*, inntatt i Norsk Retstidende, 1884, s. 673-784 (se særlig s. 673)

selger om at skrapet skulle ligge hos selger frem til avhenting i februar 1909. Før kjøperen fikk hentet jernskrapet, gikk selger konkurs. Det oppstod tvist mellom kjøper og selgers konkursbo om retten til jernskrapet.

Høyesteretts flertall kom til at jernskrapet tilhørte kjøperen. Det var en oppfatning mellom partene at jernskrapet lå hos selgeren for kjøperens «regning og risiko».¹⁴³ Dette medførte at selgeren ikke hadde rett til å «bortføre eller sælge til andre noget fra haugen.»¹⁴⁴

Videre drøfter Høyesterett om jernskrapet var tilstrekkelig «specifiseret». For å oppnå vern mot kreditorene både var og er det et alminnelig krav at genusytelser er utskilt og identifiserbare til kjøpers fordel slik at det er klart hvilken gjenstand kjøper har krav på.¹⁴⁵ Dette omtales som kravet til individualisering. Kravet til individualisering gjennomgås nærmere i punkt 4.3.1.

I jernskrapdommen kom flertallet til at alt skrap som lå i haugen per 31. desember 1908 skulle tilhøre kjøperen, uavhengig av om det lå mer eller mindre i haugen enn det kjøper hadde betalt for. Jernskrap som ble oppsamlet i 1909 måtte legges i en annen haug, med mindre partene ble enig om en egen kjøpsavtale også for jernskrap av 1909.¹⁴⁶ Flertallet i jernskrapdommen konkluderte dermed med at jernskrapet var tilstrekkelig individualisert ved at det var lagt i en egen haug. På bakgrunn av dette ble hovedkonklusjonen til flertallet i Høyesterett at kjøper hadde en vernet eiendomsrett i jernskrapet.

Høyesteretts begrunnelse er knapp, og det rettslige utgangspunktet for flertallets drøftelse klarlegges ikke. Høyesteretts flertall «tiltræder i det væsentlige» byrettens mindretall og dens begrunnelse.¹⁴⁷ Byrettens mindretall begrunnet sitt resultat med at ordningen som ble praktisert mellom kjøperen og selgeren var «naturlig og rimelig og fuldt tilstøkkelig til at sikre [kjøperen] det betalte kvantum til eie».¹⁴⁸

¹⁴³ Rt. 1912 s. 263 på s. 263

¹⁴⁴ Rt. 1912 s. 263 på s. 263

¹⁴⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 727-728 og Scheel: *Forelæsninger over norsk tingsrett*, 1912, s. 351

¹⁴⁶ Rt. 1912 s. 263 på s. 263

¹⁴⁷ Rt. 1912 s. 263 på s. 263

¹⁴⁸ Byrettens dom er inntatt i Rt. 1912 s. 263. Sitatet er hentet fra s. 266 i dommen.

Selv om hverken Høyesteretts flertall eller byrettens mindretall nevnte *Herman Scheels* modell om aktuell og eventuell eiendomsrett, jfr. punkt 3.4.1 ovenfor, passer både argumentasjonen og resultatet i jernskrapdommen inn i *Scheels* modell. Når Høyesteretts flertall konkluderte med at selgeren ikke kunne disponere over haugen med jernskrap som var betalt av kjøperen, ville eiendomsretten være aktuell etter *Scheels* modell, ettersom kjøpers erverv ikke var heftet med betingelser, jfr. punkt 3.4.1 ovenfor. Siden eiendomsretten var aktuell, var det ikke nødvendig med fysisk overlevering for å oppnå beskyttelse mot selgers konkursbo. Det er imidlertid ikke mulig å hevde at Høyesterett uttrykkelig ga sin støtte til læren ettersom den aldri ble nevnt i dommen.

Mindretallet i jernskrapdommen henviser til Rt. 1910 s. 231 og mente at kjøper ikke hadde beskyttelse for sitt eiendomserverv før jernskrapet var levert eller overført til kjøpers rådighet.¹⁴⁹ Høyesteretts mindretall konkluderte med at levering/overføring først ville skjedd ved oppveing av skrapet i forbindelse med avhenting. Basert på resultatet og den knappe begrunnelsen til mindretallet synes det som om mindretallet går inn for et ubetinget krav til fysisk overlevering for å oppnå vern for en eiendomsrett mot kreditorene. Selv om flertallet ikke eksplisitt tilslutter seg Rt. 1910 s. 231, synes det lite trolig at Høyesterett ville fraveket en to år gammel dom. Det er dermed trolig at flertallet og mindretallet i jernskrapdommen tolket flertallet i Rt. 1910 s. 231 forskjellig. Siden mindretallets begrunnelse var så knapp, er det vanskelig å vite hvorfor deres resultat skiller seg fra flertallet. En mulig forklaring er at flertallet i Rt. 1912 s. 263 tolket *Scheels* lære inn i resultatet i Rt. 1910 s. 231, mens mindretallet forholdt seg til resultatet i Rt. 1910 s. 231 og sluttet fra dette at det gjaldt et ubetinget krav til overlevering for å overføre eiendomsrett i løsøre.

Basert på resultatene kan det se ut til at Høyesterett gjorde en helomvending fra kudommen til jernskrapdommen. I kudommen kunne dommens resultat gi et inntrykk av at fysisk overlevering var nødvendig for å etablere vern for eiendomsrett i løsøre. Resultatet i jernskrapdommen ga på den annen side inntrykk av at fysisk overlevering ikke lenger var nødvendig for at kjøpers eiendomserverv skulle stå seg overfor selgers kreditorer. Premissene i ku- og jernskrapdommene tilsier imidlertid at Høyesterett synes å ha lagt vekt på *Herman Scheels* lære om aktuell og eventuell eiendomsrett. Det er ikke avgjørende etter *Scheels* lære om gjenstanden er fysisk overlevert, men om ervervet er gjort betinget. I kudommen var

¹⁴⁹ Rt. 1912 s. 263 på s. 264

ervert av kyrne gjort betinget (utmelking), mens ervert av jernskrapet ikke var gjort betinget i jernskrapdommen. I lys av *Scheels* lære synes det dermed ikke være noen motstrid mellom ku- og jernskrapdommene.

Begge dommene synes å bygge på en substansiell forståelse av eiendomsbegrepet, jfr. punkt 3.2 og 3.4.1. Et substansielt syn på eiendomsretten passer imidlertid dårlig med dagens funksjonelle syn på eiendomsretten og rettsvern, jfr. punkt 3.2 og 3.4.1 ovenfor. I dagens terminologi er ikke eiendomsrettens overgang et tema når etablering av rettsvern overfor kreditorene drøftes. Istedenfor vektlegges notoritet og publisitet, jfr. punkt 2 ovenfor. Disse hensynene tas ikke opp i jernskrapdommen. Dette innebærer at domspremissene i både ku- og jernskrapdommene passer dårlig inn med dagens forståelse av konflikten mellom kjøper og kreditorene. Jernskrapdommen har derfor, i likhet med kudommen, en begrenset betydning når gjeldende rett i dag søkes klarlagt.

3.4.3 RG. 1972 s. 53 (flekkmassedommen)

Flekkmassedommen er en voldgiftsdom med *Carsten Smith* som enevoldgiftsdommer. Faktum i flekkmassedommen var at et selskap hadde kjøpt flekkmasser (bleket sulfittcellulose som ikke tilfredsstiller kravet til prima vare) av et annet selskap. Kjøperen forskuddsbetalte for flekkmassene før avhenting. Det var enighet mellom selger og kjøper om at flekkmassene skulle lagres hos selger inntil kjøper var klar til å avhente flekkmassene.

Selgeren hadde pantsatt varelageret sitt gjennom forlagspant (en forløper til varelagerpant) for et beløp inntil 6 millioner kroner. Før kjøperen fikk avhentet flekkmassene, ville banken som hadde pant i selgers varelager, realisere panteobligasjonen sin. Det oppstod tvist mellom banken og kjøper om hvorvidt flekkmassene inngikk i bankens forlagspant eller om kjøper hadde krav på å få flekkmassene utlevert.

Hjemmelen for pantsettelsen, den nå opphevede lov om pant for driftskreditt til industrien av 8. mars 1946 nr. 1 (forlagspanteloven) § 4, hadde følgende ordlyd: «Panteretten er ikkje til hinder for at dei pantsette ting vert avhende. Med avhendinga fel panteretten burt.»

Spørsmålet som *Carsten Smith* måtte behandle, var om flekkmassene var «avhend» til kjøperen. Selv om *Smith* tar utgangspunkt i en lovtekst som ikke omhandler etablering av rettsvern for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres, omhandler paragrafen etablering av vern mot panthaver. I tolkningen av paragrafen drøfter *Smith* hvordan rettsvern

for eiendomsrett i ikke-realregistrerbart løsøre etableres. *Smiths* syn på rettsvernsspørsmålet vil være av interesse for denne avhandlingen. Tolkningen av forlagspanteloven vil ikke være av interesse for avhandlingen, men er inngangen til drøftelsen om hvordan rettsvern for eiendomsrett i ikke-realregistrerbart løsøre etableres.

Smith mente det var tre tidspunkt som potensielt kunne være avhendelsestidspunkt i forlagspanteloven § 4: ved avtaleinngåelsen, ved overleveringen eller ved kjøpers etablering av rettsvern overfor selgers kreditorer. I sin drøftelse trakk *Smith* frem at avtaleinngåelsen ikke ville være et egnet avhendelsestidspunkt. Han begrunnet sitt standpunkt med at faren for dobbel pantsetting ville være tilstede dersom avtalen ble ansett som avhendelsestidspunktet; først gjennom forlagspanten, deretter gjennom avtalt salg med forskuddsbetaling.¹⁵⁰

Smith hevdet videre at overlevering ikke kunne regnes som tidspunktet «dei pantsette ting vert avhende.» Et krav til overleveringsregelen ville, i følge *Smith*, «være i god overensstemmelse med norsk rettsstilling for øvrig i tilfelle av dobbeltsuksesjon ved løsøre.»¹⁵¹ Videre mente *Smith* konflikten mellom pantthaver av forlagspant og erverver var en dobbeltsuksesjonskonflikt. *Smith* mente imidlertid overleveringsregelen i dobbeltsuksesjonskonflikter var utviklet på bakgrunn av at slike konflikter ofte omhandlet ekstinktivt godtroerverv.¹⁵² I slike konflikter er det viktig å frata hjemmelsmannen hans legitimasjon ettersom han ikke vil ha rett til å disponere over samme formuesgode to ganger. Ettersom pantsetteren var berettiget til å selge varene som var pantsatt gjennom forlagspantet, var det ikke snakk om en dobbeltsuksesjonskonflikt i RG. 1972 s. 53.¹⁵³ På denne bakgrunn mente *Smith* at det ikke var grunnlag for å bygge på reglene om ekstinktivt godtroerverv.¹⁵⁴

Smith kom til at det hadde mest for seg å anse «dette som en konflikt mellom løsørekjøper og en kreditor som søker gjeldsdekning.»¹⁵⁵ Panterettens opphør måtte derfor «løses etter de alminnelige retningslinjer for løsørekjøperens rettsvern overfor selgerens kreditorer.»¹⁵⁶ Han begrunnet dette med at debatten om kjøpers rettsvern overfor selgers kreditorer syntes relevant også for forlagspant ettersom partsforholdene minnet om en rettsvernkonflikt

¹⁵⁰ Rg. 1972 s. 53 på s. 66

¹⁵¹ Rg. 1972 s. 53 på s. 66

¹⁵² Rg. 1972 s. 53 på s. 66

¹⁵³ Rg. 1972 s. 53 på s. 66-67

¹⁵⁴ Rg. 1972 s. 53 på s. 67

¹⁵⁵ Rg. 1972 s. 53 på s. 67

¹⁵⁶ Rg. 1972 s. 53 på s. 67

mellom løssørekjøper og en kreditor som søker gjeldsdekning. Videre omtalte forlagspanteloven § 3 panteobjektet som de varer «verksemda til kvar tid eig». *Smith* hevdet dette viste at panteretten knyttet seg til «spørsmålet om eiendomsrettens overgang».¹⁵⁷ Problemstillingen om eiendomsrettens overgang tok, i følge *Smith*, «sikte nettopp på kjøperens rettsvern overfor selgerens fordringshavere».¹⁵⁸ Det er nok riktig at spørsmålet om eiendomsrettens overgang tidligere sammenfalt med spørsmålet om kreditorvern, jfr. punkt 3.2, 3.4.1 og 3.4.2 ovenfor. Selv om spørsmålet om eiendomsrett regelmessig tok sikte på spørsmålet om vern mot kreditorene, er det ikke nødvendig at forlagspanteloven § 3 siktet til denne problemstillingen. *Smith* tok i sin videre vurdering bakgrunn i spørsmålet om kjøperen hadde etablert rettsvern for sitt erverv av flekkmassene.

Smith viste til *Brækhus* og *Hærem* sine synspunkter da han vurderte hvilket tidspunkt rettsvern skulle anses etablert, og tilsluttet seg disse. Han konkluderte med at det ikke gjelder noe «ubetinget krav om overlevering av salgsgjenstander, men det er heller ikke alltid at avtalen vil være nok.»¹⁵⁹ *Smith* mente et avgjørende punkt var hvor fremtredende kredittmomentet er i forskuddsbetalingen. Hvor kredittmomentet ikke er fremtredende, kan rettsvern oppnås forut for overlevering av gjenstanden.

På bakgrunn av *Brækhus* og *Hærem*s analyse, konkluderte *Smith* med at kjøperen hadde krav på å få utlevert hovedparten av flekkmassene. Det var imidlertid særegne forhold som gjorde seg gjeldende ved forskuddsbetaling. Det var disse som var avgjørende for *Smith*s konklusjon. Disse særegne forholdene vil jeg gjennomgå nedenfor under punkt 4.4.2. En liten andel av de 800 tonnene med flekkmasse tilfalt imidlertid boet ettersom disse ikke var tilstrekkelig individualisert, jfr. punkt 4.3.1 nedenfor. Denne andelen av flekkmassen var ikke tilstrekkelig individualisert fordi den var lagret og oppbevart i lag med andre mengder flekkmasse, noe som gjorde det umulig å utskille nøyaktig hvilken andel som tilhørte kjøperen.

Smith fastslår tidlig i domspremissene hvilke krav som skal stilles for etablering av rettsvern i løssøre. *Smith* tilsluttet seg *Brækhus* og *Hærem* sin analyse i «Norsk tingsrett» og fant det følgelig uhensiktsmessig «å foreta en gjennomgåelse av de foreliggende rettskilder». En så overfladisk gjennomgang av rettskildene på området må sies å være utilfredsstillende.

¹⁵⁷ Rg. 1972 s. 53 på s. 67

¹⁵⁸ Rg. 1972 s. 53 på s. 67

¹⁵⁹ Sitatet er hentet fra s. 69 i dommen

Brækhus og *Hærem* synes ikke å trekke sikre konklusjoner.¹⁶⁰ Det kunne derfor vært ønskelig at *Smith* gjennomgikk rettskildene på området mer inngående enn han gjorde.

Videre fremstår det ikke helt klart hva som skal gjelde som hovedregel ved etablering av rettsvern i løsøre. *Smith* uttaler at det ikke gjelder noe «ubetinget krav om overlevering av salgsgjenstanden, men det er heller ikke alltid avtale vil være nok.» Implisitt i dette må ligge at *Smith* anser det som tilstrekkelig med fysisk overlevering for å etablere rettsvern i løsøre. Ettersom saken omhandlet forskuddsbetaling, gikk *Smith* raskt over til å vurdere særforhold ved forskuddsbetaling.

Flekkmassedommen egner seg i liten grad til å si noe om hvordan rettsvern som hovedregel etableres for eiendomsrett i løsøre siden dommen omhandler interesselæren. Dette unntaket kan gjøres gjeldende ved forskuddsbetaling, jfr. punkt 4. *Smith* impliserer imidlertid at fysisk overlevering er tilstrekkelig for å etablere rettsvern i løsøre. Særforholdene som dommen tar opp i forbindelse med forskuddsbetaling og interesselæren, vil bli gjennomgått nedenfor i punkt 4.4.2.

3.4.3 LF-2010-133423¹⁶¹

Lagmannsrettsdommen omhandlet kjøp av båten «Why Worry» på senhøsten 2008. Båten ble betalt gjennom reklamasjon av båten «Sarnico Spider-43» og skulle leveres våren 2009. Partene avtalte at båten skulle overleveres fra selger til kjøper i ferdig oppusset tilstand. Selgeren engasjerte et profesjonelt selskap til å utføre restaureringsarbeidet. Før arbeidet var fullført, gikk selgeren av «Why Worry» konkurs i januar 2009. Tvist oppstod mellom selgerens konkursbo og kjøperen om hvem som hadde rett til båten.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i spørsmålet om kjøperen hadde etablert rettsvern for sitt erverv av båten «Why Worry». Lagmannsretten sluttet seg til en uttalelse fra tingretten hvor det sies at: «Hvilke krav som skal stilles for at kjøper av en løsøregjenstand skal få rettsvern er ikke endelig avklart i rettspraksis. Hovedsynspunktet er at overlevering i alle fall er tilstrekkelig for å få rettsvern.»¹⁶² Det var ikke tvilsomt at fysisk overlevering ikke hadde

¹⁶⁰ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 514

¹⁶¹ LF-2010-133423 opererer hverken med sidetall eller nummererte premisser. Når jeg refererer til uttalelser i dommen, vil jeg derfor referere til hvilket avsnitt uttalelsen stammer fra. Avsnittsnummeret jeg refererer til er antall avsnitt etter «[I]agmannsretten bemerker».

¹⁶² Se LF-2010-133423, avsnitt 7 og TSTRO-2009-191646 i premiss 24

skjedd i denne saken. Lagmannsretten gikk deretter over til å drøfte om eventuelle unntak fra overleveringskravet kunne gjøres gjeldende. Rettens syn på unntak fra overleveringskravet vil behandles nedenfor i punkt 4.4.3.

Lagmannsretten fastslår avslutningsvis i dommen at «[h]ovedregelen må være at det kreves overlevering for å være sikret».¹⁶³ Selv om lagmannsretten klart fastslår at fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre, er det en påfallende mangel på henvisninger til rettskilder som støtter en slik påstand. Lagmannsretten viser til at det er ønskelig å hindre kreditorsvik og sikre notoritet. Disse kravene er, i følge lagmannsretten, «utviklet gjennom rettspraksis.»¹⁶⁴ Lagmannsretten spesifiserer ikke hvilken rettspraksis dette følger av. Rettens standpunkt synes dermed svakt forankret i rettskildene. Avtaleprinsippet gis imidlertid ikke gjennomslag i dommen.

Siden lagmannsretten vektlegger hensynet til notoritet og ønsker å forhindre kreditorsvik, vil et krav til fysisk overlevering være mer egnet til å ivareta disse hensynene enn dersom rettsvern ble etablert allerede ved avtaleinngåelsen. Dersom partene kunne etablere rettsvern gjennom avtale, ville det vært mulig å inngå fiktive avtaler for å unndra midler fra kreditorene. Det ville videre vært vanskelig å vite om avtale var inngått, samt å få innsikt i innholdet av avtalen mellom partene, dersom rettsvern etableres ved avtaleinngåelsen. For dette tilfellet vil det ikke vil kreves noen ytre omstendigheter for å etablere rettsvern som bidrar til å styrke disposisjonens notoritet. Dersom rettsvern etableres gjennom fysisk overlevering, kan partene i alle fall vise at overlevering har skjedd, noe som vil bidra til å styrke disposisjonens notoritet.

Det synes videre som om lagmannsretten ikke vektlegger hensynet til notoritet i det konkrete tilfellet. Det var lite tvilsomt at kjøperen hadde betalt for båten og at dette ervervet ikke hadde et kreditorskadelig formål. Dette ble imidlertid ikke vektlagt av retten. Ettersom hensynet til erverver og notoritet i det konkrete tilfellet øyensynlig ikke vektlegges av lagmannsretten, impliserer lagmannsretten at notoritet ikke kan vurderes i konkrete tilfeller, men bare spiller inn som et hensyn bak en hovedregel. Dette samsvarer bra med Høyesteretts tidligere holdning for lovfestede rettsvernstilfeller, jfr. punkt 2.2 ovenfor.

¹⁶³ LF-2010-133423, avsnitt 51

¹⁶⁴ LF-2010-133423, avsnitt 51

Dommen har en beskjeden betydning for hvordan rettsvern i løsøre som hovedregel etableres, særlig ettersom den er avsagt av lagmannsretten. Lagmannsretten viser imidlertid hvor mye hensynet til notoritet blir vektlagt ved etableringen av rettsvernsregler. Det synes som om notoritet er så viktig ved utarbeidelse av en hovedregel at det ikke lenger er tvilsomt at fysisk overlevering som utgangspunkt er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre. Avtalen vil ikke på samme måte som overlevering ivareta notoritet. Det synes dermed som at spørsmålet som i dag drøftes nærmere, er hvilke eventuelle unntak som kan oppstilles fra overleveringskravet.

3.4.5 Teori

Berg tar utgangspunkt i at fysisk overlevering er tilstrekkelig for å etablere rettsvern i løsøre. Han stiller derfor spørsmål om fysisk overlevering er nødvendig for at kjøperen skal etablere rettsvern.¹⁶⁵ Hverken lov, rettspraksis, annen praksis eller juridisk teori gir noen sikre svar. *Berg* synes heller ikke noen hensyn kan få avgjørende betydning for spørsmålet om overlevering er nødvendig eller ikke. På denne bakgrunn hevder han det ikke kan trekkes noen sikre konklusjoner *de lege lata* om fysisk overlevering er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre.¹⁶⁶ Han hevder imidlertid *de lege ferenda* at fysisk overlevering som utgangspunkt bør være nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre, hovedsakelig på bakgrunn av at dette vil medføre sammenheng og konsekvens i reglene om kreditorvern.¹⁶⁷ *Berg* presiserer ikke hvilke regler om kreditorvern det bør være sammenheng mellom. Forut for konklusjonen drøfter han fordelene ved å ha sammenfall mellom håndpantregelen i pantel. § 3-2 annet ledd og reglene for etablering av rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres.¹⁶⁸ Dette tyder på at det er denne sammenhengen han sikter til.

Grunnen til at det er viktig å ha sammenheng mellom håndpantreglene og rettsvernsakten ved etablering av rettsvern i løsøre er, etter *Bergs* oppfatning, at det ikke vil være mulig å kamuflere en pantsettelse som et salg dersom disse reglene sammenfaller. Etter reglene for håndpant kreves fysisk overlevering for å etablere rettsvern, jfr. pantel. § 3-2 annet ledd første punktum. Dette for å frata pantsetter legitimasjon slik at han ikke kan pantsette samme gjenstand to ganger. Dersom avtale er tilstrekkelig for å etablere rettsvern for eiendomsrett i løsøre, kan en pantsettelse kamufleres som salg. Pantsetteren trenger ikke miste rådigheten over gjenstanden ettersom «kjøper» ikke trenger å få gjenstanden overlevert for å få rettsvern

¹⁶⁵ *Berg: Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 2, Jussens Venner 1999 s. 1

¹⁶⁶ *Berg: Op. cit.* s. 15

¹⁶⁷ *Berg: Op. cit.* s. 15

¹⁶⁸ *Berg: Op. cit.* s. 13-14

for sitt erverv. Salgssummen vil for dette tilfellet representere en kredittytelse fra kjøperen. På denne måten omgår selgeren håndpantreglene. Han vil dermed i realiteten ha mulighet til å pantsette samme gjenstand to ganger. En slik situasjon er ikke ønskelig. Dersom kreditorene må vurdere hvert enkelt salg for å se om det har til formål å omgå håndpantreglene, vil en hovedregel som ikke krever fysisk overlevering utenfor omgåelsestilfeller innby til skjønnsmessige vurderinger. Det bør derfor opereres med en generell hovedregel om fysisk overlevering for å etablere rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres. På denne bakgrunn er jeg enig med *Berg* i at hensynet til systemsammenheng taler for at fysisk overlevering ved etablering av rettsvern i løsøre.

Dersom det opereres med en hovedregel, mener *Berg* det kreves mer for å godta et unntak enn dersom det ikke eksisterer noen hovedregel.¹⁶⁹ *Berg* mener imidlertid at hans vage konklusjon *de lege ferenda* må medføre at det «stille[s] små krav for å stille opp unntak fra tradisjonsprinsippet».¹⁷⁰ Noen av unntakene *Berg* vil oppstille drøftes nedenfor under punkt 4 og 5.

Kåre Lilleholt erkjenner at det er få rettskilder som sier noe om hvordan rettsvern etableres i ikke-realregistrerbart løsøre ved kjøp av eiendomsrett.¹⁷¹ *Lilleholt* mener likevel at det eksisterer en oppfatning i teorien om at erververen som utgangspunkte må ha fysisk kontroll over gjenstanden for å etablere rettsvern i løsøre.¹⁷² Etter *Lilleholts* skjønn er det heller ingen praksis som tyder på at dette utgangspunktet er fraveket. Dette kan ha medført at jurister har bygd på standpunkter i litteraturen og at det har utviklet seg en oppfatning med fysisk overlevering som hovedregel for etablering av rettsvern i løsøre.¹⁷³ På denne bakgrunn går *Lilleholt* inn for at kjøpsgjensstanden som utgangspunkt må være i erververens besittelse, eller noen som erververen kan instruere, for at rettsvern i løsøre skal kunne etableres.¹⁷⁴

Jeg er enig med *Lilleholt* i at de fleste teoretikere i dag går inn for fysisk overlevering som hovedregel for etablering av rettsvern i løsøre. Det er imidlertid ingen nødvendighet i at hovedregelen trenger å være overlevering, selv om dette er hevdet av mange i teorien.

Lilleholt bruker videre som et argument at det ikke finnes noen avgjørende praksis som

¹⁶⁹ *Berg*: Op. cit. s. 15-16

¹⁷⁰ *Berg*: Op. cit. s. 16

¹⁷¹ *Lilleholt*: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 290

¹⁷² *Lilleholt*: Op. cit. s. 290-291

¹⁷³ *Lilleholt*: Op. cit. s. 290-291

¹⁷⁴ *Lilleholt*: Op. cit. s. 294

fraviker fysisk overlevering som rettsvernsakt. Dette har nok *Lilleholt* rett i, men på den annen side eksisterer det ingen avgjørende praksis som bekrefter fysisk overlevering som rettsvernsakt ved etablering av rettsvern i løsøre.

Videre hevder *Lilleholt* at fysisk overlevering kan være akseptert som rettsvernsakt blant praktiserende jurister. *Lilleholt* har imidlertid tidligere forsøkt å finne en entydig praksis blant «røynde bustyrarar» gjennom utspørring, uten å finne «nok tilfang til å fastslå ein utbreidd og eintydig praksis.»¹⁷⁵ Hvorvidt holdningen blant praktiserende jurister har forandret seg over tid, kan det bare spekuleres i.

Thor Falkanger og *Aage Thor Falkanger* hevder at avtaleprinsippet ikke tilfredsstiller hensynet til notoritet og publisitet. På denne bakgrunn hevder de at det har «utkrystallisert seg» en ulovfestet hovedregel om at løsøretingen må være fysisk overført til kjøper eller hans representant for at disposisjonen skal stå seg overfor kreditorene.¹⁷⁶ Dette er kanskje et noe for absolutt standpunkt ettersom det ikke foreligger noen unison enighet i litteraturen om hvorvidt fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre eller ikke.¹⁷⁷ *Falkanger* og *Falkangers* standpunkt er imidlertid i tråd med *Lilleholts* oppfatning om at det har utviklet seg en oppfatning på området som tilsier at fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig. Mye tyder dermed på at utviklingen i litteraturen går i retning av at hovedregelen er å anse fysisk overlevering som nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre.

Mads Henry Andenæs drøfter også hvorvidt fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre, men presenterer ingen entydig konklusjon.¹⁷⁸ *Andenæs* går imidlertid langt i å implisere at fysisk overlevering må regnes som hovedregelen for etablering av rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres ved å uttale at «[d]en nå fremherskende oppfatning er at overleveringsprinsippet er hovedregelen, samtidig som det gjøres vidtgående unntak.»¹⁷⁹

¹⁷⁵ *Lilleholt: Bruk av reelle omsyn i formueretten*, s. 51, *Jussens Venner* 2000 s. 49

¹⁷⁶ *Falkanger/Falkanger: Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 726

¹⁷⁷ Se for eksempel *Berg: Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, *Jussens Venner* 1999 s. 1

¹⁷⁸ *Andenæs: Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 260-264

¹⁷⁹ *Andenæs: Op. cit.* s. 260

Utviklingen i teorien synes etter utgivelsen av *Brækhus* og *Hærem's* bok «Norsk tingsrett» å ha gått i retning av at de fleste mener fysisk overlevering som utgangspunkt er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres.¹⁸⁰ Uavhengig av generelle utviklingstrekk som kan spores i teorien, er det grunn til å stille seg kritisk til argumentet om at det har etablert seg en oppfatning eller utkrystallisert seg en rettslig bindende norm om at overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres.¹⁸¹

3.4.6 Reelle hensyn ved etablering av rettsvern i løsøre

I kapittel 2 ovenfor er hensyn bak kravet til rettsvern på generelt grunnlag drøftet. I dette punkt vil jeg på bakgrunn av reelle hensyn drøfte hvilket rettsvernkrav som er mest hensiktsmessig som hovedregel ved etablering av rettsvern i løsøre.

I utgangspunktet er en rettsvernsregel som styrker hensynet til notoritet å foretrekke, jfr. punkt 2.1. Et viktig formål med notoritetshensynet er at kreditorskadelige disposisjoner vanskeliggjøres. Dersom fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre, vil det være vanskelig å inngå fiktive avtaler for å unndra en gjenstand fra kreditorene. Gjenstanden må være overlevert allerede før beslag tas. Dette innebærer at det ikke er tjenlig for debitor å møte et kreditorbeslag med en påstand om at gjenstanden allerede er solgt, ettersom rettsvern ikke etableres ved avtaleinngåelse. Dersom skyldneren vil foreta kreditorskadelige disposisjoner, må disse dermed planlegges og utføres en tid før det tas beslag i gjenstanden. Hvis avtalen i seg selv er tilstrekkelig for å etablere rettsvern i løsøre, trenger ikke skyldneren å foreta seg noe forut for kreditorbeslaget, annet enn å finne en tredjeperson som er villig til å stille opp i rollen som fiktiv avtalepart.

Det vil likevel være mulig å omgå rettsvernkravet selv om fysisk overlevering anses nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre. Debitor kan for eksempel «selge» en løsøregjenstand til en tredjemann, overlevere gjenstanden til kjøper, og deretter – etter en kort kunstpause – låne gjenstanden tilbake til seg selv igjen, såkalt «sale and leaseback». Det lar seg anføre at sale and leaseback-avtaler kan for noen tilfeller være en omgåelse av håndpantregelen i pantel. §§ 3-1 og 3-2. Slike omgåelser har tidligere blitt medført at kjøper

¹⁸⁰ Andenæs: Op. cit. s. 260, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 725-726 og Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 290-291 og 294

¹⁸¹ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 726 og Lilleholt: Op. cit. s. 290-291

ikke har etablert rettsvern, jfr. RG. 1963 s. 492. Her ble salg av en bil ansett som underpant i løsøre, blant annet fordi det var avtalt at selgeren kunne bruke bilen i en periode i etterkant av salget. Kjøpers erverv av bilen stod seg dermed ikke mot selgers konkursbo. Spørsmålet som melder seg er hvilken overføringsverdi omgåelse av en panteregel har for utformingen av en ulovfestet rettsvernsregel for eiendomsrett?

Det kan neppe kreves at en fysisk overlevering skal være varig før rettsvern i løsøregjenstanden skal anses etablert.¹⁸² Det vil være naturlig å la overleveringstidspunktet være skjæringstidspunktet for når rettsvern for eiendomsrett er etablert. Det kan derfor ikke utelukkes at en kjøper kan etablere rettsvern i en gjenstand han har kjøpt, selv om han senere inngår en avtale med selger om tilbakelån av den kjøpte gjenstanden. Det vil imidlertid føre for langt å gå nærmere inn på sale and leaseback-problematikk i denne avhandlingen. Det vil uansett være vanskeligere å omgå fysisk overlevering som rettsvernsakt, enn å omgå et rettsvernkrav som bygger på avtale. Fysisk overlevering som rettsvernsakt vil dermed bidra til å vanskeliggjøre illojale disposisjoner overfor kreditorene i større grad enn avtale som rettsvernsakt, jfr. punkt 2.1 ovenfor.

Hensynet til publisitet må videre vurderes når kravet til rettsvernsakt drøftes, jfr. punkt 2.1 ovenfor. Dersom en avtale anses tilstrekkelig for å etablere rettsvern i løsøre, kan det bli vanskelig for kreditorene å få innsyn i hvilke gjenstander som tilhører debitor. Mange av gjenstandene som er i debtors besittelse, kan potensielt være solgt allerede. I alle fall er muligheten for å bli møtt med en slik påstand tilstede.

Dersom fysisk overlevering anses nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre, vil gjenstandene skyldneren til enhver tid, besitter i utgangspunkt være gjenstand for kreditorbeslag. Det kan imidlertid være vanskelig for kreditorene å skaffe seg fullstendig oversikt i debtors eiendeler, særlig om disse har et stort omfang. Fysisk overlevering som rettsvernsakt ivaretar derfor heller ikke hensynet til publisitet fullt ut.

Etter dette synes fysisk overlevering å ivareta hensynet til notoritet og publisitet i større grad enn om avtale er å anse som rettsvernsakt. Andre hensyn må imidlertid også vurderes.

¹⁸² Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 193-194 og Berg: *Rettsvern for lausørekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 15, Jussens Venner 1999 s. 1

Som omtalt under punkt 2.1 er det et gode i seg selv at rettsvernsreglene er enkle å praktisere. De juridiske vurderingene blir enklere dersom rettsvernsreglene er lite skjønnsmessig utformet. Det kan derfor være betenkelig at det åpnes for en delt rettsvernsregel, som i utgangspunktet opererer med fysisk overlevering som rettsvernsakt, men samtidig godtar at avtale kan være rettsvernsakt i andre tilfeller hvor faren for kreditorsvik er liten. Særlig ved generalbeslag kan dette føre til unødige tvister. For å unngå en dyr og tidkrevende prosess i forbindelse med kreditorbeslag, jfr. punkt 2.2 ovenfor, bør rettsvernoren derfor motvirke skjønnsmessige vurderinger. Eventuelle unntak kan imidlertid tenkes i typetilfeller hvor faren for kreditorsvik er liten, jfr. punkt 2.2.4 ovenfor.

Det kan anføres at dersom avtalen i seg selv ikke er tilstrekkelig for å etablere rettsvern i løssøre, kan dette virke hemmende for handel. I tillegg kan forskuddsbetaling være ønskelig i noen tilfeller, særlig hvor selger trenger finansiering for å kunne importere eller ferdigstille kjøpsobjektet. Forskuddsbetalende kjøper vil kanskje vegre seg mot å forskuddsbetale for en gjenstand dersom kjøper løper en risiko for å bli avspist med et dividendekrav ved en eventuell konkurs. På den annen side har selger flere alternative måter å kunne finansiere driften sin på enn gjennom forskuddsbetaling fra kjøper. Næringsdrivende selger har for eksempel anledning til å underpantsette store deler av driften sin for å oppnå kreditt, se pantel. §§ 3-4 til 3-13. Det er derfor trolig at selger kan oppnå finansiering på andre måter enn forskuddsbetaling fra kjøper.

Videre vil rettsvernsproblem omkring forskuddsbetaling sjeldent bli satt på spissen ettersom normalsituasjonen er at selger ikke går konkurs før den forskuddsbetalte gjenstanden er levert. Dersom kjøperen velger å betale på forskudd, kan det hevdes at kjøperen selv får ta risikoen for selgerens insolvens.¹⁸³ Dersom forskuddsbetaling i generelle typetilfeller er ønskelig, er det bedre å åpne for unntak fra fysisk overlevering i disse enkelttilfellene enn å la rettsvern som hovedregel etableres allerede fra avtaleinngåelsen.

På den annen side har forskuddsbetaling på Internett blitt en forholdsvis vanlig betalingsform. Blant noen nettbutikker praktiseres det at den kjøpte gjenstanden først sendes etter at betaling har funnet sted. Derfor kan det virke hemmende for slik handel å operere med et krav om fysisk overlevering. Dersom forskuddsbetaling på Internett skjer ved bruk av kredittkort, vil

¹⁸³ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 507

forbruker kunne rette eventuelle krav mot både selger og kredittgiver, jfr. finansavtaleloven¹⁸⁴ § 54b første ledd første punktum.¹⁸⁵ Det eksisterer dermed løsninger som fjerner kjøpers risiko for selgers insolvens ved forskuddsbetaling på nettet. Etter min mening er det derfor liten grunn til å tro at fysisk overlevering som rettsvernsakt ved etablering av rettsvern i løssøre vil virke hemmende for handel.

Et annet poeng er at notoritetshensynet er godt ivaretatt gjennom en betaling med kredittkort. Det vil være en smal sak for partene å kunne bevise hvem som var parter i disposisjonen, hva den gikk ut på og når den ble foretatt.¹⁸⁶ En kontoutskrift er alt som skal til for å besvare disse spørsmålene. Det kan dermed synes formalistisk å kreve overlevering for å etablere rettsvern. Høyesterett har imidlertid tidligere stilt seg avvisende til å vektlegge konkrete beviser for at den enkelte disposisjon er reell og lojal overfor kreditorene i lovfestede rettsvernstilfeller, jfr. punkt 2.2.¹⁸⁷ I tillegg taler retts tekniske hensyn mot at partene skal kunne føre beviser for en disposisjons notoritet siden dette vil kunne medføre skjønnsmessige vurderinger.

Videre har det vært anført at dersom fysisk overlevering skal gjelde som rettsvernsakt, kan lojale disposisjoner som ikke har til formål å skade kreditorene, bli underkjent på bakgrunn av manglende rettsvern.¹⁸⁸ Ettersom rettsvernsreglene er tuftet på notoritet og publisitet, er det lite rom for å la konkret rimelighet være avgjørende for utformingen av rettsvernsregelen. En regel tuftet på rimelighet ville videre bidratt til en skjønnsmessig regel. Det nærmere skillet mellom lojale og illojale disposisjoner ville vært vanskelig å trekke. Retts tekniske hensyn taler derfor også for at konkret rimelighet ikke bør ha noen betydning for utformingen av rettsvernsregelen. Høyesterett har også vært lite villig til å vektlegge rimelighet i lovfestede rettsvernsspørsmål, jfr. punkt 2.2 ovenfor.¹⁸⁹

Oppsummeringsvis nevnes at både hensynet til publisitet og notoritet blir bedre ivaretatt dersom fysisk overlevering er nødvendig for å etablere rettsvern i løssøre. Det vil være enklere å unndra midler fra kreditorene dersom avtalen er tilstrekkelig for å etablere rettsvern i løssøre.

¹⁸⁴ Lov 25 juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag

¹⁸⁵ Ordlyden «gitt etter avtale mellom selgeren og kredittgiveren» vil være oppfylt hvor betaling skjer med et kredittkort tilknyttet eksterne kortsystemer, jfr. Prop.65 L (2009-2010), s. 224.

¹⁸⁶ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 559

¹⁸⁷ Se Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268

¹⁸⁸ Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 14-15, Jussens Venner 1999 s. 1

¹⁸⁹ Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268

Det er videre lite trolig at fysisk overlevering som rettsvernsakt vil hemme handel i særlig grad.

3.4.7 Konklusjon

De lege lata er det vanskelig å trekke noen sikker konklusjon. Det er ikke mulig å forankre en konklusjon i lovtekst, og rettspraksis gir få sikre svar. De 10-15 siste årene synes imidlertid oppfatningene i teorien å ha gått i retning av at fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre. Videre vil hensynet til notoritet og publisitet bli bedre ivaretatt dersom fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre. Noe avgjørende argument mot fysisk overlevering som rettsvernsakt synes ikke å foreligge. Det må dermed være dekning for å hevde at fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre. Konklusjonen må imidlertid leses i sammenheng med fravær av klare autoritative rettskilder på området. Konklusjonen er dermed forholdsvis usikker. Dersom spørsmålet skulle vurderes av Høyesterett, vil ikke resultatet være gitt.

3.5 Nærmere om «fysisk overlevering»

I utgangspunktet synes det lett å forstå hva som ligger i begrepet fysisk overlevering: Kjøper må ha fått gjenstanden i sin fysiske besittelse for å etablere rettsvern. Kravet til fysisk overlevering kan imidlertid ikke tolkes bokstavelig, slik at rettsvern kun kan etableres dersom erververen får gjenstanden i sin fysiske besittelse. Gjennom alle overleveringssurrogatene som ble utviklet i romeretten, jfr. punkt 3.3 ovenfor, har fysisk overlevering blitt et rettslig begrep. Dette innebærer at det må drøftes om det er nødvendig at erververen får tingen i sin fysiske besittelse for å etablere rettsvern gjennom overleveringskravet. Et eksempel kan være at kjøperen ikke har fått gjenstanden i sin fysiske besittelse, men at noen sitter med gjenstanden på vegne av kjøperen.

Dersom kjøpers representant får overført gjenstanden til seg istedenfor kjøperen selv, vil disposisjonens notoritet og publisitet være like godt ivaretatt enn dersom han selv hadde gjenstanden i sin fysiske besittelse.¹⁹⁰ Det bør dermed ikke ha noe å si for kjøpers rettsvern om det er kjøper i egen person eller hans representant som får gjenstanden overlevert til seg.

¹⁹⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 726 (se note 1782)

Det viktige er at selger ikke lengre har rådighet over gjenstanden slik at kreditorene kan se at gjenstanden har gått ut av selgers varebeholdning.

Mer tvilsomt er det dersom en tredjeperson, som hverken selger eller erverver kan instruere, har kjøpsgjensstanden ved betaling. Kan rettsvern etableres ved at kjøper eller selger gir beskjed til tredjeperson om at gjenstanden er solgt? På den ene side kan det anføres at hensynet til notoritet og publisitet er tilstrekkelig ivaretatt gjennom at selger ikke har rådigheten over salgsgjenstanden. På den annen side er det ingen ytre handling som foretas som skulle tilsi at rettsvern har blitt etablert. Kreditorene gis dermed ingen grunn til å reagere mot selgers disposisjoner. Hensynet til notoritet og publisitet taler derfor for at det bør skje en overlevering til kjøper eller kjøpers representant. På tross av dette er det antakelig tilstrekkelig for kjøper å notifisere tredjemann om salget for å etablere rettsvern. Det viktigste er at selgeren ikke kan råde over gjenstanden, noe han ikke kan etter at notifikasjon er foretatt. Det synes videre å være bred enighet i teorien om at det er tilstrekkelig at tredjeperson får melding om at han nå sitter med tingen på vegne av kjøperen.¹⁹¹

Med dette utgangspunktet kan kjøper etablere rettsvern dersom noen sitter med kjøpsgjensstanden på vegne av kjøperen, uavhengig av om dette er en utenforstående tredjemann eller kjøpers representant. Dette innebærer imidlertid at rettsvern ikke kan etableres gjennom at kjøper og selger avtaler at selger skal sitte med kjøpsgjensstanden på vegne av erverver. Det samme må også gjelde dersom selgers representant sitter med gjenstanden på vegne av kjøper, siden selger ikke vil være fratatt rådigheten over gjenstanden i disse tilfellene. En slik ordning vil ikke ivareta hensynene til notoritet og publisitet på en tilfredsstillende måte. Faren for svikaktige påstander om at slike avtaler er inngått forut for kreditorbeslag, vil være tilstede. Dette vil dermed være en vanskelig situasjon for kreditorene å forholde seg til. Derfor vil ikke en avtale om at selger skal sitte med gjenstanden på vegne av kjøper, tilfredsstillende det rettslige kravet til fysisk overlevering.¹⁹²

3.6 Sammenheng mellom tradisjonsprinsippet og interesselæren?

Etter å ha konkludert med at fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern for en eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres, må det videre drøftes om

¹⁹¹ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 288, Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 16-17, Jussens Venner 1999 s. 1, Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 262-263

¹⁹² Berg: *Op. cit.* s. 17

det finnes noen unntak fra hovedregelen. I boken *Norsk tingsrett* har *Sjur Brækhus* og *Axel Hærem* drøftet mulige unntak fra kravet om fysisk overlevering. Blant unntakene som *Brækhus* og *Hærem* drøftet var ett som i senere tid har fått populærnavnet «interesselæren». *Brækhus* tok utgangspunkt i ku¹⁹³ - og jernskrapdommene¹⁹⁴ fra starten av 1900-tallet og konstruerte en begrunnelse for resultatene som ikke samsvarte med Høyesteretts begrunnelser (såkalt konstruert ratio decidendi).¹⁹⁵ Læren har sitt typiske anvendelsesområde hvor erververen av en leveringsklar gjenstand ikke har fått overlevert gjenstanden, men har prestert sin ytelse (f.eks. betalt kjøpesum).

Det kan tidvis være vanskelig å vite hvordan interesselæren blir brukt i teori og praksis. *Carsten Smith* uttalte f. eks. i RG-1972-53 at «[i] henhold til de konklusjoner man i dag bør kunne stille opp på dette felt, gjelder det intet ubetinget krav om overlevering av salgsgjenstanden, men det er heller ikke alltid avtalen vil være nok. Et avgjørende punkt er hvor fremtredende kredittmomentet er med hensyn til vedkommende forskuddsbetaling.»¹⁹⁶ *Toker Smith* her interesselæren inn hovedregelen om etablering av rettsvern for eiendomsrett i løsøre, er vanskelig å si. Som poengtert under punkt 2.1 ovenfor, er det uheldig å operere med en skjønnsmessig hovedregel. Interesselæren åpner for skjønnsmessige vurderinger. Man bør derfor ha et reflektert forhold til om man drøfter unntak fra en hovedregel eller om man drøfter selve hovedregelen. For min del anser jeg interesselæren som et avgrenset unntak fra kravet om fysisk overlevering på bakgrunn av et typetilfelle hvor faren for kreditorsvik er liten. Videre vil en hovedregel om fysisk overlevering i mye større grad enn interesselæren være tuftet på notoritet, publisitet og rettstekniske hensyn. En slik systematisering av interesselæren synes ikke å bryte med teorien for øvrig.¹⁹⁷

4 Interesselæren

4.1 Generelt

¹⁹³ Rt. 1910 s. 231

¹⁹⁴ Rt. 1912 s. 263

¹⁹⁵ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 2004, s. 79-80

¹⁹⁶ RG-1972-53 på s. 67

¹⁹⁷ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 514 er noe uklar på om interesselæren er et unntak eller del av hovedregelen. Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 22-23, jfr. overskrift s. 19, Jussens Venner 1999 s. 1, Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, tredje utgave 1999, s. 194, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 726 og Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 264-265 synes alle å gå inn for at interesselæren er et unntak fra overleveringskravet.

I noen tilfeller mener *Brækhus* det kan være grunnlag for å gi kjøperen separatistrett, jfr. punkt 1.2.7, overfor kreditorene, selv uten at overlevering har funnet sted. *Brækhus* utformet unntaket fra fysisk overlevering, som senere har fått tilnavnet interesselæren, slik: «Kort – men noe unøyaktig – kan dette også uttrykkes slik at kjøperen er beskyttet [mot selgerens kreditorer] dersom selgeren sitter med gjenstanden i hans [kjøperens] interesse» (mine innskudd).¹⁹⁸

Selv om interesselæren aldri har fått tilslutning i noen autoritative rettskilder, har den heller aldri blitt avkreftet. Læren har vært så mye omtalt i teorien at den ikke kan overses. Det kan derfor ikke utelukkes at Høyesterett vil anvende læren dersom saksforholdene ligger til rette for det.

4.2 Fremvekst

Når interesselæren blir omtalt i dag, er det redegjørelsen til *Sjur Brækhus* og *Axel Hærem* i boken «Norsk tingsrett» som blir trukket frem. *Brækhus*' interesselære kom imidlertid ikke til uten inspirasjonskilder. Læren synes for eksempel å være inspirert av *Herman Scheels* konstruksjon om aktuell og eventuell eiendomsrett, jfr. denne avhandlings punkt 3.4.1 og 3.4.2, noe *Brækhus* erkjente.¹⁹⁹ *Brækhus*' interesselære er imidlertid tilpasset et funksjonelt eiendomsbegrep, mens *Scheels* lære passer bedre inn i en substansiell forståelse av eiendomsbegrepet, jfr. punkt 3.2 ovenfor. Etter at *Brækhus* og *Hærem* lanserte interesselæren, er det flere teoretikere som har gitt sin støtte til læren. Noen har også stilt seg kritisk til interesselæren.²⁰⁰

4.3 Innhold

Utgangspunktet for *Brækhus* er klart: Den som forskuddsbetaler for eiendomsrett i en gjenstand, «yder faktisk selgeren kreditt.»²⁰¹ *Brækhus* synes å bruke ordet kreditt som et synonym for lån, jfr. formuleringen «[...] er det ikke stor forskjell på en forskuddsbetaling og et almindelig lån.»²⁰² Ettersom forskuddsbetalende kjøper ikke har noen sikkerhet for motytelsen, skal han som utgangspunkt ikke stilles bedre enn andre usikrede kreditorer som har ytt selgeren et lån. En forskuddsbetaling kan imidlertid ha varierende grad av kredittpreg.

¹⁹⁸ *Brækhus/Hærem: Norsk tingsrett*, 1964, s. 513

¹⁹⁹ *Scheel: Forelæsninger over norsk tingsrett, Kristiania* 1912, s. 336-359 (se især 346-350)

²⁰⁰ Se Odd-Terje Gangstø Elde: *Næringsdrivende kjøpers separatistrett til forskuddsbetalt løsøre ved selgerens konkurs*, s. 37-38, Skriftserie (Universitetet i Tromsø. Det juridiske fakultet) – (bind-/heftenr. 65)

²⁰¹ *Brækhus/Hærem: Norsk tingsrett*, 1964, s. 508

²⁰² *Brækhus/Hærem: Op. cit.* s. 508

Brækhus vurderer derfor begrunnelsen for at salgsgjenstanden ikke blir utlevert ved betaling. I tilfeller hvor forskuddsbetaling ikke skyldes kredittformål, åpner *Brækhus* for å verne forskuddsbetalende kjøpers erverv mot selgerens kreditorer.²⁰³

Kredittmomentet vil, i følge *Brækhus*, være fraværende i de tilfellene hvor gjenstanden forblir hos selgeren i kjøpers interesse etter at kjøpesummen er betalt.²⁰⁴ Med «kjøpers interesse» forstår *Brækhus* at selger har oppfylt sin del av avtalen mellom partene og at det utelukkende beror på kjøper når overlevering skal skje.²⁰⁵ Selgeren har oppfylt sin del av salgsavtalen ved å stille salgsgjenstanden til kjøpers disposisjon. Når selgeren blir sittende med salgsgjenstanden etter at den er stilt til kjøpers disposisjon, «skyldes [dette] en villighet fra [selgers] side overfor kjøperen [mine innskudd]».²⁰⁶ I disse tilfellene mener *Brækhus* at det ikke kan kreves at selgeren må vente på betaling «til kjøperen finner det for godt å hente gjenstnaden».²⁰⁷ Dersom kjøper forskuddsbetaler i disse tilfellene, bør kjøpers erverv være vernet mot kreditorene siden «[f]orskuddsbetalingen minner lite om vanlig kreditt».²⁰⁸ Dette har i senere tid blitt omtalt som interesselæren.²⁰⁹

Dersom kjøperen forskuddsbetaler en gjenstand som ikke er leveringsklar eller selgeren er interessert i å beholde salgsgjenstanden etter betaling, mener *Brækhus* betaling bærer preg av å være en kredittytelse.²¹⁰ I disse tilfellene mottar selgeren kjøpesummen uten å måtte prestere motytelsen. Videre har ikke selger krav på betaling uten å stille salgsgjenstanden til kjøpers disposisjon, med mindre annet er avtalt, jfr. kjøpsloven²¹¹ (kjl.) § 49 første ledd og § 3, samt forbrukerkjøpsloven²¹² (fkjl.) § 38 annet ledd. Når forskuddsbetaling ikke medfører noen plikt for selger til å prestere motytelsen og selger ikke har krav på betaling, er det nærliggende å anse forskuddsbetalingen som en kredittytelse. I disse tilfellene mener dermed *Brækhus* det ikke er grunn til å skille kjøperen fra andre usikrede kreditorer som har ytt selgeren kreditt.²¹³

²⁰³ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 508-509

²⁰⁴ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 509

²⁰⁵ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 509 og 513

²⁰⁶ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 509

²⁰⁷ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 509

²⁰⁸ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 509

²⁰⁹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 726

²¹⁰ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 508

²¹¹ Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp

²¹² Lov 21 juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

²¹³ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 508

I følge *Brækhus* kommer tilfellet hvor gjenstanden er ferdig til levering ved betaling, men skal transporteres av selger, i en mellomstilling.²¹⁴ Dersom partene avtaler at selger skal stå for transport av salgsgjenstanden, er det to måter å tolke dette på. Den første tolkningen er at transporten er en del av selgers hovedytelse. Følgelig vil ikke selger ha oppfylt sin forpliktelse overfor kjøper før han er ferdig med transporten og har dermed ikke krav på betaling før den er foretatt, jfr. kjl. § 49 første ledd.

Den andre måten å tolke en transportavtale mellom selger og kjøper på er at transportavtalen er en adskilt ytelse fra selgers side som står på siden av kjøpsavtalen. Dette innebærer at selger oppfylder kjøpsavtalen når salgsgjenstanden stilles til kjøpers disposisjon, mens transportavtalen er oppfylt når transporten av salgsgjenstanden er utført. For disse tilfellene vil selger ha krav på betaling for salgssavtalen når salgsgjenstanden stilles til kjøpers disposisjon.

Brækhus hevder transport må regnes som ekstratjenester fra selgerens side.²¹⁵ Dette begrunner han med at det er like vanlig at kjøper henter gjenstanden selv som at selger står for transport. Videre tar selger seg ofte ekstra betalt for transporten. Dersom det forskuddsbetales før transport, kan interesselæren komme til anvendelse dersom salgsgjenstanden er overleveringsklar ved betalingstidspunktet.²¹⁶

De samme betraktningene som gjør seg gjeldene for transportavtaler mellom kjøper og selger vil også, i følge *Brækhus*, gjøre seg gjeldende når salgsgjenstanden står hos selger i påvente av ekstraytelser.²¹⁷ Som eksempel bruker *Brækhus* at en bil skal påmonteres ekstra utstyr.²¹⁸ Dette innebærer at dersom kjøper vil gjøre mindre modifikasjoner på kjøpsgjenstanden, kan interesselæren komme til anvendelse dersom kjøper forskuddsbetaler.

I noen tilfeller kan imidlertid en tilleggsytelse ha et så stort omfang at det ikke lenger er riktig å tale om en ekstraytelse, men snarere en ikke leveringsklar salgsgjenstand.²¹⁹ Konsekvensen av å trekke dette skillet er at kjøper vil være vernet mot selgers kreditorer dersom han forskuddsbetaler for ekstraytelsen, men vil derimot ikke være vernet mot kreditorene dersom

²¹⁴ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 509

²¹⁵ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 509

²¹⁶ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 509

²¹⁷ *Brækhus/Hærem*: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 509-510

²¹⁸ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 510

²¹⁹ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 510 og *Falkanger/Falkanger*: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728

han forskuddsbetaler for en ikke leveringsklar gjenstand, jfr. LF-2010-133423. Eksempelvis kan en handikappet person kjøpe en ferdigprodusert bil, men ha behov for å få den ombygget og spesialtilpasset sitt handikapp. Dersom bilen forskuddsbetales før spesialtilpasningene er foretatt, kan det drøftes hvorvidt tilpasningene er å anse som en tilleggsytelse eller en del av hovedytelsen, ettersom kostnadene og tidsforbruket tilknyttet spesialtilpasningen kan overstige prisen på selve bilen. Hvordan det nærmere skillet mellom ekstraytelse og del av hovedytelsen skal trekkes, sier ikke *Brækhus* noe om. En tolkning av avtalen vil sannsynligvis være avgjørende for dette spørsmålet. Trolig må kostnadene og tidsforbruket tilknyttet ekstraytelsen vurderes opp mot den opprinnelige avtalens forutsetninger.

4.3.1 Individualisering

For at rettsvern skal kunne etableres i løse gjennom interesselæren, mener *Brækhus* videre at det er et tilleggsvilkår for genuskjøp, jfr. punkt 1.2.8 ovenfor: Genusytelser må være individualisert, jfr. punkt 3.4.2.²²⁰ Individualisering har vært forstått som at genusytelser må være utskilte til fordel for den enkelte kjøper. Har kjøperen for eksempel kjøpt et parti hvete på 10 kg, må 10 kg hvete være utskilt fra resten av selgerens hvetebeholdning til fordel for kjøper. Kravet til individualisering gjør seg kun gjeldende mens salgsobjektet står hos selgeren. Ved overlevering vil individualisering skje i og med overleveringen.²²¹ Den nærmere grensen for individualiseringen har vært diskutert i teorien. Bla. er spørsmålet om hvor nøye individualiseringen må være foretatt og om individualiseringen kan foretas ensidig fra selgers side.²²²

Hovedsynspunktet i teorien synes å være at individualiseringen må være tydelig og «normal» på bakgrunn av kontraktstypen og selgerens praksis.²²³ Hva som mer nøyaktig skal kreves av individualisering, må vurderes i hvert enkelt tilfelle.²²⁴ Noen generelle retningslinjer har imidlertid blitt trukket frem i teorien.

For det første bør individualiseringen være så nøyaktig og tydelig som mulig. Dette innebærer at det skal være tydelig hvem som er kjøper av de utskilte varene og hvor stor mengde av de

²²⁰ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 513

²²¹ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 513

²²² Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 514-517, Falkanger/Falkanger: *Norsk tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 727-728 og Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 196-197

²²³ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 516

²²⁴ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 514 (petit)

utskilte varene som tilhører kjøper.²²⁵ Individualiseringen bidrar til å gjøre det enkelt å etterprøve hvem som har kjøpt gjenstandene og nøyaktig hva som er kjøpt. Dette styrker dermed disposisjonens notoritet. Det vil videre være mulig å skaffe seg innsikt i disposisjonen gjennom å se på varelageret til selger hva som er utskilt. Publisiteten blir dermed også styrket av individualiseringskravet.

Hensynet til notoritet og publisitet må imidlertid balanseres opp mot en praktisk gjennomførbar regel. Dersom det er upraktisk og vanskelig for selger å utskille den nøyaktige mengden kjøper har ervervet, kan ikke kravet til individualisering være så strengt at det ikke er praktisk mulig å tilfredsstille det. Rettspraksis viser også at kravet til individualisering ikke har vært praktisert så strengt. I Rt. 1909 s. 734 hadde en tømmerhugger markert tømmeret med kjøpers merkeøks. Ettersom tømmerhuggeren ikke kunne levere til avtalt tidspunkt, inngikk tømmerhuggeren og kjøper en avtale om at et forskuddsbetalt beløp på 2500 kr skulle dekkes gjennom det foreløpig ferdighuggede tømmeret. Selv om det var litt uoverensstemmelse mellom det beskrevne antall tømmer og det faktiske antallet, kom Høyesterett til at tømmeret var tilstrekkelig individualisert gjennom markeringen med markeringsøksen og omtrentlig beskrivelse av tømmerbeholdningen.

I Rt. 1912 s. 263, jfr. punkt 3.4.2 ovenfor, lå det 135,5 tonn med stålavfall i haugen hos selgeren da kjøperen skulle hente jernskrapet. Ca. 94 tonn var avtalt solgt mens resten hadde blitt tilført haugen etter kjøpsavtalen var inngått. Selv om haugen hadde vokst etter betaling, kom Høyesterett til at jernskrapet var tilstrekkelig individualisert.

Som dommene ovenfor viser, har kravet til individualisering ikke vært tolket så strengt at nøyaktig oppmåling må foretas for å være vernet mot selgers kreditorer. Hensynet til publisitet og notoritet avveies dermed med hva som er praktisk gjennomførbart. *Brækhus* oppsummerer dette slik: «På grunnlag av disse dommer må man kunne si at hvor en nøyaktig opp[m]åling av det solgte kvantum er praktisk ugjørilig eller uhensiktsmessig, er det tilstrekkelig med utskillelse av en omtrentlig mengde.»²²⁶

Selv om Høyesterett ikke drøfter individualiseringskravet inngående i Rt. 1912 s. 263, impliserer domsresultatet at dersom en gyldig utskillelse først har funnet sted, vil ikke en

²²⁵ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 514

²²⁶ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 515

etterfølgende sammenblanding av de utskilte varene og andre varer som utgangspunkt få betydning for kjøpers vern overfor kreditorene. Situasjonen i denne saken var imidlertid spesiell. Partene hadde avtalt at 94 tonn jernskrap skulle individualiseres. Sammenblandingen skjedde som følge av en feil fra selgers side. I tillegg ble det avtalt at erververen skulle kjøpe det jernskrapet som overgikk de 94 tonnene. Det er derfor tvilsomt om dommen gir uttrykk for at sammenblanding etter gyldig utskillelse er uten betydning, slik *Brækhus* synes å hevde.²²⁷

Det er videre antatt at individualiseringen kan skje ensidig fra selger, uten at det kreves noen aktiv deltakelse eller notifikasjon til kjøper, såfremt individualiseringen ikke virker forfordelende overfor kreditorene.²²⁸ Kjøpers medvirkning vil selger uansett oppnå. Et krav til kjøpers medvirkning vil dermed være tilnærmet meningsløst. Dersom selger utskiller gjenstander til fordel for en enkelt kjøper med det formål å unndra gjenstander fra et eventuelt kreditorbeslag, må individualiseringen underkjennes. Bevisst favorisering blant kreditorene fra selgers side kan ikke aksepteres, uavhengig av om dette skjer med eller uten samtykke fra en enkelt kjøper. Dersom selger kunne disponere til fordel for én enkelt kreditor på bekostning av de andre, ville ikke kreditorene blitt likebehandlet.

Selv om individualiseringsnormen er vag og innbyr til skjønnsmessige vurderinger, lar det seg vanskelig utforme en norm som ikke er skjønnsmessig og samtidig tar hensyn til de spesielle forholdene for hvert produkt som kan være gjenstand for individualisering. Som et kompromiss må det dermed, etter min mening, godtas at hovedretningslinjen for individualisering er om individualiseringen er normal satt opp mot selgers tidligere praksis og kontraktsforholdets egenart.²²⁹

4.3.2 Alternativ tolkning av interesselæren

Odd-Terje Gangstø Elde fremmer i sin masteravhandling en alternativ måte å forstå *Brækhus'* interesselære på.²³⁰ På bakgrunn av de hensynene *Brækhus* bygger sitt standpunkt på, argumenterer *Elde* for at det må skilles mellom to ulike scenarier når det skal vurderes om rettsvern i løsøre er etablert gjennom interesselæren. *Brækhus* sier at en forutsetning for at

²²⁷ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 517

²²⁸ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 516-517 og Lilleholt: *Godtruervern og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 196-197

²²⁹ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 516

²³⁰ *Odd-Terje Gangstø Elde*: *Næringsdrivende kjøpers separatistrett til forskuddsbetalt løsøre ved selgerens konkurs*, Skriftserie (Universitetet i Tromsø. Det juridiske fakultet) – (bind-/heftenr. 65)

interesselæren kan anvendes, er at selgeren «kan og vil levere» og at selgeren «fullt ut har opptjent sitt krav.»²³¹ *Elde* tolker «fullt ut har opptjent sitt krav» dithen at dersom det er avtalt at betaling skal finne sted før oppfyllestidspunktet, oppnår ikke kjøperen rettsvern før overlevering har funnet sted. Her har partene avtalt seg vekk fra utgangspunktet om ytelse mot ytelse, jfr punkt 4.3 ovenfor. Kjøper har dermed sagt seg enig i å yte selger en kreditt. Skal kjøper ha sikkerhet for sin forskuddsbetaling, må han skaffe pant. Dersom kjøperen ikke har fått overlevert gjenstanden før selgers konkurs, kan han dermed ikke basere seg på interesselæren for å etablere vern mot selgers kreditorer.

Dersom partene ikke har avtalt forskuddsbetaling, og avtalt oppfyllestidspunkt har kommet, tolker *Elde* interesselæren slik at kjøper kan oppnå rettsvern for sitt erverv forutsatt at det utelukkende er forhold på kjøpers side som gjør at overlevering må utsettes.²³² Her vil hensynet til kjøper være det avgjørende. Dersom partene har avtalt at overlevering og betaling skal skje samtidig, men det viser seg senere at overlevering må utsettes på bakgrunn av forhold på kjøpers side, vil selgeren fortsatt ha krav på oppfyllelse til det avtalte tidspunkt, jfr. kjl. § 49 første ledd og fkjl. § 38 første ledd. I disse tilfellene kan kjøper bli stilt i en ubehagelig posisjon; kjøperen er pliktig til å betale, men må potensielt ta risikoen for at selger kan bli insolvent før overlevering har skjedd. For å gjøre det enklere for selger å få betaling til oppfyllestidspunktet og på bakgrunn av det svekkede kredittpreget som foreligger i disse tilfellene, mener *Elde* hensynet til riktig oppgjør og selger taler for at kjøper kan oppnå rettsvern i kjøpsgjensstanden overfor selgers kreditorer i disse tilfellene. På denne bakgrunn tolker *Elde* interesselæren dithen at kjøper oppnår rettsvern overfor selgerens kreditorer ved forskuddsbetaling i disse tilfellene dersom utsatt overlevering kun skyldes forhold på hans side.²³³ *Elde* kaller dette for «interesselæren i snever forstand».²³⁴ Dersom utsatt overlevering delvis skyldes forhold på selgers side, vil ikke kjøper ha etablert rettsvern, ettersom selgeren i disse tilfellene ikke «kan og vil levere».²³⁵

Jeg er enig med *Elde* i at hensynet til selger slår annerledes ut dersom det ikke er avtalt forskuddsbetaling, kontra dersom dette er gjort. *Elde* vil imidlertid la en avtale *inter partes* være avgjørende for forskuddsbetalende kjøpers rettsstilling overfor selgers kreditorer. En slik

²³¹ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 509

²³² Odd-Terje Gangstø Elde: *Næringsdrivende kjøpers separatistrett til forskuddsbetalt løsøre ved selgerens konkurs*, s. 15, Skriftserie (Universitetet i Tromsø. Det juridiske fakultet) – (bind-/heftenr. 65)

²³³ Elde: Op. cit. s. 15-16

²³⁴ Elde: Op. cit. s. 15

²³⁵ Elde: Op. cit. s. 15

tanke er fremmed og uheldig ved drøftelse av rettsvern, jfr. punkt 4.3.3 og 5.2.1 nedenfor. Avtalepartenes oppgjørsform er sannsynligvis ikke utformet med tanke på å regulere kjøpers forhold til kreditorene. Det fremstår som vilkårlig å la kjøpers rettsvern være avhengig av avtalt oppgjørsform. Hvilke avtaler partene har inngått for å regulere balansen i avtaleforholdet, burde ikke få betydning for forholdet til utenforstående kreditorer.

Eldes tolkning av interesselæren skiller seg videre noe fra det som er den alminnelige tolkningen av denne læren i teorien ellers, noe *Elde* selv påpeker.²³⁶ Interesselæren har tradisjonelt vært tolket slik at forskuddsbetalende kjøper er beskyttet når gjenstanden står hos selger i kjøpers interesse, uavhengig av om det er avtalt at kjøper skal forskuddsbetale eller ikke.²³⁷ Særlig trekkes det frem i teorien at forskuddsbetalingen ikke har et kredittformål dersom gjenstanden står hos selger i kjøpers interesse.²³⁸ Selv om partene avtaler forskuddsbetaling, vil ikke dette endre det faktum at forskuddsbetalingen ikke har et kredittformål dersom forskuddsbetaling utelukkende er i kjøpers interesse.

Når *Eldes* forståelse av interesselæren legges til grunn, umuliggjøres situasjoner hvor debitor omgår håndpantreglen. For å oppnå rettsvern for en panterett i løsøre som ikke kan realregistreres, kreves fysisk overlevering, jfr. pantel. § 3-2 annet ledd. Anvendes interesselæren i tilfeller hvor forskuddsbetaling avtales, kan partene også avtale at den forskuddsbetalte gjenstanden skal stå hos selger. Dersom avtalepartene også blir enige om å pretendere at gjenstanden står hos selger i kjøpers interesse, kan selgeren oppnå kreditt gjennom forskuddsbetalingen uten at salgsgjenstanden overleveres. Kjøper, eller kredittgiver i dette tilfellet, oppnår sikkerhet for sin kredittgivning uten overlevering gjennom å ha etablert rettsvern i salgsgjenstanden. I tilfeller hvor kjøper er med på å unndra midler fra selgerens kreditorer, f.eks. fordi kjøper er en nær venn av selgeren, er dermed faren til stede for at håndpantreglene omgås. Håndpantregelen i dekl. § 3-2 kan ikke omgås gjennom avtale om forskuddsbetaling dersom *Eldes* forståelse av interesselæren legges til grunn. På den annen side kan håndpantregelen fortsatt omgås ved at det ikke avtales forskuddsbetaling mellom partene. Ved betalingstidspunktet kan kjøper hevde at overtakelse av salgsgjenstanden ikke er mulig for ham, for deretter å betale kjøpesummen. På denne måten vil selger oppnå kreditt uten overlevering og kjøper får sikkerhet for kreditten i salgsgjenstanden.

²³⁶ Elde: Op. cit. s. 17

²³⁷ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, tredje utgave 1999, s. 194, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728, Andenæs: *Konkurs*, tredje utgave 2009, s. 264

På denne bakgrunn er jeg ikke enig med *Eldes* i at interesselæren ikke kan komme til anvendelse i tilfeller hvor forskuddsbetaling er avtalt. I det følgende kommer jeg derfor til å forholde meg til den alminnelige forståelsen av interesselæren, nemlig at den kan komme til anvendelse også i tilfeller hvor partene har avtalt at betaling skal skje forut for overlevering av salgsgjenstanden. *Eldes* avhandling vil uansett tillegges liten relevans og vekt som rettskilde. Videre er jeg uenig i *Eldes* forståelse av interesselæren, særlig på bakgrunn av den manglende drøftelsen av kredittmomentets betydning, og parallellen som trekkes mellom obligasjonsrettslige regler og kreditorvern.

4.3.3 Hvilken rolle spiller avtaler for etablering av rettsvern gjennom interesselæren?

Som vist ovenfor i punkt 3 har det lenge vært drøftet om rettsvern kan etableres gjennom avtale alene. Som konklusjonen i punkt 3 viste, er fysisk overlevering som utgangspunkt nødvendig for å etablere rettsvern for eiendomsrett i løsøre som ikke kan realregistreres. På bakgrunn av at overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern overfor tredjemenn, vil avtaler *inter partes* som utgangspunkt ikke binde kreditorene og deres prioritet i debtors gjenstander. Det kan imidlertid hevdes at det nettopp er dette som skjer gjennom interesselæren: Kreditorene må vike for debtors avtalepart på bakgrunn av en avtale mellom debitor og kjøper. Intuitivt kan det derfor synes uheldig å kunne tilside sette kravet til fysisk overlevering på bakgrunn av interesselæren.

Et vilkår for at interesselæren kan komme til anvendelse er at gjenstanden er leveringsklar og manglende overlevering beror på kjøperen. Disse vilkårene for anvendelsen av interesselæren er det ikke mulig for partene å avtale seg bort fra. Inngåelse av en avtale vil dermed ikke i seg selv etablere rettsvern. Det er derfor mest naturlig å anse interesselæren som et avgrenset unntak fra overleveringskravet. Dette kan imidlertid gå på bekostning av notoritet og publisitet. For det første vil det være vanskelig å kontrollere hva partene har avtalt seg imellom. Partene kan ha avtalt ordninger underhånden som har til formål å unndra gjenstander fra kreditorene, eksempelvis gjennom å avtale forskuddsbetaling for å omgå håndpantkravet. Avtalepartene er de nærmeste til å forklare seg om hvorfor overlevering ikke har skjedd, noe som gjør det vanskelig å avdekke slike illojale avtaleformål, jfr. punkt. 2.1 ovenfor. For det annet vil det være vanskelig for en utenforstående å få et innblikk i partenes disposisjon uten at avtalen kommer til uttrykk gjennom ytre handlinger (som f. eks. overlevering). Notoritet og publisitet blir dermed ikke godt ivaretatt gjennom interesselæren.

4.4 De lege lata

Selv om interesselæren ikke er omtalt i noen autoritative kilder, vil jeg i det følgende gå gjennom det foreliggende rettskildematerialet for å klarlegge interesselærens nærmere innhold og virkeområde etter gjeldende rett.

4.4.1 Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263

Ku- og jernskrapdommene blir av *Brækhus* trukket frem som dommer som stemmer overens med interesselæren.²³⁹ Under punkt 2.4.1 og 2.4.2 ovenfor har jeg gjennomgått dommene faktum. Dette blir derfor ikke gjentatt her.

Både Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 er skrevet lenge før interesselæren ble framsatt av *Brækhus*. Domspremissene synes i stor grad å bygge på *Herman Scheels* konstruksjon om aktuell- og eventuell eiendomsrett, jfr. punkt 3.4.1 og 3.4.2 ovenfor. Dette medfører at ingen av dommene tar stilling til interesselæren. *Brækhus* forsøker dermed gjennom sin analyse av ku- og jernskrapdommene å «fornye» dommene slik at de passer inn i en moderne forståelse av eiendomsbegrepet. *Brækhus* tolker dermed dommene etter prinsippet om konstruert *ratio decidendi*, jfr. punkt 3.5 ovenfor. En tolkning etter prinsippet om konstruert *ratio decidendi* har imidlertid ikke vært tillagt særlig rettskildemessig vekt i norsk rett.²⁴⁰ Likevel har det vært drøftet om *Brækhus*' tolkning av ku- og jernskrapdommene kan fungere som et rettslig grunnlag for interesselæren.²⁴¹

Problemet med å gi ku- og jernskrapdommene status som et rettslig grunnlag for interesselæren på bakgrunn av et konstruert *ratio decidendi* er åpenbart: Høyesterett tar ikke stilling til de samme rettslige spørsmålene som *Brækhus* drøfter. Dermed tillegges Høyesterett meninger om et rettslig spørsmål den ikke har uttalt seg om. I tillegg er både ku- og jernskrapdommene knapt begrunnet, noe som gjør det vanskelig å vite hvilke hensyn som blir vektlagt i dommene. Blant de tingene som synes å være vektlagt, var kjøpers rett til å råde over kjøpsgjensstandene som en eier. Slike argumenter vektlegges ikke når kreditorvern drøftes i dag. Her står hensynene til notoritet og publisitet sentralt, se punkt 2.2 ovenfor. *Brækhus*' analyse av ku- og jernskrapdommene medfører derfor at dommene neppe kan

²³⁹ *Brækhus/Hærem: Norsk tingsrett*, s.514, 1964

²⁴⁰ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004, s. 87 og 321

²⁴¹ Nygaard: *Op. cit.* s. 79-80

fungere som rettslig grunnlag for interesselæren. Læren må dermed baseres på andre rettskilder enn ku- og jernskrapdommen.

4.4.2 RG-1972-53

Dommen er gjennomgått under punkt 2.4.3 ovenfor. Faktum gjentas derfor ikke her. Som vist under punkt 2.4.3, gir enevoldgiftsdommer *Carsten Smith* sin støtte til interesselæren i flekkmassedommen. *Smith* uttaler blant annet på s. 67 i dommen at analysen til *Brækhus* av ku- og jernskrapdommene «gir jeg min tilslutning.»

På s. 67 i dommen uttales det at kjøper kan være vernet mot selgers kreditorer uten overlevering dersom kredittmomentet «ut fra en realbetraktning er svekket.»²⁴² Videre uttalte *Smith* at kjøper er vernet mot selgers kreditorer dersom «varen er stillet til kjøperens disposisjon eller det bare beror på ham selv når han skal få den [gjenstanden] i sin besittelse [mitt innskudd]». *Smith* vil dermed la det avgjørende være om gjenstanden er stilt til kjøpers disposisjon eller ikke. I den neste setningen anføres det imidlertid at hovedretningslinjen for å vurdere hvorvidt en gjenstand er stilt til kjøpers disposisjon, er om selgeren sitter med gjenstanden «i kjøperens og ikke i sin egen interesse.» Det er litt forvirrende å følge *Smith* på dette punktet: Er den avgjørende vurderingen om kredittmomentet er svekket, og/eller hvorvidt gjenstanden er stilt til kjøperens disposisjon? Og hvilken betydning har det at gjenstanden står hos selger i kjøpers interesse?

Under subsumsjonen uttaler *Smith* at det «bare [er] kjøperen, og ikke selgeren, som har ønsket utsettelse med levering.»²⁴³ Videre hevder han at det bare er kjøperen som har hatt interesse av å utsette overleveringen. Det synes dermed som om *Smith* mener det avgjørende for om rettsvern er etablert ved forskuddsbetaling, er om den forskuddsbetalte gjenstanden er stilt til kjøpers disposisjon, og at manglende overlevering utelukkende skyldes forhold på kjøpers side. For å avgjøre om den manglende overleveringen skyldes forhold på kjøpers side, kan formuleringen «i hvem sin interesse står gjenstanden hos selger» benyttes som en retningslinje.²⁴⁴ *Smith* synes dermed å gi sin fulle støtte til *Brækhus*' interesselære slik han utformet den, jfr. punkt 4.3 ovenfor.

²⁴² RG. 1972 s. 53 på s. 67

²⁴³ RG. 1972 s. 53 på s. 68

²⁴⁴ RG. 1972 s. 53 på s. 67

I forlengelsen av dette er det rimelig å anta at *Smith* mener det er en presumsjon for at kredittmomentet er svekket dersom gjenstanden er stilt til kjøpers disposisjon, og overlevering ikke har skjedd på bakgrunn av forhold på kjøpers side. Selv om *Smith* aldri sier dette direkte, fremgår dette implisitt ved at kredittmomentet er det første *Smith* trekker frem når han klarlegger det rettslige utgangspunktet. De andre momentene *Smith* går inn på, synes å komme som en forlengelse av kredittmomentet.

I RG-1972-53 var det avtalt mellom partene at det ikke skulle fastsettes noe leveringstidspunkt, men at overlevering skulle skje så snart kjøperen varslet at de ønsket å få overlevert flekkmassene. Selger skulle da få «8-10 dagers varsel» for å klargjøre overleveringen. Selv om dette ikke ble problematisert av *Smith*, impliserer standpunktet han inntok i dommen at interesselæren kan komme til anvendelse i tilfeller hvor overlevering ikke kan foretas umiddelbart etter at kjøper krever det. Interesselæren kan med andre ord anvendes også i tilfeller hvor løsøregjenstanden må klargjøres før overlevering kan finne sted. Dette synes å være et rimelig standpunkt. Det ville virke vilkårlig om interesselæren ikke kunne komme til anvendelse for denne typen løsøre. Det avgjørende for etableringen av rettsvern bør derfor ikke være hvilken type løsøre rettsvern skal gjelde for, men om kredittmomentet ved forskuddsbetalingen er fremtredende eller ikke.

Selv om en voldgiftsdom har en svært begrenset vekt som rettskilde, jfr. oppgavens punkt 1.3, gir en så entydig støtte til interesselæren en klar indikasjon på posisjonen læren har i norsk rett. I tillegg er voldgiftsdommeren i saken, *Carsten Smith*, en svært anerkjent jurist som senere var høyesterettsjustitiarius i over 10 år. Selv om det burde utvises forsiktighet med å tillegge uttalelser ekstra vekt basert på navn og ry, er det ikke uten betydning at *Smith* gir interesselæren en så sterk støtte. På den annen side er flekkmassedommen over 40 år gammel. Det kan svekke dens betydning som rettskilde dersom dommens premisser fremstår som utdatert. Argumentasjonen til *Smith* fremstår imidlertid ennå som aktuell og blir ofte henvist til i teorien.²⁴⁵

4.4.3 LF-2010-133423

Sakens faktum er gjennomgått ovenfor i punkt 2.4.4 og vil derfor ikke gjentas her.

²⁴⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 727, Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 264 (fotnote 62) og Lilleholt: *Allmenn formuesrett*, 2012, s. 289 (fotnote 639)

Lagmannsretten kom til et annet resultat enn tingretten. I tingretten ble restaureringen av «Sarnico Spider-43» ansett som et mindre tilleggsarbeid gjort i forbindelse med lagring av båten til våren. Tingretten hadde dermed anledning til å vurdere interesselæren ettersom hovedytelsen – som var selve båten – var stilt til kjøpers disposisjon. Lagmannsretten konkluderte imidlertid med at restaureringen var en vesentlig del av hovedytelsen. På grunn av dette var ikke båten leveringsklar ved selgers konkurs. På denne bakgrunn kom «[i]ngen unntak fra overleveringskravet [...] til anvendelse.»²⁴⁶ Retten hadde derfor ikke «foranledning til å gå nærmere inn på de subsidiære påstandsgrunnlag gjennom interesselæren».²⁴⁷ Lagmannsretten uttrykte dermed at båten ikke var stilt til kjøpers disposisjon som følge av at den ikke var leveringsklar.

Ettersom forholdene ikke lå til rette for å vurdere interesselæren i dommen, hverken utelukker eller bekrefter LF-2010-133423 interesselæren som gjeldende rett. Det er dermed ikke mulig å trekke noen sikre konklusjoner fra dommen. Dommen viser imidlertid at omfattende oppussingsarbeid kan være å anse som noe mer enn bare en ekstraytelse, jfr. punkt 4.3 ovenfor. For at restaureringen skulle være å anse som en ekstraytelse, var det i følge retten avgjørende «at selger er klar til å levere, men at kjøper ønsker tillegg eller tilpasninger.»²⁴⁸ Det var ennå et stort restaureringsarbeid igjen da selgers konkurs inntrådte. Følgelig kunne ikke båten leveres «ferdig pusset», slik avtalen forutsatte. Videre vektla lagmannsretten at restaureringsarbeidet medførte «høye kostnader og omfattende arbeid.»²⁴⁹

Det nærmere omfanget av oppussingsarbeidet og kostnadene som var knyttet til dette, undersøkte ikke kjøper nærmere. Oppussingsarbeidet var noe selger skulle ordne. Implisitt i dette ligger at kjøper må ta risikoen for at ekstraarbeidet av uvisst omfang kan vise seg å bli så omfattende at de er å anse som en del av hovedytelsen. Kjøper kan dermed ikke basere seg på interesselæren dersom det viser seg at ekstraarbeidet blir så stort at det er å regne som en del av hovedytelsen, uavhengig av hva kjøper positivt vet. Det vil være et vilkårlig resultat om den oppmerksomme kjøperen blir straffet for å klarlegge omfanget av ekstraarbeidet, mens den passive kjøper belønnes for å unnlate å undersøke ekstraarbeidets omfang nærmere. I tillegg vil det ikke være urimelig å be om at kjøper undersøker omfanget av ytelsen han betaler for, før oppgjøret.

²⁴⁶ LF-2010-133423, avsnitt 47

²⁴⁷ LF-2010-133423, avsnitt 53

²⁴⁸ LF-2010-133423, avsnitt 20

²⁴⁹ LF-2010-133423, avsnitt 39

4.4.4 Teori

Mange teoretikere har kommentert *Brækhus*' interesselære etter at den ble fremsatt i Norsk tingsrett. De fleste teoretikere synes å være samstemte i at fysisk overlevering ikke kan gjelde som et absolutt rettsvernkrav. Det nærmere innhold i læren og om den skal anses som gjeldende rett, er det uenighet om.

Kåre Lilleholt støtter i all hovedsak opp under *Brækhus*' interesselære. Han uttaler blant annet at: «Videre bør ervervaren ha vern utan overlevering der kredittmomentet vantar, dvs. i dei tilfella der tingen framleis er hos avhendaren fordi det ikkje har passa ervervaren å ta imot, eller fordi ervervaren vil ha utført tilleggsarbeid på tingen osv. (jf. den refererte interesselæra i *Brækhus/Hærem*».²⁵⁰ Om *Lilleholt* mener interesselæren er å anse som gjeldende rett (*de lege lata*), eller om interesselæren bør være gjeldende rett (*de lege ferenda*), er vanskelig å si. Ordet «bør» kan tilsi at han drøfter interesselæren *de lege ferenda*, men uttalelsen kommer etter at han uttaler at dette hevdes «[p]å bakgrunn av rettspraksis, den rettsoppfatninga som teorien har lagt grunnlag for, og med stønad i reelle omsyn».²⁵¹ Det må dermed være grunnlag for å anta at *Lilleholt* hevder interesselæren som gjeldende rett. Dette synes også å være i samsvar med *Lilleholts* nyeste fremstilling, hvor han uttrykker at hovedregelen er fysisk overlevering, «men at ein opnar for unntak mellom anna der tingen er stilt til disposisjon for kjøparen, eller der tingen blir verande hos seljar for tilleggsarbeid og liknande.»²⁵²

Falkanger og *Falkanger* har hevdet at interesselæren er «et alminnelig akseptert ikke-lovfestet unntak fra overleveringsvilkåret».²⁵³ Ettersom det ikke foreligger noen autoritative kilder som støtter interesselæren, og praksis på området er sparsommelig, er det grunn til å stille seg tvilende til om interesselæren kan anses som «alminnelig akseptert». Det synes som om *Falkanger* og *Falkanger* har moderert seg litt i senere tid. I den nyeste utgaven av «Tingsrett» uttaler de at «det [er] antatt at den såkalte «interesselæren» innebærer et unntak [mitt innskudd]» fra fysisk overlevering.²⁵⁴

²⁵⁰ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 194,

²⁵¹ Lilleholt: Op. cit. s. 194

²⁵² Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 291

²⁵³ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 6. utgave 2007, s. 624

²⁵⁴ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 726

Mads Henry Andenæs hevder i boken «Konkurs» at «kjøperen [har] etter vanlig oppfatning rettsvern uten overlevering, hvis selgeren beholder salgsgjenstanden «i kjøpers interesse».²⁵⁵ Med kjøpers interesse forstår *Andenæs* «at selgeren er klar til levering, og at levering utsettes på grunn av kjøperens forhold.»²⁵⁶ Det er vanskelig å forstå *Andenæs*' uttalelse som noe annet enn en entydig støtte til interesselæren som gjeldende rett. I avsnittet før han nevner interesselæren sier han imidlertid: «Det kan nok tenkes at Høyesterett vil se med skepsis på enkelte av de unntak fra overleveringsprinsippet som har vært oppstilt i rettslitteraturen.»²⁵⁷ *Andenæs* presiserer aldri hvilke av unntakene til overleveringsprinsippet som Høyesterett vil se med skepsis på. Det er imidlertid lite trolig at *Andenæs* sikter til interesselæren i den sammenheng, jfr. formuleringen «vanlig oppfatning».

Berg er todelt i sitt syn på interesselæren. Han hevder på den ene side at «[r]ettsgrunnlaget for læra er svakt»,²⁵⁸ men at læren på den annen side får legitimitet gjennom «at ho har fått [sic] overveldande støtte i teori og er allment akseptert: Samstemt teori kan i seg sjølv vera ei meir eller mindre tung rettskjelde.»²⁵⁹ Frem til interesselæren og dens nærmere innhold klarlegges av en høyesterettsdom, er det vanskelig å vite om Høyesterett vil føle seg bundet av den eventuelle aksepten læren har fått i teorien. Selv om *Berg* ikke er entydig, tyder det siste sitatet på at *Berg* gir sin støtte til interesselæren og at den må gjelde *de lege lata* på bakgrunn av støtten den har fått i teorien.

I *Gangstø Eldes* avhandling presenteres en alternativ måte å tolke *Brækhus*' interesselære, jfr. avhandlingens punkt 3.4.1. Han konkluderer imidlertid senere i avhandlingen med at et ubetinget krav til fysisk overlevering må gjelde, uten åpning for noen unntak.²⁶⁰ *Elde* begrunner dette med at usikrede kreditorer burde stilles likt ved en eventuell konkurs. Videre vil et overleveringskrav uten unntak gi en retts teknisk enkel regel som bidrar til å forenkle de rettslige vurderingene. I tillegg vil omgåelse av pantereglene før konkurs umuliggjøres. Videre vil et overleveringskrav forhindre illojale underhåndsavtaler etter konkursåpningen.

²⁵⁵ *Andenæs: Konkurs*, s. 264

²⁵⁶ *Andenæs: Op. cit.* s. 264

²⁵⁷ *Andenæs: Op. cit.* s. 264

²⁵⁸ *Berg: Rettsvern for lausøyrekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 14, *Jussens Venner* 1999 s. 1

²⁵⁹ *Berg: Op.cit.* s. 15

²⁶⁰ *Elde: Næringsdrivende kjøpers separatistrett til forskuddsbetalt løseøre ved selgerens konkurs*, Skriftserie (Universitetet i Tromsø. Det juridiske fakultet) – (bind-/heftenr. 65), s. 62-63. Se også s. 37-38.

Elde ser ingen avgjørende argumenter som taler for å gjøre unntak fra kravet til fysisk overlevering. Kjøper burde skaffe seg sikkerhet dersom han velger å forskuddsbetale. Videre hevder han at forskuddsbetaling ikke er noen vanlig finansieringsform, og dersom det forskuddsbetales, har betalingen oftest kredittpreg. I de tilfellene en forskuddsbetaling ikke har et kredittformål, vil beskyttelse av kjøpers erverv slå negativt ut for konkursboet. Dette medfører at rettsvernsreglenes materielle formål – å beskytte kreditorene – svekkes. *Elde* mener derfor rimelighetsvurderinger ikke taler for å oppstille noen unntak fra kravet til fysisk overlevering. Han mener videre at teorien ikke tar «tilstrekkelig hensyn til behovet for notoritet og retts teknisk enkle regler.»²⁶¹ Teorien kan derfor heller ikke være avgjørende når rettsvernskravet oppstilles.

Det er rimeligere å forvente at en som er næringsdrivende, i større grad enn en forbruker sørger for å skaffe seg sikkerhet for et forskuddsbetalt beløp. Næringsdrivende har jevnt over mer kunnskap om markedet enn en forbruker, og burde ha større kjennskap til de risiki en forskuddsbetaling uten pantesikkerhet medfører. Ettersom *Elde* skriver om næringsdrivende kjøpers separatistrett ved forskuddsbetaling, er det forståelig at han mener kjøper bør ta risikoen for selgers konkurs dersom det forskuddsbetales uten sikkerhet. Hvilke regler som skal gjelde for forbruker, sier *Elde* ingenting om. Spørsmålet som melder seg er om det er grunnlag for å operere med et eget unntak fra overleveringskravet i forbrukerkjøpstilfeller, eller om det må være sammenfall mellom reglene for forbrukerkjøp og næringskjøp?

4.4.5 Forbrukerunntak

Det har vært drøftet i teorien om det bør åpnes for et eget unntak fra overleveringskravet ved forbrukerkjøp fra yrkesselger.²⁶² Her befinner vi oss dermed utenfor interesselærens anvendelsesområde og i et særegent unntak fra overleveringskravet. Det vises til at faren for kreditorsvik jevnt over er liten i disse kjøpsavtalene.²⁶³ Oftest vil avtaler som inngås i forbrukerkjøp være reelle avtaler, uten den hensikt å unndra midler fra kreditorene. Det vil generelt være vanskelig for en selger å få en forbruker med på å inngå fiktive avtaler eller antedatere avtaler for å unndra midler fra kreditorene. Dersom forbrukeren er en kjenning av debitor, kan det imidlertid i større grad være en mulighet for at fiktive avtaler inngås for å

²⁶¹ Elde: Op. cit. s. 63

²⁶² Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 293-294 og Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 24, Jussens Venner 1999 s. 1

²⁶³ Lilleholt: Op. cit. s. 293

unndra gjenstander fra kreditorbeslag. Det kan derfor være en mulighet for at kreditorskadelige disposisjoner kan foretas ved forbrukerkjøp.

Dessuten vil et forbrukerkjøp ofte, men ikke alltid, innebære relativt små verdier.²⁶⁴ Faren for at de store verdiene blir unndratt et kreditorbeslag, er dermed forholdsvis liten. Det kan imidlertid ikke utelukkes at avtalte overdragelser kan ha en betydelig verdi i forbrukerkjøpsforhold ettersom forbrukerkjøp defineres ut fra hvem som er parter i avtalen og ikke verdien av disposisjonen. F. eks. kan bilsalg være av betydelig verdi. Faren for at store verdier kan bli unndratt fra et kreditorbeslag er dermed tilstede.

Det kan videre nevnes at det i de senere år har vært et generelt fokus i norsk rett på styrking av forbrukerens stilling.²⁶⁵ Dette kan eksemplifiseres gjennom forbrukerkjøpsloven og avtaleloven²⁶⁶ (avtl.) § 36. Disse reglene er imidlertid laget for å balansere styrkeforholdet mellom avtalepartene i et kontraktsforhold. Ved prioritetskonflikter mellom to kreditorer er det andre hensyn som vektlegges, nemlig notoritet og publisitet. Det er en fremmed tanke å trekke partenes styrkeforhold inn i rettsvernsdrøftelser. Oftest vil alle kreditorer være i samme båt; alle vil ha utestående krav som de vil ha dekket. Det synes dermed ikke naturlig å overføre et særskilt forbrukervern i kontraktsforhold til prioritetskonflikter mellom debtors kreditorer.²⁶⁷

Det kan også drøftes om det vil være i tråd med rettstekniske hensyn å oppstille en rettsvernsregel som er forskjellig avhengig av om kjøperen er næringsdrivende eller forbruker. Her oppstår det et problem. Dersom rettsvernsreglene skal være forskjellig for forbruker og næringsdrivende, må det i fall trekkes en grense mellom forbrukerkjøp og næringskjøp. Dersom grensen først trekkes, oppstår nok et problem; en grense mellom forbrukerkjøp og næringskjøp må nødvendigvis trekkes på bakgrunn av en skjønnsmessig vurdering. Hensynet til en rettsteknisk enkel regel taler dermed for at det ikke bør åpnes for et eget unntak fra overleveringskravet ved forbrukerkjøp. På denne bakgrunn synes det ikke å

²⁶⁴ Lilleholt: Op. cit. s. 293 og Berg: Op. cit. s. 24

²⁶⁵ Berg: Op. cit. s. 24

²⁶⁶ Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

²⁶⁷ Berg: Op. cit. s. 24

være åpning for et eget unntak fra overleveringskravet i tilfeller hvor forbruker kjøper av næringsdrivende selger.²⁶⁸

4.4.6 Hensyn

Selv om Høyesterett tidligere har stilt seg avvisende til å legge inn skjønnspregede unntak i lovfestede rettsvernsregler, jfr. punkt 2.2 ovenfor, kan en ulovfestet overleveringsnorm uten unntak få urimelige konsekvenser for kjøper. Høyesteretts tidligere uttalelser om lovfestede rettsvernsregler har heller ikke direkte overføringsverdi til ulovfestede rettsvernsregler, jfr. punkt 2.2.4 ovenfor. Det er imidlertid viktig å ha Høyesteretts restriktive holdning og begrunnelsen for denne holdningen klart for seg når rettsvernsregler på ulovfestet grunnlag drøftes. Åpnes det for vidtrekkende unntak fra en klar hovedregel, vil en av de viktigste funksjonene til rettsvern bli undergravd, nemlig «å unngå usikkerhet og tvister.»²⁶⁹

Det fremheves av *Brækhus* at en forskuddsbetaling minner lite om kreditt i de tilfellene interesselæren kan komme til anvendelse. En forklaring på dette kan søkes i obligasjonsrettslige regler. Hvis selger har stilt kjøpsgjensstanden til erververs rådighet, har han – dersom annet ikke er avtalt – krav på betaling av erververen, jfr. kjl. § 49 første ledd og § 3. Dette er et utslag av det obligasjonsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse; begge parter skal som utgangspunkt presentere sine ytelser samtidig.²⁷⁰ Kjøper har videre en plikt til å overta tingen til fastsatt tid, jfr. kjl. § 50 litra b. I ytterste konsekvens kan manglende overtakelse fra kjøpers side medføre at selger kan heve kjøpet, jfr. kjl. §§ 51 annet ledd og 55. At selger sitter med gjenstanden på vegne av kjøperen i tilfeller hvor kjøper har betalt og manglende overlevering beror på kjøper, kan derfor ses på som en tjeneste fra selgerens side, snarere enn en kredittytelse fra kjøperen.²⁷¹

På den annen side kan erververen til enhver tid hente gjenstanden hos selger dersom interesselæren er aktuell å anvende. Det er mulig å hevde at forskuddsbetalende kjøper som lar en gjenstand stå hos selgeren i sin egen interesse, aksepterer muligheten for at selgeren kan gå konkurs eller disponere over kjøpsgjensstanden til fordel for en annen før han henter gjenstanden. Det er imidlertid lite trolig at en kjøper vil ha noe særlig innsyn i selgers

²⁶⁸ Se også Hans Fredrik Marthinussen: *Kåre Lilleholt: Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode* (bokanmeldelse), Lov og Rett 2013, nr. 4 s. 317-319, s. 319

²⁶⁹ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054

²⁷⁰ Hov: *Avtalebrudd og partsskifte*, 3. utgave 2007, s. 65-66

²⁷¹ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 509

økonomi. Dersom en kjøper har forskuddsbetalt for en gjenstand, er det rimelig å anta at betalingen danner visse forventninger hos kjøper. De fleste kjøpere – og da særlig forbrukere – vil antakeligvis ikke ha et bevisst forhold til eventuelle rettsvernskonflikter som kan oppstå ved forskuddsbetaling. De fleste erververe vil sannsynligvis tro at «alt er i orden» med ervervet allerede ved forskuddsbetalingen. Faren for selgers konkurs kan være en fjern tanke for kjøperen.

Pantel. § 3-11 gir næringsdrivende anledning til å underpantsette hele sitt varelager i næringsvirksomhet. Pantsetter kan imidlertid fortsatt råde over det pantsatte varelageret. Rettsvern for panteretten i varelageret etableres ved registrering på eierens blad i løssøregisteret, jfr. pantel. § 3-12 første ledd. Næringsdrivende skal kunne selge varer som tilhører det pantsatte varelageret «innenfor rammen av pantsetterens vanlige næringsvirksomhet.», jfr. pantel. § 3-13 første ledd. Etersom det er utbredt blant næringsdrivende å pantsette sitt varelager, kan det anføres at det burde være sammenheng mellom hvordan kjøper etablerer rettsvern for kjøp av løssøregjenstand som tilhører pantsatt varelager, og etablering av rettsvern for eiendomsrett ved kjøp av ikke realregistrerbart løssøre som ikke tilhører pantsatt varelager.²⁷² Det kan synes vilkårlig om fremgangsmåten for å etablere rettsvern overfor panthaver i pantsatt varelager skal være forskjellig fra hvordan rettsvern etableres overfor selgers øvrige kreditorer. To spørsmål melder seg i denne sammenheng: Hvordan etableres rettsvern overfor panthaver i pantsatt varelager ved kjøp av løssøre som tilhører det pantsatte varelageret, og er det grunnlag for sammenfall mellom etablering av rettsvern for løssøre som ikke tilhører pantsatt varelager og løssøre som tilhører pantsatt varelager?

Etter pantel. § 3-13 tredje ledd, jfr. pantel. § 3-7 tredje ledd faller panthavers rett i løssøregjenstand som tilhører selgers varelager bort når selgeren ikke lenger «har rådighet» over løssøregjenstanden. Hvordan skal begrepet «rådighet» her forstås? Må selger miste den fysiske rådigheten over gjenstanden, eller holder det at han ikke lenger kan råde juridisk over gjenstanden, f.eks. på grunn av avtale med kjøper? Forarbeidene synes å være klar på at tap av rådighet skal forstås som tap av fysisk rådighet. Det sies blant annet at «kjøperen først er vernet når han har fått tingen *overgitt til seg* på en slik måte at selgeren har *mistet rådigheten*

²⁷² Elde: *Næringsdrivende kjøpers separatistrett til forskuddsbetalt løssøre ved selgerens konkurs*, s. 60-61 Skriftserie (Universitetet i Tromsø. Det juridiske fakultet) – (bind-/heftenr. 65)

over den [min utheving].»²⁷³ Grunnen til at kjøper ikke bør være vernet mot panthaver fra avtaleinngåelsen, er at en slik regel «vil virke prosesskapende» og at «notoritetshensynet taler mot en regel om at kjøperen skal være vernet i og med avtalen».²⁷⁴

Skoghøy hevder at rettsvern kan etableres uten overlevering ved kjøp fra pantsatt varelager i tilfeller hvor interesselæren kan anvendes.²⁷⁵ Dersom fysisk overlevering kreves i alle tilfeller ved kjøp fra pantsatt varelager, vil varelagerpanthaver få en sterkere stilling enn de øvrige kreditorene. Etter *Skoghøys* oppfatning er det ikke grunnlag for å gi varelagerpanthaver en slik tilfeldig fordel.²⁷⁶ *Skoghøy* mener dermed kjøper av en løsøregjenstand som er del av pantsatt varelager, bør være vernet mot panthaveren fra og med tidspunktet kjøperen har etablert rettsvern overfor selgerens alminnelige kreditorer.²⁷⁷ Dette tidspunktet kan være før overlevering, blant annet gjennom interesselæren.

Avgjørende må imidlertid være, slik jeg vurderer det, at Pantel. § 3-13 tredje ledd, jfr. § 3-7 tredje ledd ville fått et større anvendelsesområde enn tiltenkt dersom paragrafen skulle virke normerende for hvordan rettsvern etableres ved kjøp av løsøre som ikke tilhører pantsatt varelager. Videre er tolkningen av både pantel. § 3-7 tredje ledd og fremgangsmåten for etablering av rettsvern i løsøre usikker. Det vil være lite hensiktsmessig å la en usikker tolkning av et rettslig grunnlag være avgjørende for tolkning av et helt annet. Pantel. § 3-13 tredje ledd, jfr. § 3-7 tredje ledd kan derfor ikke være avgjørende for hvordan rettsvern etableres i løsøre som ikke tilhører pantsatt varelager. Det vil falle utenfor denne avhandlingen å gå nærmere inn på en vurdering av hvordan pantel. § 3-7 tredje ledd skal forstås.

4.4.7 Konklusjon

Det rettslige spørsmålet som her er drøftet, er hverken løst av Høyesterett eller lovgiver. Dette medfører at sikre konklusjoner er vanskelig å trekke *de lege lata*. Dersom en salgsgjenstand står hos selger i kjøpers interesse, taler det manglende kredittformålet en forskuddsbetaling vil ha, for at selger burde være vernet mot selgers kreditorer gjennom interesselæren. Videre bør oppfatning som etter hvert har festet seg i teorien vektlegges, nemlig at interesselæren er

²⁷³ Ot.prp. nr. 39 (1977-1978), s. 117

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 39 (1977-1978), s. 116

²⁷⁵ *Skoghøy: Panterett*, 2. utgave 2008, s. 78

²⁷⁶ *Skoghøy: Op. cit.* s. 78

²⁷⁷ *Skoghøy: Op. cit.* s. 78

gjeldende rett. Dette innebærer at kjøper vil ha etablert rettsvern mot selgers kreditorer dersom han forskuddsbetaler for en gjenstand som ennå står hos selger, og manglende overlevering skyldes utelukkende forhold på kjøpers side. Selv om interesselæren innbyr til skjønsmessige vurderinger (er gjenstanden stilt til kjøpers disposisjon og skyldes manglende overlevering forhold på kjøpers side?), er anvendelsesområdet til unntaket lett å avgrense. Interesselæren kan kun komme til anvendelse når det er forskuddsbetalt for en eiendomsrett i en løsøregjenstand som ikke kan realregistreres, og som ennå står hos selger. Dette er enkle kriterier å vurdere. At anvendelsen av interesselæren i det enkelte tilfelle byr på skjønsmessige vurderinger, bør aksepteres for å bøte på det urimelige utslaget et ubetinget overleveringskrav ville medføre. Dette standpunktet samsvarer ved første øyekast dårlig med Høyesteretts tidligere standpunkt ved drøfting av unntak fra lovfestede rettsvernsløser, jfr. punkt 2.2. På bakgrunn av konklusjonen i punkt 2.2.4 kan det imidlertid være grunnlag for å tro at Høyesterett vil vurdere interesselæren som unntak fra den ulovfestede overleveringsnormen annerledes enn eventuelle unntak fra en lovfestet rettsvernsløser.

4.5 Interesselæren og tilvirkningskontrakter

I de fleste tilvirkningskontrakter, jfr. punkt 1.2.5 ovenfor finnes det ingen lovfestet måte å etablere rettsvern mens produktet tilvirkes. Det er videre en forholdsvis vanlig ordning at kjøperen betaler på forskudd i tilvirkningskontrakter.²⁷⁸ Tilvirkeren har ofte hverken økonomiske midler eller et ønske om å legge ut for produksjonskostnadene, særlig dersom disse er store. Tilvirkeren kan derfor være avhengig av at kjøperen står for løpende finansiering av tilvirkningskostnadene. Som jeg konkluderte med ovenfor, er fysisk overlevering som hovedregel nødvendig for å etablere rettsvern i løsøre, jfr. punkt 3.4.7. I tilvirkningskontrakter er det ikke uvanlig at salgsgjenstanden befinner seg hos tilvirkeren under selve tilvirkningsprosessen. Eksempelvis må en spesialkonstruert motorsykkel («custom made») eller et skip oftest bygges på tilvirkerens verksted. Dersom tilvirkeren går konkurs under byggeprosessen, vil ikke kjøperen i et slikt tilfelle ha etablert rettsvern gjennom overlevering. Spørsmålet som melder seg, er om kjøper kan etablere rettsvern i tilvirkningsobjektet under tilvirkningsprosessen.

En mulig tanke kunne vært at interesselæren er aktuell å anvende ved forskuddsbetaling i tilvirkningskontrakter. Interesselæren kommer imidlertid ikke til anvendelse før

²⁷⁸ Lilleholt: *Godtruerverv og Kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 197, Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 267

salgsgjenstanden er stilt til kjøpers disposisjon. I tilvirkningskontrakter vil det gå en tid fra avtale inngås til ferdigstilling av tilvirkningsobjektet. Tilvirkningsobjektet vil ikke være stilt til kjøpers disposisjon før det er ferdigstilt. Interesselæren kan derfor ikke komme til anvendelse under selve tilvirkningsprosessen.²⁷⁹ Bestiller kan imidlertid ha et behov for beskyttelse mot tilvirkers kreditorer forut for ferdigstilling av tilvirkningsobjektet. Spørsmålet om etablering av rettsvern i tilvirkningsobjekter under tilvirkning behandles dermed som et eget unntak fra overleveringsnormen i teorien²⁸⁰, uavhengig av interesselæren. Dersom tilvirkningsobjektet er leveringsklart, kan det imidlertid være grunnlag for å vurdere anvendelsen av interesselæren, se punkt 5.3.7 nedenfor.

5 Tilvirkningskontrakter

5.1 Generelt

På bakgrunn av den utstrakte bruken av forskuddsbetaling i tilvirkningskontrakter har det vært diskutert i teorien²⁸¹ om, og eventuelt hvordan, bestiller kan etablere rettsvern for eiendomsrett i tilvirkningsobjektet ved forskuddsbetaling under tilvirkningsprosessen. For noen typer tilvirkningsobjekter er det mulig for bestilleren å registrere rettigheter i tilvirkningsgjenstand som er under bygging, jfr. f. eks. sjøl. § 31 for skip under bygging som skal bli over 10 meter og luftl. § 3-10 for luftfartøy under bygging.²⁸² Dersom et skip under tilvirkning registreres i skipsbyggingsregisteret, kan rettsvern for rettigheter i gjenstanden etableres gjennom registrering, jfr. sjøl. § 31 tredje ledd.²⁸³ Det er mulig for bestiller å registrere seg som eier av skipet under bygging. I tilfeller hvor dette har skjedd, kan ikke selgers kreditorer ta beslag i skipet under bygging.²⁸⁴ Dersom tilvirkningsobjektet kan registreres, men partene har unnlatt å gjøre dette, oppstår noen særspørsmål, se punkt 5.3.6 nedenfor. I det følgende forutsettes det at registrering av tilvirkningsobjektet ikke er mulig eller – der dette er mulig – ikke har skjedd

²⁷⁹ Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 21, Jussens Venner 1999 s. 1

²⁸⁰ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728-730, Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 292, Berg: *Op. cit.* s. 22-23

²⁸¹ Lilleholt: *Godtruerverv og Kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 197-200, Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 266-270, Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510-513, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728-730

²⁸² I denne avhandlingen vil jeg benytte skip som eksempel når jeg vurderer særlige forhold som kan gjøre seg gjeldende for løsøre som kan realregistreres under tilvirkningsprosessen. Dette fordi skip under bygging er det mest brukte eksempelet i teorien. Det er trolig også større tradisjon for skipsbygging enn bygging av luftfartøy i Norge.

²⁸³ Thor Falkanger og Hans Jacob Bull: *Sjørett*, 7. utgave 2010, s. 50

²⁸⁴ Falkanger/Bull: *Op. cit.* s. 84-85

I tilvirkningskontrakter hvor bestiller ikke er registrert som eier i et realregister, har avtale om eiendomsrett mellom bestiller og tilvirker vært trukket frem i teorien som et mulig grunnlag for etablering av rettsvern. Dersom partene har avtalt at bestilleren skal være eier av tilvirkningsobjektet under tilvirkningsprosessen, har det vært drøftet om den avtalte eiendomsretten skal innebære rettsvern for bestilleren overfor tilvirkerens kreditorer.²⁸⁵ Det har også vært drøftet om bestilleren kan etablere rettsvern for eiendomsrett i materialer som ennå ikke er inkorporert i tilvirkningsproduktet dersom det er avtalt at bestilleren skal være eier av materialet under tilvirkningsprosessen.²⁸⁶ Et spørsmål som melder seg er hvilken rolle en avtale mellom bestiller og tilvirker skal tillegges for rettsvernsspørsmålet.

5.2 Standardkontrakter, avtaler og rettsvern

På mange forretningsområder hvor tilvirkningskontrakter er vanlig, eksisterer det standardkontrakter. Standardkontrakter er ikke bindende rettslige normer, med mindre disse er avtal å skulle gjelde mellom partene. Disse standardene er kontraktsformuleringer som er utarbeidet av interesseorganisasjoner.²⁸⁷ På forretningsområder hvor slike kontrakter eksisterer, avtales det ofte mellom avtalepartene at standardkontrakten skal gjelde dem imellom. I noen standardkontrakter finnes det en formulering som sier at bestilleren skal bli eier av tilvirkningsgjenstanden og materialet som benyttes i tilvirkningsprosessen, etter hvert som arbeidet blir utført og materiale blir tilført byggeplassen, jfr. f. eks. Standardformular av 7. oktober 1981 for kontrakt om bygging av skip ved norske verksteder (SBK 81) § 6 annet ledd.²⁸⁸

Selv om partene øyensynlig forsøker å regulere eiendomsforholdet til tilvirkningsobjektet, er det trolig at en eventuell eiendomsrett på bestillers hånd ikke vil ha noen realitet før tilvirkningsobjektet er ferdigstilt. En avtale om at bestiller skal bli eier etter hvert som arbeidet skrider frem, vil hovedsakelig ha betydning for bestillers rettsvern overfor tilvirkeres kreditorer. Meningen med slike formuleringer er derfor at bestilleren skal få rettsvern overfor

²⁸⁵ Brækhus/Hærem: *Norsk Tingsrett*, 1964, s. 510-511, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728-730, Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 266-270, Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 292 og s. 294 og Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 22-23, Jussens Venner 1999 s. 1

²⁸⁶ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 511-513, Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 729-730, Lilleholt: Op. cit. s. 292 og s. 294 og Berg: Op. cit. s. 22-23

²⁸⁷ Hov: *Avtalebrudd og partsskifte*, 3. utgave 2007, s. 41-42

²⁸⁸ Stephen Knudtzon: *Den nye kontrakt for bygging av skip ved norske verksteder*, s. 33, Nordisk skipprederforening medlemsblad, Spesialnummer A, 1984

tilvirkerens kreditorer.²⁸⁹ Begrunnelsen for å ha rettsvern i tilvirkningsobjektet, er at tilvirkningsobjektet kan fungere som sikkerhet for bestillers investeringer. Hvorvidt bestiller har behov for sikkerhet, kan imidlertid variere. Andre finansieringsløsninger enn forskuddsbetaling fra bestiller er tenkelig. Eksempelvis kan tilvirker ta opp et lån og pantsette tilvirkningsobjektet. Et annet alternativ er at tilvirker stiller en bankgaranti for bestillers forskuddsbetaling.

Selv om avtaleforholdet mellom tilvirker og bestiller ikke reguleres av standardkontrakter, er det fullt mulig for partene å bruke en lignende formulering. Det kan ikke ha betydning for bestillers eventuelle rettsvern overfor tredjepart om en slik kontraktsformulering følger av standardkontrakt eller er forhandlet frem mellom partene, siden det ikke er avtaleformen som er det normative grunnlaget for bestillers eventuelle rettsvern. Avtaleformuleringer som er ment å etablere rettsvern for bestilleren vil i det følgende omtales som «rettsvern som følge av avtale».

En avtale *inter partes* kan som utgangspunkt ikke binde kreditorene, jfr. punkt 4.3.3 ovenfor. Kreditorene skal derfor ikke behøve å forholde seg til en avtale mellom bestiller og tilvirker som er ment å regulere kreditorenes prioritet ved tilvirkers konkurs. Det melder seg dermed to spørsmål: Det første er om rettsvern kan etableres overfor tilvirkers kreditorer som følge av avtale. Dette skal drøftes i punkt 5.3 nedenfor. Det andre spørsmålet er hvordan en eventuell anledning til å etablere rettsvern som følge av avtale passer inn i lys av den ulovfestede overleveringsnormen. Dette skal drøftes i punkt 5.3.9.

5.3 De lege lata

Det er få dommer som omhandler rettsvernskonflikt i tilvirkningskontrakter. Det finnes en Høyesterettsdom som berør temaet, samt en dom fra lagmannsretten og en fra namsretten. Denne rettspraksisen skal gjennomgås i det følgende. I tillegg vil teoriens syn på etablering av rettsvern i tilvirkningskontrakter analyseres under punkt 5.3.4. Problemstillingen er bedre belyst i teorien enn i rettspraksis. Deretter vil jeg under punkt 5.3.5 vurdere i hvilke situasjoner det eventuelt kan etableres rettsvern som følge av avtale. Jeg vil i punkt 5.3.6 vurdere hvilken betydning det har for etablering av rettsvern som følge av avtale at

²⁸⁹ Lilleholt: Op. cit. s. 292

tilvirkningsobjektet kan realregistreres under tilvirkningsprosessen. Til slutt vil jeg drøfte hvordan rettsvern etableres i et ferdigstilt tilvirkningsobjekt, jfr. punkt 5.3.7.

5.3.1 Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt)

Saken omhandlet kjøp av stålplater som skulle benyttes til oppføring av et lagerbygg. Myra Båt A/S (heretter Myra Båt) var byggherre, Byggelementer A/S (heretter Byggelementer) var entreprenør og A/S Gann Stål (heretter Gann Stål) var leverandør av stålplatene.

Byggelementer kjøpte stålplatene av Gann Stål som skulle bruke disse i forbindelse med oppføring av et lagerbygg på Myra Båts eiendom. Gann Stål forbeholdt seg salgspant for kjøpesummen i stålplatene siden platene ikke ble betalt ved levering.

Stålplatene ankom byggeplass 1. februar 1988. Den 14. juni 1988 gikk Byggelementer konkurs. Stålplatene var på dette tidspunkt fortsatt ikke betalt og var heller ikke inkorporert i noe lagerbygg. Saken gjaldt spørsmålet om Gann Stål kunne gjøre salgspantet gjeldende overfor Myra Båt. Myra Båt hadde gått konkurs under saksgangen for retten. Myra Båts konkursbo hadde dermed tatt over som part i saken for Myra Båt.

Høyesterett drøftet to forhold. Det første var om Myra Båt hadde ervervet eiendomsrett til stålplatene fra Byggelementer, og det andre var om Myra Båt hadde ekstingvert Gann Ståls salgspant i stålplatene etter ekstl. § 1. I denne første drøftelsen vurderte Høyesterett avtalen mellom Myra Båt og Byggelementer. Partene hadde avtalt at Norsk Standard (NS) 3401 skulle gjelde mellom dem. I punkt 16.1 i NS 3401 står det at «[a]rbeidet blir byggherrens eiendom etter hvert som det utføres. Materialer som er tilført byggeplassen og som skal bygges inn, blir byggherrens eiendom når han har betalt dem.» Tilsvarende formuleringer benyttes i tilvirkningskontrakter med siktemål å etablere rettsvern i tilvirkningsproduktet. Høyesteretts syn på en slik avtaleformulering, og de nærmere implikasjonene en slik avtaleformulering kan ha for rettsvernsspørsmålet, vil dermed være av interesse for denne avhandlingens tema.

Byggelementer var ikke part i saken. Retten måtte imidlertid vurdere Myra Båts eiendomsverv overfor Byggelementer før de kunne drøfte Myra Båts forhold til Gann Stål. Grunnen var at dersom Myra Båt ikke hadde ervervet eiendomsrett til stålplatene overfor Byggelementer, ville det ikke være behov for å drøfte ekstinksjonsspørsmålet mellom Myra Båt og Gann Stål. Ekstinksjon forutsetter et gyldig salg mellom legitimasjonshaveren (her

Byggelementer) og godtroerverver (her Myra Båt), jfr. ekstl. § 1. Det er imidlertid grunn til å poengtere at ettersom Byggelementer ikke var part i saken, ble ingenting rettskraftig avgjort i forholdet mellom Byggelementer og Myra Båt. Dette må medføre at saken kan ha begrenset normativ betydning på dette punktet.

Den andre drøftingen Høyesterett foretok omhandlet rettsforholdet mellom Myra Båt og Gann Stål. Rettsspørsmålet om ekstinksjon som her ble tatt opp, er ikke av interesse for denne avhandlingen. Jeg vil derfor bare gjennomgå Høyesteretts første drøftelse.

Høyesterett vurderte hvorvidt NS 3401 punkt 16.1 kunne komme til anvendelse når Myra Båt og Byggelementer hadde avtalt en annen betalingsordning enn den som forutsettes i NS 3401, jfr. punkt 22. NS 3401 punkt 22 legger opp til at betaling skal skje etter hvert som arbeid utføres. Myra Båt og Byggelementer hadde imidlertid avtalt at betaling skulle skje ved «milestones»: 30 % skulle betales ved avtaleinngåelse, 30 % skulle betales ved levering og resten ved ferdigstilling. Dersom NS 3401 punkt 16.1 ses i sammenheng med NS 3401 punkt 22 kan det anføres at kjøper bare har rettsvern dersom betaling skjer i korrespondanse med utført arbeid.

Høyesterett var ikke enig i Gann Ståls påstand om at NS 3401 punkt 16.1 ikke kunne komme til anvendelse i forholdet mellom Myra Båt og Byggelementer dersom en annen betalingsordning enn NS 3401 punkt 22 var avtalt. Selv om det var naturlig å se punkt 16.1 og 22 i sammenheng, kunne NS 3401 punkt 16.1 også «begrunnes ut fra mer alminnelige betraktninger basert på reelle hensyn som gjør seg gjeldende i entreprisforhold.»²⁹⁰ Avdragsordningen i entrepriskontrakter var nødvendig ettersom «byggherren bidrar til finansiering av entreprisen ved at det betales avdrag etter hvert som arbeidet skrider frem.»²⁹¹ Kjøper har imidlertid behov for «en sikkerhet for de utbetalinger som finner sted».²⁹² Det var naturlig at denne sikkerheten kunne tas i «byggeproduktet [...] [og] de materialer som blir innkjøpt og etter hvert bragt frem til byggeplassen [mine innskudd].»²⁹³ Dersom NS 3401 punkt 16 skulle fravikes, måtte det være «klare holdepunkter for det i avtaleforholdet».²⁹⁴ Ettersom slike holdepunkter ikke forelå, fant Høyesterett det naturlig at byggherren ikke bare

²⁹⁰ Rt. 1990 s. 59 på s. 63

²⁹¹ Rt. 1990 s. 59 på s. 63

²⁹² Rt. 1990 s. 59 på s. 63

²⁹³ Rt. 1990 s. 59 på s. 63

²⁹⁴ Rt. 1990 s. 59 på s. 64

fikk sikkerhet i selve bygget, men også i innkjøpt materiale når dette kommer frem til byggeplass.

Selv om Høyesterett her uttaler at de drøfter hvorvidt Myra Båt hadde ervervet eiendomsretten til stålplatene overfor Byggelementer, inneholder domspremissene argumenter av betydning for rettsvernsspørsmålet. Høyesteretts begrunnelse for at NS 3401 punkt 16.1 må gjelde uavhengig av betalingsordningen, er klart knyttet opp mot bestillerens behov for å kunne etablere rettsvern i tilvirkningskontrakter gjennom avtale. Dersom byggherrens sikkerhet for utbetalinger skal kunne tas i materialer, og en slik sikkerhet skal være effektivt, kan ikke byggherre bare oppnå eiendomsrett overfor entreprenøren: Han må også oppnå rettsvern overfor entreprenørens kreditorer. Dersom rettsvern ikke etableres overfor disse, kan de ta beslag i materialene byggherren skal ha «sikkerhet» i.

Når Høyesterett drøfter eiendomsrett i stålplatene, kan det videre følge i forlengelsen av denne drøftelsen at Myra Båt også har etablert rettsvern overfor Byggelementers konkursbo. Dersom Myra Båt ikke hadde etablert rettsvern overfor Byggelementers konkursbo, kunne boet tatt beslag i stålplatene. Høyesteretts drøftelse av eiendomsrett synes dermed å kunne ha betydning også for rettsvernsspørsmålet. Dommen omhandler imidlertid et spørsmål om godtroekstinksjon. Videre er det eiendomsrett som eksplisitt drøftes, og ikke rettsvern. Den normative kraften som dommen kan tillegges for rettsvernsspørsmålet er derfor beskjedent.

Høyesteretts drøftelse knytter seg ikke til tilvirkers eiendomsrett i det tilvirkede produktet. Høyesterett drøfter tilvirkers eiendomsrett i driftstilbehør som ennå ikke er inkorporert i tilvirkningsgjenstanden. Selv om eiendomsrett til det tilvirkede produkt og driftstilbehør må anses som to separate rettsspørsmål, gjør de samme hensyn seg gjeldende i begge tilfeller. Bestiller har behov for sikkerhet dersom han forskuddsbetaler i tilvirkningsforhold. Om sikkerheten stilles i driftstilbehør eller den tilvirkede gjenstand, kan være likegyldig for bestilleren. Det viktigste for bestilleren er at han oppnår sikkerhet for sine forskuddsbetalinger overfor tilvirkers kreditorer. Dette poengteres også av Høyesterett. Høyesterett uttalte at det var «naturlig at byggherren får en sikkerhet for de utbetalinger som finner sted – ikke bare i byggeproduktet, men også i de materialer som blir innkjøpt [min utheving]».²⁹⁵ Det var ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til om Myra Båt hadde ervervet eiendomsrett i selve

²⁹⁵ Rt. 1990 s. 59 på s. 63

tilvirkningsproduktet gjennom avtale siden tvisten kun omhandlet retten til stålplatene. Uttalelsen om sikkerhet i byggeproduktet må derfor regnes som et *obiter dictum*. Dette medfører at denne uttalelsen ikke kan tillegges like mye vekt som resten av Høyesteretts resonnement.

Selv om Høyesterett ikke trengte å ta stilling til om Myra Båt hadde ervervet eiendomsrett i selve tilvirkningsproduktet, vil det generelt være en større fare for kreditorsvik dersom bestilleren kan ta sikkerhet i driftstilbehør enn om sikkerhet kan tas i selve tilvirkningsobjektet. Driftstilbehøret må individualiseres siden dette oftest vil være genusytelser. Tilvirkeren kan potensielt utskille gjenstander til fordel for bestilleren, uten at disse egentlig tilhører bestilleren. Bestiller og tilvirker kan videre feilaktig oppgi at materialer som ikke skal benyttes til tilvirkningen, skal det.²⁹⁶ Kreditorsvik kan dermed oppstå dersom bestiller kan få sikkerhet i driftstilbehør. Det er ikke på samme måte fare for kreditorsvik dersom rettsvern kan etableres i selve tilvirkningsgjenstanden. Den tilvirkede gjenstanden kan neppe unndras kreditorene. Videre vil det ikke være behov for å individualisere den tilvirkede gjenstand ettersom denne vil være en speciesytelse. Det er derfor en mindre fare for kreditorsvik når bestilleren tar sikkerhet i tilvirkningsgjenstanden, enn når sikkerhet tas i driftstilbehør. På dette grunnlag bør bestilleren kunne ta sikkerhet i tilvirkningsgjenstanden når han kan ta det i driftstilbehør.

Heller ikke Gann Ståls påstand om at avdragsbetaling var å anse som en kredittytelse, ble tatt til følge av Høyesterett. Selv om det første avdraget, som ble betalt ved avtaleinngåelse, isolert sett bar preg av å være en kredittytelse, måtte man se det første avdraget i sammenheng med det andre. Det første avdraget var å anse som «en forskuddsbetaling for senere utført arbeid og leverte materialer», mens det andre avdraget var «knyttet til vareleveransene.»²⁹⁷ De betalte avdragene utgjorde omlag den samme summen som fakturaene til Byggelementer (683.280 kr var betalt, samlet faktura var på 730.000 kr). Dette var tilstrekkelig betaling til at Myra Båt hadde ervervet eiendomsrett til stålplatene i sin helhet. Stålplatene var tilstrekkelig individualisert gjennom at de var forflyttet til byggeplassen.

Avtaler partene i en tilvirkningskontrakt at bestiller skal bli eier etter hvert som arbeidet skrider frem, impliserer Høyesterett at delbetaling kan skje forut for at arbeidet er påbegynt.

²⁹⁶ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 511

²⁹⁷ Rt. 1990 s. 59 på s. 64

Myra Båt betalte 30 % av kontraktssummen til Byggelementer ved kontraktinngåelse, før arbeid var iverksatt. Dette fikk ikke betydning for Myra Båts eiendomsrett. Det trenger videre ikke være nøyaktig samsvar mellom det betalte beløp og utført arbeid. Dersom bestilleren betaler mer enn foreløpige påløpte kostnader, vil senere arbeid fungere som en nedbetaling på bestillerens forskuddsbetaling. Bestilleren etablerer dermed rettsvern for arbeid som blir utført etter betaling. Dette standpunkt bidrar til en praktisk løsning. I oppstartsfasen av en tilvirkning kan det være nødvendig for tilvirker å foreta en rekke engangsinvesteringer. Istedenfor å kreve at bestilleren betaler særskilt ved hver enkelt investering, er det praktisk at bestiller kan betale avdragsvis uten at betalingene må skje i tilknytning til spesifikke investeringer fra tilvirkers side. Videre trenger det ikke være nøyaktig samsvar mellom bestillers betalinger og tilvirkers utlegg. En viss differanse tillates ettersom det er vanskelig å ha fullt samsvar mellom utlegg fra tilvirker og betaling fra bestiller. Det må imidlertid ligge som en forutsetning for at slike formularer kan komme til anvendelse at bestillerens betalinger samsvarer noenlunde med tilvirkers utgifter. Selv om Høyesterett ikke uttrykker det eksplisitt, kan bestilleren neppe etablere sikkerhet i noe han ikke har betalt for.

I Rt. 1990 s. 59 befant stålplatene seg på Myra Båts eiendom på tidspunktet for Byggelementers konkurs. Innebærer dette at Rt. 1990 s. 59 kun sier noe om rettsstilstanden dersom tilvirkningsgjenstanden og driftstilbehøret befinner seg på bestillers eiendom? Høyesterett synes å legge avgjørende vekt på bestillers behov for å kunne ha sikkerhet for forskuddsbetalinger i tilvirkningskontrakter. Et slikt behov vil være like presserende uansett hvor tilvirkningsgjenstanden/materialer befinner seg. Samtidig tilsier ordlyden i NS 3401 punkt 16.1, som Høyesterett vurderte, at det er uvesentlig hvor tilvirkningsarbeidet utføres («[a]rbeidet blir byggherrens eiendoms etter hvert som det utføres. Materiale som er tilført byggeplass [...] [min utheving]). Det er dermed grunn til å tro at Høyesteretts argumenter ikke bare gjelder i situasjoner hvor tilvirkningsgjenstanden og driftstilbehøret befinner seg hos bestilleren, men også i situasjoner hvor tilvirkningsgjenstanden og driftstilbehøret befinner seg på tilvirkers eiendom.

Rt. 1990 s. 59 kan ikke sies å løse spørsmålet om hvorvidt bestiller kan oppnå rettsvern uten overlevering i tilvirkningskontrakter gjennom avtale. Høyesterett drøfter ikke rettsvern eksplisitt, og eiendomsrett i tilvirkningsobjektet er ikke et tema for drøftelse. Det er imidlertid grunn til å tro at Høyesterett åpner for en mulighet til å etablere rettsvern gjennom avtale i materialer som ikke er inkorporert i tilvirkningsobjektet. Dersom rettsvern kan etableres som

følge av avtale i materialer, bør også bestilleren kunne etablere rettsvern for eiendomsrett i tilvirkningsobjektet siden faren for kreditorsvik er mindre i disse tilfellene.²⁹⁸

5.3.2 RG. 2003 s. 514²⁹⁹

I RG. 2003 s. 514 hadde Follalaks Holding (heretter Follalaks) bestilt en båt med navn «Galten» hos båtproduksjonsselskapet Mecon AS (heretter Mecon). 12. november 2001 gikk Mecon konkurs. «Galten» var ved konkursåpningen ennå ikke ferdigprodusert og stod hos Mecon. Follalaks hadde på dette tidspunktet innbetalt 70 % av kontraktsummen. Båten hadde blitt registrert i skipsbyggingsregisteret 17. oktober 2001 med Follalaks som eier. Det oppstod tvist mellom Follalaks og Mecons konkursbo om hvem som hadde rett på «Galten».

I kontrakten mellom Follalaks og Mecon ble det bestemt at Follalaks skulle «så fremt korrekt oppgjør har funnet sted [...] ha eiendomsrett til skipsbygget og innkjøpte komponenter i hele byggeperioden.»³⁰⁰ Det ble videre bestemt i avtalen at verkstedet skulle registrere båten i skipsbyggingsregisteret med Follalaks som hjemmelshaver. Formålet med denne bestemmelsen var at Follalaks skulle få sikkerhet for sine forskuddsbetalinger gjennom eierskap i den tilvirkede båten. Lagmannsretten la derfor til grunn at «Galten» ble sent registrert i skipsbyggingsregisteret ved en feil.

Ettersom registrering i skipsbyggingsregisteret faktisk hadde funnet sted 3 uker før konkursåpningen, konkluderte lagmannsretten med at Follalaks hadde rettsvern for sin eiendomsrett i «Galten», jfr. sjøl. § 25. Lagmannsretten måtte imidlertid drøfte om registreringen i skipsbyggingsregisteret kunne omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd litra b. Selv om omstøtelsesreglene faller utenfor avhandlingens tema, kan en sikkerhetsstillelse omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd litra b dersom den «ikke ble brakt i orden uten unødig opphold». I RG. 2003 s. 514 hadde det gått ca. 8 måneder fra første innbetaling (16. februar) til registrering i skipsbyggingsregisteret skjedde (17. oktober). Lagmannsretten måtte derfor drøfte om registreringen i skipsregisteret representerte en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Lagmannsretten tok utgangspunkt i spørsmålet om forskuddsbetalingene til Follalaks var å anse som en usikret kredittytelse. Sentralt i denne vurderingen stod kontraktsformuleringen

²⁹⁸ Marthinussen: *Kåre Lilleholt: Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode* (bokanmeldelse), Lov og Rett 2013, nr. 4 s. 317-319, s. 319 synes også å tolke Rt. 1990 s. 59 i retning av at Høyesterett vil akseptere at klausuler om eiendomsrettens overgang etablerer rettsvern overfor kreditorene

²⁹⁹ Dommen operer ikke med nummererte premisser eller sidetall. Jeg vil derfor referere til antall avsnitt etter uttalelsen «[I] lagmannsretten ser slik på saken»

³⁰⁰ RG. 2003 s. 514 avsnitt 4

som fastslo at Follalaks skulle være eier av båten under hele tilvirkningsprosessen, såfremt korrekt oppgjør hadde funnet sted. Etersom en slik kontraktsformulering er ment å etablere rettsvern for bestiller i tilvirkningskontrakter, jfr. punkt 5.2 ovenfor, vil lagmannsrettens tolkning av denne klausulen være av interesse for temaet som drøftes her.

Lagmannsretten påpekte at partene ikke hadde avtalt at Follalaks skulle yte Mecon et byggelån. Bestemmelsen om at Follalaks skulle være eier under tilvirkningsprosessen talte i følge lagmannsretten for det motsatte. Lagmannsretten mente en slik ordning «er vel kjent fra tilvirkningskontrakter av denne type og det har vært en allmenn oppfatning at en forskuddsbetalende kjøper blir eier av det som tilvirkes, uten overlevering, og med rettsvern overfor tilvirkerens kreditorer.»³⁰¹ Videre samsvarte innbetalingene fra Follalaks noenlunde med det ferdigstilte arbeidet (omkring 85% av «Galten» av ferdigstilt og 70% av kontraktssummen var betalt). Dette medførte at betalingene ikke synes å ha noe kredittformål, og avtalen åpnet ikke for kreditorsvik. På denne bakgrunn konkluderte lagmannsretten med at registreringen i skipsregisteret ikke var å anse som en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

Lagmannsretten hevder at det er en allmenn oppfatning at avtale om eiendomsrett gir bestilleren rettsvern overfor tilvirkers kreditorer. Hvilken allmenn oppfatning det siktes til, utdypes ikke eksplisitt av lagmannsretten. Det kan tenkes å være tale om en allmenn oppfatning innad i båtbyggebransjen eller innenfor juridisk teori. Lagmannsretten uttalte at «[d]et har vært en allmenn oppfatning innenfor *skipsbygging og andre større tilvirkningsforhold* [...] [min utheving]».³⁰² Uttalelsen impliserer at lagmannsretten sikter til oppfatninger innen bransjen selv når den snakker om «allmenn oppfatning».

Bransjeoppfatninger kan fungere som primært rettsgrunnlag dersom disse er vidt utbredt nok innenfor bransjen.³⁰³ Det er vanskelig å bekrefte eksistensen av bransjeoppfatningen som lagmannsretten viser til, særlig når en slik uttalelse ikke støttes opp av andre kilder. Behovet for å kunne etablere rettsvern som følge av avtale i tilvirkningskontrakter kan imidlertid være presserende for bestiller. Særlig vil dette være tilfellet hvor registrering i et register ikke er mulig. I RG. 2003 s. 514 var det imidlertid mulig for bestilleren å registrere eiendomsretten i tilvirkningsobjektet. Dette synes ikke lagmannsretten å vektlegge. Hjemmelen for å registrere

³⁰¹ RG. 2003 s. 514, avsnitt 15

³⁰² RG. 2003 s. 514, avsnitt 11

³⁰³ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004, s. 269 og 296-297

eiendomsrett i skip under bygging, sjøl. § 31, synes ikke å utelukke at rettsvern kan etableres på annen måte enn registrering. Det står i sjøl. § 31 at «[s]kip som er under bygging her i riket [...] kan på begjæring innføres i en egen avdeling av skipsregisteret (skipsbyggingsregisteret) [min utheving].» En ordlydsfortolkning av paragrafen tilsier at registrering i skipsbyggingsregisteret ikke er nødvendig for å etablere rettsvern for eiendomsrett i skip under bygging, jfr. bruken av ordet «kan». Det synes dermed riktig at unntaket fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter også kan gjelde i tilfeller hvor det er en registreringsadgang. *Andenæs* tolker også sjøl. § 31 i denne retning.³⁰⁴

På den ene siden impliserer lagmannsretten at registrering i skipsbyggingsregisteret ikke er nødvendig for å etablere rettsvern for eiendomsrett i det tilvirkede skipet, dersom partene har avtalt at bestilleren har eiendomsrett til skipet. Særlig kommer dette til uttrykk når lagmannsretten sier at «kjøper blir eier av det som tilvirkes, uten overlevering, og med *rettsvern* overfor tilvirkerens kreditorer [min utheving].»³⁰⁵ Likevel finner lagmannsretten grunn til å nevne at registrering i skipsregisteret har funnet sted og at «Follalaks sin eiendomsrett til bygget hadde følgelig rettsvern i forhold til konkursboet, jfr. sjøloven § 25.»³⁰⁶ Innebærer dette at lagmannsretten så det som nødvendig at registrering i skipsbyggingsregisteret hadde funnet sted for at Follalaks skulle etablere rettsvern for eiendomsrett i skipet, eller var dette unødvendig ettersom partene hadde avtalt at Follalaks skulle være eier under tilvirkningsprosessen?

Det er lite trolig at lagmannsretten er slik å forstå at registrering var nødvendig for å etablere rettsvern i «Galten». En eiendomsrett i et tilvirkningsobjekt vil ha liten reell virkning for bestilleren før objektet er ferdigstilt. Den eneste praktiske virkningen en avtale om at bestilleren skal ha eiendomsrett i tilvirkningsobjektet har, er at bestilleren etablerer rettsvern i tilvirkningsobjektet og dermed får en sikkerhet for forskuddsbetalinger. Videre uttalte lagmannsretten uttrykkelig at avtalens ordlyd innebar at kjøper fikk «rettsvern overfor tilvirkerens kreditorer.»

Lagmannsretten problematiserte i liten grad Follalaks adgang til å etablere rettsvern for sine forskuddsbetalinger gjennom avtale. Lagmannsretten synes nesten å ta for gitt at det er mulig

³⁰⁴ *Andenæs: Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 270. *Andenæs* viser til en innstilling fra sjølovkomiteen som skal understøtte dette, men jeg har ikke vært i stand til å finne innstillingen.

³⁰⁵ RG. 2003 s. 514, avsnitt 15

³⁰⁶ RG. 2003 s. 514, avsnitt 14

for bestilleren å etablere rettsvern i tilvirkningskontrakter gjennom avtale. Særlig klart kommer dette til uttrykk i tilkjennelsen av saksomkostninger. Tingretten tilkjente ingen av partene saksomkostninger på bakgrunn av regelen i (den nå utgåtte) tvistemålsloven³⁰⁷ § 172 annet ledd. Denne unntaksbestemmelsen kunne anvendes dersom saken var så tvilsom at den tapende part hadde «fyldestgjørende grund» til å ta saken inn for retten. Lagmannsretten fant imidlertid ikke saken tvilsom³⁰⁸, noe som medførte at konkursboet måtte betale Follalaks saksomkostningene for både tingretten og lagmannsretten. Lagmannsretten uttrykker dermed at saken ikke bød på tvilsomme rettslige spørsmål.

Selv om dommen i utgangspunktet omhandlet omstøtelse, er det klart at retten også behandler adgangen til å etablere rettsvern gjennom avtale i tilvirkningskontrakter. Implikasjonene av lagmannsrettens premisser er at det er anledning for bestiller å etablere rettsvern for eiendomsrett i tilvirkningskontrakter gjennom avtale. Lagmannsrettens argumentasjon er imidlertid såpass knapp og indirekte at dommen neppe spiller noen stor rolle i rettskildebildet på området. Videre vil den normative betydningen av en lagmannsrettsdom være beskjeden.

5.3.3 ND-1982-264 (*Bomek-saken*)³⁰⁹

Saken omhandlet kjøp av 3 moduler som skulle installeres på oljeplattformen Statfjord C. Bestilleren, Mobil Exploration Norway Inc. (heretter Mobil), gikk til sak mot tilvirkeren av modulene, Bomek A/S (heretter Bomek), for å få utlevert modulene i sin nåværende stand. Bakgrunnen for tvisten var at Bomek hadde begjæret akkordforhandling før modulene var ferdigstilte. Akkordstyret påla Bomek å beholde modulene frem til Mobil hadde utbetalt et omtvistet tilleggsbeløp på ca. 12,2 millioner kroner. Kontraktsummen for bygging av modulene var på ca. 36 millioner kroner.

Retten fastslo innledningsvis at akkordstyret hadde samme beslagsrett overfor debitor som et konkursbo ville ha. Spørsmålet retten tok for seg, var dermed om Mobil hadde «separatistrett for sitt krav på utlevering av de tre moduler som Bomek A/S har bygget.»³¹⁰ Retten bemerket at det var «anledning til å registrere byggekontrakter på deler av boreplattformer»³¹¹ i skipsregisteret, jfr. daværende §§ 324 og 31 i sjøl. Modulene kunne dermed, etter rettens

³⁰⁷ Lov 13 august 1915 nr. 06: Lov om rettergangsmåten for tvistemål

³⁰⁸ RG. 2003 s. 514, s. 9

³⁰⁹ Bare en oppsummering av dommen ligger tilgjengelig på lovdata. Hele dommen er innhentet gjennom forespørsel hos Salten tingrett

³¹⁰ ND-1982-264, s. 5

³¹¹ ND-1982-264, s. 5

mening, registreres i skipsregisteret. Slik registrering var ikke foretatt. Retten måtte dermed vurdere om Mobil hadde etablert rettsvern for eiendomsrett i modulene på bakgrunn av reglene som gjelder for vanlig løvsøre.³¹²

Modulene var ikke ferdigproduserte og stod ennå hos Bomek mens saken pågikk. Retten hevdet at modulene dermed stod hos Bomek i Bomek sin interesse. Akkordboet hadde på denne bakgrunn «beslagsrett i de tre moduler.»³¹³

Dommen er svært knapt begrunnet fra namsrettens side og faktum er sparsommelig utredet. Det fremkommer aldri eksplisitt av dommen om Mobil forskuddsbetalte for modulene, men en slik ordning synes å ligge implisitt i konflikten. Videre brukte namsretten ett avsnitt på å vurdere om Mobil hadde etablert rettsvern for eiendomsrett i modulene på bakgrunn av reglene som gjelder for vanlig løvsøre. Et så omdiskutert rettslig spørsmål kunne med hell vært påkostet litt mer plass. I tillegg begrunnet ikke namsretten sitt resultat i noen rettskilder. Dommen fremstår dermed som lite gjennomarbeidet.

Dommeren drøftet i hvem sin interesse modulene stod hos Bomek. Bakgrunnen for denne drøftingen må være at domstolen tar utgangspunkt i interesselæren, jfr. punkt 4. Namsretten viser imidlertid aldri til *Brækhus* og *Hærem*. Drøftelsen til namsretten ligger imidlertid så nært opp til interesselæren, at det ikke er tvilsomt at det er denne læren som drøftes.

Å ta utgangspunkt i interesselæren i dette tilfellet vil imidlertid ikke være i samsvar med *Brækhus*' interesselære. Interesselæren får sin typiske anvendelse på løvsøre som er ferdigstilt ved betaling. Ettersom tilvirkningsobjektet ikke kan betegnes som ferdigstilt under tilvirkningsprosessen, blir tilvirkningskontrakter behandlet som et eget unntak fra overleveringskravet, jfr. punkt 4.5 ovenfor. Namsretten burde dermed drøftet det spesielle unntaket fra overleveringskravet som kan gjøres gjeldende i tilvirkningskontrakter. Det var imidlertid viktig for partene å få en rask dom på midlertidig forføyning ettersom Statfjord C prosjektets fremdrift ville bli påvirket dersom modulene ikke ble overlevert. Dette ville i følge Mobil medføre tap som ville være «meget betydelige.»³¹⁴ Akkordforhandling hos Bomek ble åpnet 4. oktober. Rettsmøtet ble avholdt allerede 19. oktober. Konflikten måtte dermed ha

³¹² ND-1982-264, s. 5-6

³¹³ ND-1982-264, s. 6

³¹⁴ ND-1982-264, s. 2

tilspisset seg i perioden 4.-19. oktober. På bakgrunn av det presserende behovet for å få saken raskt avklart, hadde partene sannsynligvis kort tid til saksforberedelse. Dette kan muligens forklare hvorfor dommen fremstår som svakt fundert.

Bomek-dommen har videre vært gjenstand for kritikk i teorien. *Borgar Høgetveit Berg* har f. eks. omtalt dommen som en «blindgjengar»³¹⁵ og hevdet at «[a]vgjerda i ND 1982 s. 264 (Bodø namsrett) er neppe rett.»³¹⁶ Også *Lilleholt* har hevdet at «[a]vgjerda i ND 1982.264 [...] er neppe korrekt».³¹⁷ Jeg er enig i at de rettslige vurderingene i Bomek-dommen neppe er riktige. Dommen kan derfor ikke ha betydning for rettsvernsspørsmålet i tilvirkningskontrakter.

5.3.4 Teori

Brækhus hevder at tilvirkningskontrakter står i en særstilling sammenlignet med annet løvsøre. Dette skyldes at bestilleren ofte må betale på forskudd for å finansiere kontrakten.³¹⁸ Forskuddsbetalinger uten sikkerhet i tilvirkningskontrakter «kan fortone seg som uforsvarlige», særlig ettersom tilvirkers insolvens ikke er en «altfor fjern mulighet».³¹⁹ Ofte vil større tilvirkningskontrakter bli lyst ut på anbud. Det billigste tilbudet vil som oftest få oppdraget. Fortjenestemarginen kan derfor være liten og risikoen for fortjenestetap høy.

Selv om *Brækhus* diskuterer et unntak fra overleveringskravet for tilvirkningskontrakter generelt, vil bestillers behov for rettsvern i tilvirkningsproduktet være størst i store tilvirkningskontrakter. Produksjonskostnadene vil være størst i tilvirkningskontrakter som har et stort omfang. Følgelig vil tilvirkers behov for kreditt være større her enn ellers. I tillegg vil produksjonstiden være lengre i tilvirkningskontrakter med stort omfang. Dersom bestillers behov for sikkerhet – satt opp mot tilvirkers behov for forskuddsbetaling – er den bærende begrunnelsen for unntaket fra overleveringsnormen, kan det derfor diskuteres om ikke *Brækhus* heller burde vurdert et unntak fra overleveringskravet i *store* tilvirkningskontrakter. Det vil imidlertid være retts teknisk uheldig om det er behov for å distingvere mellom store og små tilvirkningskontrakter. Unntak fra rettsvernsregler skaper i seg selv skjønnsmessige vurdering når de anvendes.

³¹⁵ Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 7, Jussens Venner 1999 s. 1

³¹⁶ Berg: Op. cit. s. 30, note 5

³¹⁷ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, tredje utgave 1999, s. 199 fotnote 289

³¹⁸ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510

³¹⁹ Brækhus/Hærem: Op.cit s. 510

Brækhus hevder videre at faren for kreditorsvik vil være liten i tilvirkningskontrakter. Inngåelse av tilvirkningskontrakter er ofte en omfattende og stor prosess som krever at flere personer deltar. Det er dermed vanskelig å inngå fiktive avtaler siden mange må medvirke i prosessen. I tillegg vil påståtte betalinger være vanskelig å forfalske ettersom dette ofte vil kreve at store pengesummer overføres. *Brækhus* ser dermed ingen «[b]etenkeligheter ved å innrømme rettsvern uten overlevering» i tilvirkningskontrakter.³²⁰

Brækhus synes å vektlegge at hensynet til notoritet blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom tilvirkningskontrakter, selv der hvor fysisk overlevering uteblir. Selv om det er vanskeligere å foreta kreditorskadelige disposisjoner i tilvirkningskontrakter enn ved vanlige løøsøredisposisjoner, kan graden av notoritet som oppnås i tilvirkningsforhold variere. Især vil muligheten for å foreta kreditorskadelige disposisjoner være tilstede i små tilvirkningskontrakter. Her vil det ikke være like vanskelig å pretendere at fiktive avtaler er inngått, siden det vil være færre parter involvert i prosessen omkring avtaleinngåelsen enn i store tilvirkningskontrakter. Videre vil kontraktsomfanget være mindre i små tilvirkningskontrakter. Siden betalingsavdragene ikke vil være store i små tilvirkningskontrakter, vil fiktive disposisjoner være lettere å utføre. Skillet mellom store og små drøftes ikke av *Brækhus*. Dette skal jeg diskutere nedenfor i punkt 5.3.5.

Når det kommer til selgers mulighet for å etablere rettsvern for eiendomsrett i driftstilbehør og materialer som ennå ikke er inkorporert i tilvirkningsgjenstanden, er *Brækhus* mer i tvil.³²¹ Det finnes ingen hjemmel for å etablere rettsvern for eiendomsrett i driftstilbehør/materialer. Er dette inkorporert i tilvirkningsobjektet, følger materialet reglene for hovedtingen som de er inkorporert i. For materialer som ikke er inkorporert, må spørsmålet om rettsvern løses på bakgrunn av hvordan rettsvern etableres for alminnelig løøsøre.³²²

På bakgrunn av dette utgangspunktet vurderer *Brækhus* bestillers behov for å kunne etablere rettsvern for eiendomsrett i materialer som ennå ikke er inkorporert i tilvirkningsgjenstanden. *Brækhus* vektlegger særlig bestillerens behov for å oppnå beskyttelse for sine forskuddsbetalinger.³²³ Kjøpers behov for sikkerhet er det ikke vanlig å vektlegge når

³²⁰ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s.510

³²¹ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 511

³²² *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 511

³²³ *Brækhus/Hærem*: Op. cit. s. 511

rettsvern i alminnelig løssøre diskuteres. Det ville vært mer naturlig å ta utgangspunkt i hvilken rettsvernsakt som ville ivaretatt notoritet og publisitet på best mulig måte, jfr. punkt 2 ovenfor. Det er derfor uklart om *Brækhus* faktisk drøfter etablering av rettsvern for alminnelig løssøre, eller om han drøfter et særlig unntak fra overleveringskravet for materialer som ennå ikke er inkorporert i tilvirkningsgjenstanden.

Brækhus hevder at dersom tilvirkningsgjenstanden står på tilvirkers verksted, vil tilvirker oftest også ha materiale som er bestemt for andre tilvirkningsgjenstander på lageret. I tillegg kan tilvirker ha et alminnelig lager med gjenstander som ikke er ment å skulle inkorporeres i en spesifikk tilvirkningsgjenstand. Dersom tilvirker blir utsatt for press fra kreditorene, kan han oppføre materialer på bestillers oppgave selv om de egentlig ikke er ment for inkorporering i bestiller tilvirkningsgjenstand.³²⁴ Det er dermed mulig å foreta kreditorskadelige disposisjoner dersom rettsvern i materiale som ennå ikke er inkorporert i tilvirkningsgjenstanden, kan etableres som følge av avtale mellom tilvirker og bestiller.

På tross av muligheten for kreditorsvik mener *Brækhus* det er «mulig at kjøper bør gis separasjonsrett også til materialer og utstyr til nybygningen.»³²⁵ Forutsetningen er imidlertid at dette avtales særskilt mellom partene.³²⁶ Dette synes å stå litt i motsetning til én uttalelse i Rt. 1990 s. 59. Her sa Høyesterett at det kunne «reises spørsmål om det ikke bør gjelde som alminnelig regel ved tilvirkningskontrakter – selv om det *ikke foreligger uttrykkelig avtale* om dette – at byggherren får eiendomsretten til materialer som er tilkjørt byggeplass, når verdien av disse materialer, sammen med det arbeid som er utført, ligger innenfor summen av de avdrag som byggherren har betalt [min utheving].»³²⁷ Denne uttalelsen er imidlertid et obiter dictum ettersom eiendomsrett til byggematerialer var avtalt mellom bestiller og tilvirker i Rt. 1990 s. 59. Videre burde det være mulig for bestiller og tilvirker å avtale at bestiller skal forskuddsbetale uten sikkerhet i materialer, jfr. punkt 5.2.1 ovenfor. Høyesteretts uttalelse kan dermed ikke tillegges avgjørende vekt.

Lilleholt går også inn for å gjøre et unntak fra overleveringsnormen i tilvirkningskontrakter.³²⁸ Han begrunner dette med at hensynet til «tenlege transaksjonar» taler for et unntak, samt at

³²⁴ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 511

³²⁵ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 511

³²⁶ Brækhus/Hærem: Op. cit. s. 511-512

³²⁷ Rt. 1990 s. 59, s. 63-64

³²⁸ Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 294

faren for kreditorsvik er liten.³²⁹ Hva *Lilleholt* legger i hensynet til «tenlege transaksjonar», utdyper han ikke. Han trekker imidlertid frem at finansiering gjennom forskuddsbetaling fra bestiller er en finansieringsmodell det er behov for.³³⁰ Det er trolig behovet for en slik finansieringsmodell *Lilleholt* sikter til når han omtaler hensynet til «tenlege transaksjonar». Verdt å merke seg er at *Lilleholt* vil begrense anvendelsesområde til å gjelde i «[s]tørre tilverknadsavtalar», uten at dette begrunnes noe nærmere.

Falkanger og *Falkanger* er enig i at det foreligger gode grunner for å opprette et unntak fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter.³³¹ De understreker imidlertid at det er betenkelig å operere med unntak fra rettsvernsreglene basert på reelle hensyn. Dette begrunnes med at det er ønskelig med retts teknisk enkle rettsvernsregler. I tillegg vises det til Høyesteretts tidligere skepsis mot å åpne for unntak fra overleveringskravet.³³² *Falkanger* og *Falkanger* går derfor inn for at det bør gjelde som «[e]t minstekrav [...] at en kontraktstype vurderes under ett, og at det for så vidt finnes at svikrisikoen er ubetydelig.»³³³ *Falkanger* og *Falkanger* mener teoriens synspunkter på tilvirkningskontrakter bygger på et slikt syn.

Det er lett å være enig i at en retts teknisk enkel rettsvernsregel er å foretrekke, jfr. punkt 2.1 ovenfor.³³⁴ De eksempler fra rettspraksis som *Falkanger* og *Falkanger* viser til for å støtte dette synspunktet, er den samme som er gjennomgått under punkt 2.2 ovenfor. Disse omhandler lovfestede rettsvernsregler. I tilvirkningskontrakter er det ikke lovfestet hvordan rettsvern skal etableres. På bakgrunn av konklusjonene under punkt 2.2 ovenfor er jeg enig med *Falkanger* og *Falkanger* i at tidligere Høyesterettspraksis ikke utelukker unntak fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter.

Andenæs har noen kritiske bemerkninger som taler mot å åpne for unntak fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter. For det første er det liten realitet knyttet til «eiendomsretten» som erverves etter hvert som arbeidet skrider frem, foruten å gi bestilleren sikkerhet for sine forskuddsbetalinger. *Andenæs* mener derfor det kan være grunn til å vurdere bestillers mulighet for å sikre sine forskuddsbetalinger etter unntaksreglene for håndpant.³³⁵

³²⁹ Lilleholt: Op. cit. s. 292 og s. 294

³³⁰ Lilleholt: Op. cit. s. 292

³³¹ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728-730

³³² Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 730

³³³ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 730

³³⁴ Falkanger/Falkanger: Op. cit. s. 730, fotnote 1793

³³⁵ Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 267

Jeg er enig med *Andenæs* i at en avtale om eiendomsrett i tilvirkningskontrakter vil ha liten realitet, foruten eventuelt å gi bestiller en sikkerhet for forskuddsbetalinger. Dersom håndpantregelen i pantel. § 3-2 var forskuddsbetalende kjøpers eneste mulighet for å etablere sikkerhet i tilvirkningskontrakter, ville det være praktisk vanskelig for forskuddsbetaler å oppnå sikkerhet utenfor tilfeller hvor registrering av ervervet kan skje i et realregister, jfr. f.eks. sjøl. § 31. Bestiller kan oppnå sikkerhet gjennom at selger stiller en bankgaranti for bestillers avdragsbetalinger. Det er imidlertid vanskeligere for partene å ordne med en bankgaranti enn å kunne etablere rettsvern som følge av avtale. Dersom det ikke er mulig å etablere rettsvern i tilvirkningsobjektet som følge av avtale, vil imidlertid bestilleren ha en klar oppfordring til å unnlate og betale på forskudd. Dette kan imidlertid medføre at en praktisk og ønskelig finansieringsmodell som forutsetter forskuddsbetaling fra bestiller, ikke blir brukt i tilvirkningskontrakter.

Videre mener *Andenæs* at det kan være problematisk å avgrense anvendelsesområdet for unntaket fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter. På bakgrunn av rettspraksis sin vektlegging av behovet for klare rettsvernsregler, bør eventuelle unntak være klart avgrenset. Blant avgrensingsproblemene som *Andenæs* identifiserer, er om unntaket fra overleveringskravet skal gjelde for alle tilvirkningskontrakter eller bare «store» tilvirkningskontrakter, om det må avtales særskilt at bestiller skal bli eier etter hvert som arbeidet skrider frem, og om unntaket skal gjelde for materialer som befinner seg på tilvirkers eiendom, men som ikke er inkorporert i tilvirkningsgjenstanden.³³⁶

Berg synes ikke å trekke noen entydig konklusjon *de lege lata*. Dersom det foreligger et unntak fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter, mener han dette unntaket i alle fall må være avgrenset til større tilvirkningskjøp.³³⁷ *Berg* kommer hverken med en definisjon av større tilvirkningskjøp eller noen nærmere begrunnelse for hvorfor denne avgrensningen må foretas.

Videre mener *Berg* det er en «vanleg oppfatning» at bestilleren har vern for materiale og utstyr som står hos tilvirkeren og som er individualisert for bestilleren.³³⁸ *Berg* presiserer ikke

³³⁶ Andenæs: Op. cit. s. 267-268

³³⁷ Berg: *Rettsvern for lausøyrekjøp- avtale eller overlevering (tradisjon)?*, s. 23, Jussens Venner 1999 s. 1

³³⁸ Berg: Op. cit. s. 23

om det må avtales mellom bestiller og tilvirker at materialer skal bli bestillerens eiendom etter hvert som arbeidet skrider frem for at vernet skal være aktuelt. *Berg* uttaler imidlertid at det er en oppfatning i teorien «at kjøperen har vern i tråd med det som er *avtalt* om overgangen av eidsretten [min utheving].»³³⁹ Det er ingenting som tyder på at *Berg* begrenser dette utsagnet til kun å gjelde ved vern i selve tilvirkningsgjenstanden.

5.3.5 Anvendelsesområde for unntaket fra overleveringsnormen i tilvirkningskontrakter

Selv om mange teoretikere knytter unntak fra overleveringskravet til begrepet tilvirkningskontrakter, er det få som avgrensner unntaket nærmere. Enkelte foretar ingen eksplisitte avgrensninger ut over begrepet tilvirkningskontrakt.³⁴⁰ Dette gir inntrykk av at unntaket fra overleveringskravet gjelder i alle tilvirkningskontrakter. Tilvirkningskontrakter er imidlertid en variert kategori, jfr. punkt 1.2.5 ovenfor. Store og små kontraktsummer innbefattes av begrepet. Produksjonstid kan også variere mye.

Et argument mot å anlegge en bred forståelse av begrepet tilvirkningskontrakt er at de fleste teoretikere synes å legge en snever forståelse av tilvirkningskontrakter til grunn når de drøfter adgangen til å etablere rettsvern som følge av avtale. *Brækhus* taler for eksempel om «store utlegg», «større tilvirkningskontrakter», «risikobetont fra selgerens side», «avslutning av de kontrakter det her er tale om, er som regel en omfattende affære som ofte krever medvirkning fra en rekke personer» og «kontrakter av noen størrelse».³⁴¹

Dersom unntaket fra overleveringskravet ikke skal gjelde for alle tilvirkningskontrakter, må anvendelsesområdet for unntaket avgrensnes nærmere. I denne forbindelse kan det være formålstjenlig å komme med en karakteristikk av de tilvirkningskontraktene hvor det i følge teorien kan være aktuelt å etablere rettsvern som følge av avtale. Noen av kjennetegnene som går igjen for disse typene tilvirkningskontrakter er³⁴²:

1. Kontrakter med store kontraktsummer
2. Ofte er det et verksted som skal tilvirke kontraktsgjenstanden

³³⁹ *Berg*: Op. cit. s. 23

³⁴⁰ *Brækhus/Hærem*: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510, *Lilleholt*: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 292-293, *Falkanger/Falkanger*: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728

³⁴¹ *Brækhus/Hærem*: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510

³⁴² Se *Lilleholt*: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 292-293, *Falkanger/Falkanger*: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728-730 og *Brækhus/Hærem*: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510-513

3. Det foreligger ofte standardkontrakter som partene kan benytte seg av for å regulere tilvirkningsforholdet
4. Som eksempel på tilvirkningskontrakter hvor det kan etableres rettsvern som følge av avtale, brukes nesten utelukkende skipsbyggingskontrakter

På bakgrunn av disse karakteristika kan det være grunn for å stille spørsmål om adgangen til å etablere rettsvern som følge av avtale har et mer begrenset anvendelsesområde enn en ordlydsfortolkning av «tilvirkningskontrakt» tilsier. Særlig problematisk blir dette dersom hensynene og argumentasjonen som benyttes ikke gjør seg gjeldende for alle typer tilvirkningskontrakter. Det må derfor drøftes i det følgende om rettsvern bør kunne etableres som følge av avtale i alle tilvirkningskontrakter.

Et vanlig argument i teorien som taler for unntak fra overleveringsnormen i tilvirkningskontrakter, er at hensynet til notoritet er tilstrekkelig ivaretatt uten overlevering og registrering.³⁴³ Tilvirkningsgjenstanden vil typisk stå på bestillers verksted, lett synlig for omverdenen. Det er dermed vanskelig å unndra tilvirkningsgjenstanden fra kreditorene. I tillegg er inngåelsen av store tilvirkningskontrakter, som for eksempel skipsbyggingskontrakter, en så omfattende prosess at det vil være svært vanskelig å antedatere innbetalinger.³⁴⁴

For tilvirkningskontrakter som omhandler små kontraktssummer og mindre tilvirkningsobjekter, kan notoritet være vanskeligere å oppnå. Her vil betalinger være enklere å antedatere, samtidig som tilvirkningsgjenstanden lett kan være så liten at den kan unndras fra kreditorene. Hensynet til notoritet vil dermed være vanskeligere å ivareta i mindre tilvirkningskontrakter. Hvis en motorsykkel skal tilvirkes fra grunnen av, vil innbetalingene fra bestilleren neppe være så høye at de ikke lar seg antedatere.

Videre pekes det ofte på at tilvirker vil ha behov for finansiering fra bestiller.

Finansieringsbehovet vil kunne være presserende i tilvirkningskontrakter som omhandler store kontraktssummer. I tilvirkningskontrakter hvor eventuelle utlegg fra tilvirkers side vil være små, vil ikke finansieringsbehovet være like presserende. Igjen kan tilvirkning av en motorsykkel tjene som eksempel. Verkstedets utlegg for materialer vil neppe være så store her

³⁴³ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510 og Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 292

³⁴⁴ Brækhus/Hærem: *Op. cit.* s. 510

for verkstedet at det vil være særlig behov for finansiering fra bestilleren. Hensynet til finansiering kan dermed slå ulikt ut for ulike tilvirkningskontrakter.

Basert på de hensynene og argumentene som er benyttet i teorien, kan det synes som om etablering av rettsvern som følge av avtale bare kan skje i store tilvirkningskontrakter. Unntaket bør imidlertid avgrenses til enkelte typer tilvirkningskontrakter.³⁴⁵ Dette fordi det rettsteknisk blir mye enklere å vurdere om en kontrakt faller inn under unntaket fra overleveringskravet eller ikke dersom grensdragningen ikke er for skjønnsmessig. En avgrensning basert på «store» tilvirkningskontrakter vil ikke være tilstrekkelig spesifisert.³⁴⁶ En nærmere avgrensning av hvilke typer tilvirkningskontrakter som skal omfattes av unntaket fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter, er vanskelig å foreta.

En mulig avgrensning av unntaket kan være å la det gjelde i skipsbyggingskontrakter. Skipsbygging er blant de tilvirkningsforholdene som har størst tradisjon og er mest utbredt i Norge. Kontraktsummene i skipsbygging kan også være svært store, noe som gjør at bestillers behov for sikkerhet ved forskuddsbetaling kan være presserende. Rettsvern kan imidlertid etableres på andre måter enn gjennom avtale i skipsbyggingskontrakter, jfr. sjøl § 31. Dette kan gjøre at adgangen til å etablere rettsvern som følge av avtale er overflødig i skipsbyggingskontrakter.

Skipsbyggingskontrakter benyttes ofte som eksempel på en tilvirkningskontrakt hvor det burde være anledning til å avtale rettsvern mellom partene.³⁴⁷ *Brækhus og Hærem* knytter f.eks. størsteparten av drøftelsen sin til skipsbyggingskontrakter.³⁴⁸ Dette gir et inntrykk av at uttrykket tilvirkningskontrakter skal forstås som skipsbyggingskontrakter.

På den annen side kan det eksistere tilvirkningskontrakter hvor det kan være nødvendig å oppnå sikkerhet for avdragsbetalinger, uten at disse er å regne som skipsbyggingskontrakter. ND-1982-264 kan benyttes som eksempel. Denne saken omhandlet en tilvirkningskontrakt som gjaldt bygging av moduler til en oljeplattform. Kontraktsummen for bygging av modulene var på ca. 36 millioner kroner. Det sier seg selv at behovet for å kunne skaffe

³⁴⁵ Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 730

³⁴⁶ Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 268 er også skeptisk til en slik avgrensning

³⁴⁷ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510, Falkanger/Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave 2013, s. 728, Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 197 og Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2012, s. 292-293

³⁴⁸ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 510-512

sikkerhet for avdragsbetalinger i slike kontrakter er presserende. Likevel kan ikke en kontrakt om tilvirkning av moduler regnes som en skipsbyggingskontrakt.

Videre følger det av den nye standardkontrakten i skipsbyggingsforhold, «skip 2000», artikkel XI at kjøper først blir eier av skipet ved overlevering. Dette fordi skip 2000 forutsetter at tilvirker skal være med å finansiere skipet og dermed kunne pantsette tilvirkningsproduktet som sikkerhet gjennom sjøl. § 31.³⁴⁹ Det kan derfor drøftes om det er behov for et unntak fra overleveringskravet i skipsbyggingskontrakter når det legges opp til at bestilleren ikke skal bære kostnadene ved tilvirkningen alene. Det er imidlertid ingen nødvendighet for avtalepartene å benytte seg av skip 2000 i skipsbyggingsforhold. Partene står fritt til å avtale andre finansieringsordninger enn de som forutsettes i skip 2000. Dersom det avtales at bestilleren skal bli eier etter hvert som arbeidet skrider frem for å oppnå sikkerhet for forskuddsbetalinger, vil det fortsatt være behov for bestilleren å kunne etablere rettsvern gjennom avtale.

På bakgrunn av drøftingen ovenfor synes det ikke riktig å begrense anvendelsesområdet for unntaket fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter til skipsbyggingskontrakter. Det fremstår derfor som uklart hvor grensene for unntaket skal trekkes. I mangel av andre avgrensninger bør rettsvern dermed kunne etableres i store tilvirkningskontrakter hvor behovet for finansiering fra bestilleren er presserende, og faren for kreditorsvik er liten. Denne upresise avgrensningen skjer imidlertid på bekostning av en retsteknisk enkel regel. Som *Lilleholt* er inne på, bør det bare åpnes for unntak fra overleveringskravet «i dei typetilfella der faren for kreditorsvik er liten.»³⁵⁰ Dersom typetilfellet som åpner for unntak ikke er klart avgrenset, går noen av de retstekniske gevinstene som oppnås ved å avgrense unntakets anvendelsesområde tapt. Det kan fortsatt oppstå situasjoner hvor kreditorene må argumentere for at det kan tas kreditorbeslag i det konkrete tilfellet. Det er dermed en retsteknisk uheldig løsning ikke å ha et klarere avgrensningsområde for unntaket fra overleveringsnormen i tilvirkningskontrakter, jfr. punkt 2.1 ovenfor.

5.3.6 Registreringsadgang

³⁴⁹ Øystein Meland: *Skipsbygging. Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt*, 2006, s. 60-61

³⁵⁰ Lilleholt: *Godtruerv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 194

For tilvirkning av skip³⁵¹, luftfartøy³⁵² og faste innretninger/flyttbare innretninger som skal brukes i forbindelse med utvinning av naturforekomster³⁵³, foreligger det en adgang til å registrere eierforholdene til tilvirkningsobjektet under tilvirkningsprosessen. Dersom bestiller registrerer sitt erverv, vil det ikke oppstå tvist ved tilvirkers konkurs. Den registrerte rettigheten vil ha rettsvern overfor tilvirkers kreditorer. Registreringsadgangen er imidlertid gjort fakultativ, jfr. formuleringen «kan» i sjøl. §§ 31 og 39 og luftl. § 3-10. Hvis avtalepartene velger å ikke registrere tilvirkningsobjektet i et register der dette er mulig, eller registrering forsømmes, jfr. RG. 2003 s. 514, kan det drøftes hva konsekvensen blir dersom tilvirker går konkurs før ferdigstilling.

I utgangspunktet må det være grunn for at en fakultativ registreringsadgang er gjort fakultativ. Dersom poenget er å forhindre andre måter å etablere rettsvern på, kunne dette vært gjort gjennom å gjøre registrering nødvendig for å etablere rettsvern. Bestemmelsen i f.eks. sjøl. § 31 har også vært tolket slik at manglende registrering i skipsbyggingsregisteret ikke utelukker etablering av rettsvern på alternativt grunnlag.³⁵⁴ Høyesterett har imidlertid tidligere utvist en avvisende holdning til å åpne for unntak i tilfeller hvor det finnes en lovfestet rettsvernsregel, jfr. punkt 2.2.³⁵⁵ Kan den samme skepsisen som Høyesterett har utvist gjøre seg gjeldende i tilfeller hvor registreringsadgangen er gjort fakultativ?

Når bestilleren unnlater å registrere sitt eiendomserverv i f.eks. skipsregisteret for å forhindre en fremtidig tvist om rettsvern, tar han en bevisst risiko. Her har bestilleren en klar oppfordring til å etablere rettsvern gjennom lov for å unngå senere tvist med tilvirkers kreditorer. Høyesterett har videre uttalt at det ikke bør være rom for «å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestete rettsvernsreglene».³⁵⁶

Det må skilles mellom to situasjoner. I tilfeller hvor partene i en tilvirkningskontrakt har registrert tilvirkningsgjenstanden i et register uten at bestiller er registrert som eier av tilvirkningsobjektet, kan ikke bestiller oppnå rettsvern som følge av avtale. Det registrerte ervervet vil være det kreditorene innretter seg etter. Det vil gå utover realregisterets

³⁵¹ Se sjøl. § 31

³⁵² Se luftl. § 3-10

³⁵³ Se sjøl. §§ 39 og 507

³⁵⁴ Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 270

³⁵⁵ Se særlig Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268

³⁵⁶ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054-1055

troverdighet dersom kreditorene ikke kunne forholde seg bare til det som er oppført i registeret.

Dersom avtalepartene i en tilvirkningskontrakt ikke har registrert tilvirkningsobjektet i et register, synes det å forutsette at etablering av rettsvern kan skje på andre måter enn registrering, jfr. formuleringen «kan».³⁵⁷ «Kan» gir kreditorene en klar indikasjon på at registrering ikke nødvendigvis er den eneste måten å etablere rettsvern på. En slik formulering vil også gi bestilleren en forventning om at registrering ikke er nødvendig for å etablere rettsvern. Det er videre ikke grunnlag for å trekke direkte paralleller til Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268 siden registreringsadgang ikke var gjort fakultativ i registreringshjemlene som sakene omhandlet. Det synes derfor mulig å etablere rettsvern som følge av avtale selv om avtalepartene ikke har innført tilvirkningsobjektet i et register der dette er mulig.³⁵⁸

Dersom det er avtalt mellom bestiller og tilvirker at rettsvern i tilvirkningsobjektet skal etableres gjennom registrering i et realregister, har bestilleren en oppfordring til å overse at registreringen har skjedd som forutsatt dersom han skal innføres som eier. I tilfeller hvor registrering ikke blir utført som forutsatt, f. eks. på grunn av feil i innføringsprosessen eller registrering blir neglisjert, kan det synes som noe vilkårlig at bestilleren likevel kan etablere rettsvern gjennom det ulovfestede unntaket i tilvirkningskontrakter. Særlig gjør dette seg gjeldende dersom det er bestilleren som skal ha ansvaret for registrering, f.eks. ved innføring i skipsbyggingsregisteret, jfr. sjøl. § 31. Dersom realregistrering ikke kommer i orden, bør bestilleren bære risikoen for eventuelle tap som kan oppstå på grunn av dette. Konsekvensen blir dermed at bestilleren ikke kan etablere rettsvern som følge av avtale i disse tilfellene. Hvorvidt dette kan hevdes *de lege lata* er usikkert. Denne problemstillingen er ikke drøftet i teorien, og i RG. 2003 s. 514 ble det ikke vektlagt at registrering var forutsatt og neglisjert. Det var imidlertid tilvirker som skulle stå for registreringen i denne saken og ikke bestilleren.

5.3.7 Etablering av rettsvern ved ferdigstilt tilvirkningsobjekt

Dersom tilvirkningsobjektet er ferdigstilt og står klart til overlevering, oppstår det et spørsmål om hvordan rettsvern etableres i det ferdigstilte tilvirkningsobjektet. Her kan det skilles mellom tre forskjellige måter tilvirkningsprosessen har vært håndtert mellom partene: Det første tilfellet er at er at tilvirkningsobjektet/tilvirkningskontrakten ikke har vært realregistrert

³⁵⁷ Andenæs: Op. cit. s. 270

³⁵⁸ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 199 og Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 270

under tilvirkningsprosessen og partene har ikke avtalt at bestilleren skal være eier etter hvert som arbeidet skrider frem. Det andre tilfellet er at tilvirkningsobjektet eller tilvirkningskontrakten har vært realregistrert under tilvirkningsprosessen, jfr. sjøl. § 31. Det siste tilfellet er at tilvirkningsobjektet eller tilvirkningskontrakten ikke har vært realregistrert under tilvirkningsprosessen, men partene har avtalt at bestiller skal være eier etter hvert som tilvirkningsarbeidet skrider frem. Jeg vil ta utgangspunkt i disse tre tilfellene når jeg vurderer hvordan rettsvern i det ferdigstilte tilvirkningsobjektet etableres. Når det tas utgangspunkt i disse tre tilfellene, kan det imidlertid også oppstå særspørsmål forbundet med hvilke rettsvernsregler som gjelder for det ferdigstilte tilvirkningsobjektet. Det kan også her være hensiktsmessig å skille mellom tre forskjellige situasjoner: Den første situasjonen er at det ferdigstilte tilvirkningsobjektet ikke kan realregistreres. Den andre er at det er en fakultativ adgang til å kunne registrere det ferdigstilte tilvirkningsobjektet i et realregister, jfr. f. eks. sjøl. § 11 tredje ledd. Til slutt kan det være pålagt gjennom lov å realregistrere det ferdigstilte tilvirkningsobjektet, jfr. f. eks. sjøl. § 11 annet ledd.

5.3.7.1 Bestiller har ikke realregistrert tilvirkningsobjektet/tilvirkningskontrakten eller avtalt at bestilleren skal være eier under tilvirkningsprosessen

Dersom det er pålagt gjennom lov at bestilleren må realregistrere den ferdigstilte tilvirkningsgjenstanden, jfr. f. eks. sjøl. § 11 annet ledd, må dette gjøres for å etablere rettsvern. Hverken overlevering eller unntak fra overleveringskravet kan hjelpe bestilleren her.

For det tilfellet at bestiller har en fakultativ adgang til å realregistrere det ferdigstilte tilvirkningsobjektet, jfr. f. eks. sjøl. § 11 tredje ledd, kan rettsvern etableres gjennom realregistrering. Ettersom registreringsadgangen er fakultativ, må bestiller videre kunne etablere rettsvern også gjennom overlevering i disse tilfellene, jfr. punkt 3 ovenfor.³⁵⁹ Dersom bestilleren ikke kan realregistrere den ferdigstilte tilvirkningsgjenstanden, kan han etablere rettsvern gjennom overlevering, jfr. punkt 3 ovenfor. Det kan imidlertid drøftes for begge disse tilfellene om bestilleren kan etablere rettsvern uten realregistrering og overlevering gjennom interesselæren, jfr. punkt 4.

³⁵⁹ Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave 1999, s. 199 og Andenæs: *Konkurs*, 3. utgave 2009, s. 270

Tilvirkningsgjenstand vil oftest være stilt til kjøpers disposisjon ved ferdigstillelse. Videre er det fullt ut tenkelig at det ferdigstilte tilvirkningsobjektet ikke er overlevert utelukkende på bakgrunn av forhold hos kjøper. Vilklårene for å anvende interesselåren kan dermed være oppfylt. På den annen side var disse vilklårene neppe oppfylt da betalingene fant sted under tilvirkningsprosessen. Et halvferdig tilvirkningsobjekt vil neppe være stilt til bestillers disposisjon. *Brækhus* åpnet for å anvende interesselåren i tilfeller hvor en forskuddsbetaling ikke hadde et fremtredende kredittmoment. *Brækhus* uttalte blant annet at «[d]et kan derfor lønne seg å se litt nærmere på hva som er grunnen til at salgsgjenstanden ikke blir utlevert i og med betaling.»³⁶⁰ Basert på dette utgangspunktet kan det synes som om *Brækhus* vil legge avgjørende vekt på om kredittmomentet var tilstede på selve betalingstidspunktet. Det oppstår dermed et spørsmål om vilklårene for å etablere rettsvern gjennom interesselåren må være tilstede på betalingstidspunktet, eller om låren kan komme til anvendelse dersom vilklårene senere er oppfylte.

Dette spørsmålet er, så vidt meg bekjent, ikke behandlet i teori eller praksis. Spørsmålet er derfor usikkert. Det overordnede normative grunnlaget for å åpne for unntak fra overleveringskravet, er at man har å gjøre med et typetilfelle hvor faren for kreditorsvik er liten, jfr. punkt 2.2.4. Ettersom manglende faren for kreditorsvik er blant de bærende normative grunnlagene for interesselåren, kan det anføres at faren for kreditorsvik under hele tilvirkningsprosessen er liten. Tilvirker kan neppe unndra tilvirkningsobjektet fra kreditorene og eventuelle antedateringer for innbetalinger er lite trolig dersom tilvirkningsobjektet er av noen størrelse. Videre åpner *Brækhus* for unntak fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter nettopp fordi faren for kreditorsvik er liten.³⁶¹ På den annen side vil forskuddsbetalingene i tilvirkningskontrakter ofte ha et utalt kredittformål på betalingstidspunktet. Dersom vilklårene for å anvende interesselåren må være tilstede ved betaling, kan den ikke komme til anvendelse ved forskuddsbetaling i tilvirkningskontrakter.

Trolig bør det legges avgjørende vekt på hvor fremtredende faren for kreditorsvik er under tilvirkningsprosessen. Ettersom denne er liten, bør interesselåren kunne komme til anvendelse i ferdigstilte tilvirkningsobjekter, selv om vilklårene for å anvende låren ikke var oppfylt ved selve betalingen. Konklusjonen er dermed at bestilleren kan etablere rettsvern i

³⁶⁰ *Brækhus/Hærem: Norsk tingsrett*, 1964, s. 508

³⁶¹ *Brækhus/Hærem: Op. cit.* s. 510-513

det ferdigstilte tilvirkningsobjektet gjennom interesselæren dersom han har en fakultativ registreringsadgang eller dersom han ikke kan realregistrere tilvirkningsobjektet.

5.3.7.2 Bestiller og tilvirker har realregistrert tilvirkningsobjektet/tilvirkningskontrakten under tilvirkningsprosessen

Dersom partene har realregistrert tilvirkningsobjektet under tilvirkningsprosessen, forutsettes det at skipet slettes fra skipsbyggeregisteret, jfr. sjøl. § 32 første- og annet ledd. Dersom det ferdigstilte skipet er over 15 meter, skal dette innføres i skipsregisteret, jfr. sjøl. § 11 annet ledd. Her vil det ikke være aktuelt å etablere rettsvern gjennom overlevering eller interesselæren ettersom det ferdigstilte tilvirkningsobjektet skal innføres i et realregister. Dersom det ferdigstilte skipet er mellom 10-15 meter, er adgangen til å registrere skipet i skipsregisteret gjort fakultativ, jfr. sjøl. § 11 tredje ledd. Her kan derfor rettsvern i det ferdigstilte skipet etableres gjennom registrering, overlevering eller muligens interesselæren, jfr. punkt 5.3.7.1.

5.3.7.3 Bestiller og tilvirker har avtalt at bestilleren skal være eier underveis i tilvirkningsprosessen

Tilbake står spørsmålet om situasjonen der partene ikke har registrert tilvirkningsobjektet/tilvirkningskontrakten i et realregister under tilvirkningsprosessen, men har avtalt at bestilleren skal være eier under tilvirkningsprosessen. Dersom det ferdige tilvirkningsobjektet ikke kan realregistreres, kan bestilleren etablere rettsvern gjennom overlevering.

Et særspørsmål oppstår om bestilleren kan ha rettsvern som følge av avtalen med bestilleren. Hvorvidt dette rettsvernet faller bort en stund etter ferdigstillelse av tilvirkningsobjektet, står åpent til diskusjon. Selv om avhandlingen ikke omhandler bortfall av rettsvern, skal det knyttes noen korte bemerkninger til dette. Tingl. § 28 første ledd og sjøl. § 30 første ledd viser at en tinglyst rettighet kan bortfalle etter henholdsvis 30 og 20 år. Paragrafene omhandler bortfall av heftelser, og ikke eiendomsrett. Bortfall av en eiendomsrett er mer alvorlig enn bortfall av heftelse. På den annen side er det en uholdbar situasjon at bestilleren lar det ferdigstilte skipe stå hos tilvirkeren i så lang tid som for tingl. § 28 og sjøl. § 30. Antakelig må eventuelt bortfall av bestillers rettsvern baseres på en konkret vurdering hvor blant annet passivitetsbetraktninger trekkes inn. Det er imidlertid lite trolig at problemstillingen er praktisk, siden bestiller oftest vil være interessert i å få skipet overlevert forholdsvis kort tid

etter ferdigstillelse. De samme betraktningene som her er foretatt vil gjøre seg gjeldende der bestilleren har en fakultativ adgang til å realregistrere det ferdigstilte tilvirkningsobjektet. Konklusjonen er dermed at bestilleren har rettsvern i det ferdigstilte tilvirkningsobjektet som følge av avtale. Dersom bestillers rettsvern som følge av avtale bortfaller, kan han etablere rettsvern gjennom overlevering eller, der det er en fakultativ adgang for det, realregistrering.

Til sist kommer situasjonen hvor avtalepartene i en tilvirkningskontrakt har avtalt at bestilleren skal være eier under tilvirkningsprosessen og det ferdigstilte tilvirkningsproduktet må registreres i et realregister for å etablere rettsvern, jfr. sjøl. § 11 annet ledd. Det følger av sjøl. § 12 første ledd at for registreringspliktig skip «må melding [om innføring i registeret] være sendt innen 30 dager etter levering fra verkstedet når det gjelder et nybygd skip [mitt innskudd].» En rekke spørsmål oppstår i relasjon til denne paragrafen. Det første spørsmålet er når rettsvern som følge av avtale bortfaller. Det andre spørsmålet er om bestiller har rettsvern som følge av avtale etter «levering» av skipet, jfr. sjøl. § 12 første ledd. Det siste spørsmålet som oppstår er om bestilleren har rettsvern som følge av avtale etter at det har gått 30 dager fra levering fra verkstedet, forutsatt at bestilleren ikke har registrert skipet i skipsregisteret. Et underliggende spørsmål for alle disse problemene er når skipet kan anses å være levert etter sjøl. § 12 første ledd.

I forbindelse med spørsmålet om når rettsvern som følge av avtale bortfaller, bør bestilleren gis tid til å områ seg og treffe nødvendige tiltak for å klargjøre for overlevering av gjenstanden. Rettsvernet som er etablert som følge av avtale kan imidlertid ikke ha en ubegrenset varighet, jfr. ovenfor i dette punkt. På et eller annet tidspunkt må bestiller føre gjenstanden inn i realregisteret for å etablere rettsvern. I tillegg har bestilleren en særlig oppfordring til å etablere rettsvern på annen måte enn avtale, nemlig registrering, jfr. sjøl. § 11 annet ledd. Konklusjonen er dermed at rettsvern som følge av avtale bør falle tidligere bort i tilfeller der realregistrering er påkrevd enn der realregistrering ikke er mulig/adgangen til realregistrering er gjort fakultativ.

Det andre spørsmålet som melder seg er om bestiller har rettsvern som følge av avtale etter at skipet er levert fra verkstedet, jfr. sjøl. § 12 første ledd. Først er det imidlertid nødvendig å besvare når skipet kan anses levert fra verkstedet.

Hverken ordlyden, forarbeidene eller rettspraksis gir noe sikkert svar på når skipet er levert etter sjøl. § 12 første ledd. Det er lite trolig at skipet er å anse som levert ved ferdigstilling. En ordlydsfortolkning taler mot en slik forståelse. I tillegg kan overleveringsprosessen ta en stund. Skipet skal inspiseres, prøves av bestiller osv. Fristen bør ikke begynne å løpe før slike prosesser i forbindelse med overtakelse er fullført.

Ved innføring i skipsregisteret må det fremvises «bilbrev (byggebevis), skjøte eller annet hjemmelsdokument som viser eierens adkomst til skipet», jfr. FOR 1992-07-30 nr. 539 § 7.³⁶² Etter skip 2000 skal avtalepartene skrive under en overtakelsesprotokoll ved levering, jfr. skip 2000 art. VIII nr. 2. Dette dokumentet skal gi uttrykk for at skipet er levert fra verkstedet og at kjøper har overtatt dette.³⁶³ Selv om leveringsprotokollen ikke nevnes eksplisitt her, er det ofte dette dokumentet som fremlegges som hjemmelsdokument ved registrering i skipsregisteret.³⁶⁴ I tillegg nevnes bilbrevet eksplisitt som et hjemmelsdokument som kan fremvises ved registrering av nybygg i skipsregisteret.³⁶⁵ Bilbrevet utleveres ved undertegnelse av leveringsprotokollen, jfr. skip 2000 art. VIII nr. 3 litra e. Sett i lys av at disse dokumentene oftest er nødvendig å fremvise for å kunne registrere skipet i skipsbyggingsregisteret, vil det være urimelig om tidsfristen på 30 dager etter sjøl. § 12 første ledd begynner å løpe før bestiller har anledning til å registrere skipet. Samtidig synes det ikke urimelig å kreve at bestilleren registrerer skipet når han får muligheten til det. Konklusjonen er derfor at fristen i sjøl. § 12 første ledd bør begynne å løpe når begge avtaleparter har undertegnet overtakelsesprotokollen.

Det må deretter drøftes om bestiller har rettsvern som følge av avtale i perioden fra levering til det er gått 30 dager. Sjøl. § 12 første ledd er ikke en hjemmel som i utgangspunktet regulerer rettsvern. Denne hjemmelen regulerer kun en frist for innføring i skipsregisteret. Bestemmelsen har derfor i utgangspunktet ingen betydning for bortfall av rettsvern. Det ville videre fremstå som vilkårlig om bestilleren skulle stå uten rettsvern for sitt erverv i denne perioden frem til registrering i skipsregisteret har skjedd. Videre kan det vurderes om bestilleren overhode trenger å etablere rettsvern når skipet allerede er overlevert ham. Det er lite trolig at tilvirkers kreditorer vil forsøke å ta beslag i et skip som allerede er tatt i bruk av bestilleren. Det kan på denne bakgrunn ikke sees å være noen grunner for at rettsvern som

³⁶² Forskrift om registrering av skip i norsk ordinært skipsregister

³⁶³ Meland: *Skipsbygging*, 2006, s. 131

³⁶⁴ Meland: Op. cit. s. 131

³⁶⁵ Meland: Op. cit. s. 135

følge av avtale bør bortfalle allerede ved levering av skipet. Konklusjonen er dermed at bestiller bør ha rettsvern som følge av avtale etter overlevering av skipet og frem til 30 dager er gått, jfr. sjøl. § 12 første ledd.

Tilbake står tilfellet hvor det har gått 30 dager eller mer fra skipet ble levert til bestilleren. Dersom bestilleren har registrert båten i skipsregisteret i løpet av dette tidsrommet, er rettsvern etablert gjennom registreringen. Mer problematisk er det dersom registrering i skipsregisteret ikke er foretatt. Faller rettsvern som følge av avtale bort etter 30 dager, jfr. sjøl. § 12 første ledd?

Ordlyden i sjøl. § 12 tilsier at rettsvern som følge av avtale bortfaller etter 30 dager, jfr. ordet «må melding være sendt [...] [min utheving]». Dette vil også være ønskelig for å unngå at loven åpner for situasjoner hvor registreringspliktige skip ikke er innført i skipsregisteret. Kanskje kan det her trekkes paralleller til Rt. 1974 s. 710. Saksforholdene var kompliserte, men av betydning her er at Høyesterett uttalte seg om staten måtte tinglyse et vedtak om å bruke en lovhjemlet forkjøpsrett som ble fattet 11. november 1963. Partene i saken var enig i at statens forkjøpsrett «hører til de rettigheter som har rettsvern uten tinglysing etter tinglysningslovens § 21 annet ledd.»³⁶⁶ Det nærmere spørsmålet som Høyesterett måtte vurdere var om «dette vern varer for en mer ubestemt tid eller om rettighetshaveren på ett eller annet tidspunkt må gå til tinglysing for å bevare rettsvernet.»³⁶⁷ Høyesterett foretok en avveining mellom to hensyn – «jordlovens formål [hjemmel for forkjøpsretten] på den ene side og grunnbøkens troverdighet på den annen side.»³⁶⁸ Høyesterett konkluderte med at staten, etter en konkret vurdering, i alle fall måtte tinglyse forkjøpsretten før den gikk til sak om denne 14. august 1964, ca. 9 måneder etter at forkjøpsretten ble benyttet (11. november 1963).

Det er hovedsakelig to forhold som er forskjellig i Rt. 1974 s. 710 fra det som her drøftes. Det første er at Rt. 1974 s. 710 omhandler realregistrering av heftelse på registreringsgjenstanden. Jeg drøfter realregistrering av selve registreringsgjenstanden. Den andre forskjellen er at Rt. 1974 s. 710 omhandler bortfall av rettsvern i et tilfelle hvor realregistrering i utgangspunktet ikke er nødvendig for å ha rettsvern. Jeg drøfter et tilfelle hvor realregistrering må skje.

³⁶⁶ Rt. 1974 s. 710 på s. 714

³⁶⁷ Rt. 1974 s. 710 på s. 714

³⁶⁸ Rt. 1974 s. 710 på s. 714

Etter sjøl. §§ 11 annet ledd er det en forutsetning at erverv ikke nyter rettsvern i skipet uten registrering i skipsregisteret, jfr. sjøl. § 25 første ledd. Når statens rettsvern i Rt. 1974 s. 710 falt bort etter 9 måneder i et tilfelle hvor realregistrering ikke var nødvendig for å nyte rettsvern, synes det ikke urimelig at bestillers rettsvern som følge av avtale faller bort i et tilfelle hvor realregistrering er nødvendig for nyte rettsvern, jfr. sjøl. §§ 11 annet ledd og 25 første ledd. Fristen på en måned i sjøl. § 12 første ledd synes heller ikke å være for kort. Bestilleren bør ha god tid til å ordne med registrering i skipsregisteret, især dersom «levering» i sjøl. § 12 første ledd tolkes som tidspunkt for undertegning av overleveringsprotokoll. Konklusjonen blir dermed at bestillers rettsvern som følge av avtale faller bort dersom han ikke har registrert skipet i skipsregisteret innen 30 dager etter at skipet er levert fra verkstedet, jfr. sjøl §§ 11 annet ledd, 12 første ledd og 25 første ledd. Det kan nevnes at Høyesterett i et *obiter dictum* i Rt. 1974 s. 710 åpnet for at staten måtte registrere forkjøpsretten i grunnboken «uten unødig opphold» for å unngå at rettsvern falt bort («[d]et er mulig man bør stille det krav at det offentlige skal sørge for tinglysning uten unødig opphold etter at forvaltningsvedtaket er truffet»).³⁶⁹

5.3.8 Konklusjon

Dersom bestilleren må forskuddsbetale for å finansiere tilvirkningsprosessen, har bestilleren utvilsomt et behov for å få sikkerhet for sine investeringer. Det rettslige grunnlaget for å kunne etablere rettsvern i tilvirkningskontrakter gjennom avtale, er imidlertid usikkert. ND-1982-264 kan ikke regnes som noe avgjørende skudd for baugen for bestillers mulighet til å etablere rettsvern gjennom avtale. Den ytterligere praksisen på området synes ikke å utelukke at rettsvern kan etableres som følge av avtale mellom partene i en tilvirkningskontrakt. Teorien synes også jevnt over å åpne for at partene kan etablere rettsvern som følge av avtale i tilvirkningskontrakter. Det er imidlertid problematisk at ingen teoretikere, så vidt jeg kjenner til, har vurdert i hvilke tilvirkningskontrakter unntaket kan gjøres gjeldende. På bakgrunnen av den argumentasjonen som har dominert teorien, bør unntaket fra overleveringskravet *de lege lata* avgrenses til kun å gjelde i store tilvirkningskontrakter hvor finansieringsbehovet er presserende og faren for kreditorsvik er liten. Anvendelsesområdet for dette typetilfellet må avgjøres etter en skjønnsmessig vurdering. Hvordan rettsvern etableres i et ferdigstilt tilvirkningsobjekt, kan variere, jfr. punkt 5.3.7. Dette er et tema som så vidt vites ikke er særlig behandlet i teori eller rettspraksis. Sikre konklusjoner er derfor vanskelig å trekke.

³⁶⁹ Rt. 1974 s. 710 på s. 714-715

5.3.9 Hvilke konsekvenser har rettsvern som følge av avtale for overleveringsnormen?

På bakgrunn av konklusjonen i punkt 5.3.8 ovenfor er det nærliggende å spørre om muligheten til å etablere rettsvern som følge av avtale er et utslag av avtaleprinsippet. En slik slutning samsvarer dårlig med konklusjonen i punkt 3.4.7. Det kan fremstå som en selvmotsigelse at fysisk overlevering som hovedregel er nødvendig for å etablere rettsvern, men at det er mulig for partene å avtale seg bort fra overleveringsnormen i tilvirkningskontrakter. Det er derfor et spørsmål om hvordan rettsvern som følge av avtale passer inn, satt opp mot den ulovfestede overleveringsnormen.

Siden etablering av rettsvern som følge av avtale kun diskuteres for tilfeller hvor bestiller har forskuddsbetalt i store tilvirkningskontrakter hvor behovet for finansiering er tilstede og faren for kreditorsvik er liten, er det mest naturlig å anse dette som et eventuelt unntak fra overleveringskravet. På generelt grunnlag vil det dermed fortsatt ikke være mulig å etablere rettsvern som følge av avtale. Dette kan bare gjøres i det konkrete typetilfellet som er diskutert her.

5.4 Restkategori?

Så langt har jeg drøftet etablering av rettsvern ved forskuddsbetaling for eiendomsrett i løsøre som er leveringsklart ved betaling, og etablering av rettsvern for eiendomsrett ved forskuddsbetaling i tilvirkningskontrakter. Tilbake står en kategori med løsøre som ikke er leveringsklar ved betaling, men hvor avtalen mellom kjøper og selger likevel ikke er å regne som en tilvirkningskontrakt. Som eksempel kan her benyttes bestilling av en skreddersydd dress. Behovet for forskuddsbetaling ved bestilling av en slik dress vil være lite. Faren for kreditorsvik vil videre være større enn i tilvirkningskontrakter av noe omfang ettersom det vil være enklere å antedatere innbetalinger. Videre er det grunnlag for å anta at unntaket fra overleveringskravet er begrenset til store tilvirkningskontrakter. Det er derfor lite trolig at unntaket fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter kan komme til anvendelse i dette tilfellet. Hvordan kan kjøper etablere rettsvern for eiendomsrett ved forskuddsbetaling her?

Siden dressen ikke vil være stilt til kjøpers disposisjon før den er leveringsklar, kan ikke bestilleren etablere rettsvern for ervervet gjennom interesselæren. Dersom kjøper betaler før dressen er ferdigstilt, kan han dermed ikke basere seg på å etablere rettsvern gjennom

interesselæren. Det er imidlertid mulig at bestilleren kan etablere rettsvern gjennom interesselæren når dressen er ferdigstilt, jfr. punkt 5.3.7.1 ovenfor.

Ingen av unntakene fra overleveringskravet som er drøftet i avhandlingen kan dermed komme til anvendelse ved forskuddsbetaling for løøsøre som ikke er leveringsklart ved betaling, og hvor avtalen ikke er å anse som en tilvirkningskontrakt. Kan det slutes fra dette at det ikke er anledning til å etablere rettsvern i disse kontraktene forut for ferdigstillelse av produktet?

Brækhus synes å mene at rettsvern i disse avtalene ikke kan etableres uten overlevering siden «det ikke [er] stor forskjell på en forskuddsbetaling og et almindelig lån» i disse tilfellene.³⁷⁰ Det er derfor ingen «særlig grunn til å gi kjøperen separasjonsrett» ved forskuddsbetaling i disse kontraktene.³⁷¹ Kjøperen må dermed falle tilbake på hovedregelen for etablering av rettsvern for løøsøre som ikke kan realregistreres, nemlig fysisk overlevering, jfr. punkt 3.4.7 ovenfor. Dersom gjenstanden ikke er ferdigstilt ved selgers konkurs, kan rettsvern dermed ikke etableres i denne typen løøsøre.

6 Avslutning

Innledningsvis under avhandlingens punkt 1.1 stilte jeg spørsmål om, hvordan og når rettsvern kan etableres ved forskuddsbetaling i tre forskjellige tilfeller. Som avhandlingen viser, kan rettsvern i noen tilfeller etableres ved forskuddsbetaling i løøsøre som ikke kan realregistreres, men ikke alltid. Under avhandlingens punkt 3 konkluderte jeg med at fysisk overlevering er hovedregelen for etablering av rettsvern i løøsøre som ikke kan realregistreres. I punkt 4 ble interesselæren drøftet som et eventuelt unntak fra overleveringskravet. Konklusjonen på dette punkt viser at rettsvern antakelig kan etableres ved forskuddsbetaling for gjenstand som er leveringsklar ved bestilling, såfremt gjenstanden er stilt til kjøpers disposisjon, og manglende overlevering utelukkende skyldes forhold på kjøpers side.

I avhandlingens punkt 5 ble det drøftet om rettsvern kunne etableres uten fysisk overlevering i tilvirkningskontrakter. Konklusjonen viser at det i disse typetilfellene sannsynligvis er mulig å etablere rettsvern som følge av avtale i disse kontraktene. Anvendelsesområdet for unntaket fra overleveringskravet i tilvirkningskontrakter er imidlertid lite problematisert i teorien, noe

³⁷⁰ Brækhus/Hærem: *Norsk tingsrett*, 1964, s. 508

³⁷¹ Brækhus/Hærem: *Op. cit.* s. 508

som gjør at det er vanskelig å avgrense i hvilke typer tilvirkningskontrakter rettsvern kan etableres som følge av avtale. Jeg antyder at anvendelsesområdet er i store tilvirkningskontrakter hvor behovet for finansering fra bestilleren er presserende og faren for kreditorsvik liten.

Til slutt viser avhandlingens punkt 5.4 at det ikke alltid er mulig å etablere rettsvern i løsøre som ikke kan realregistreres. For denne typen løsøre vil ikke rettsvern kunne etableres etter hovedregelen om overlevering som er drøftet i punkt 3. Interesselæren og unntaket i tilvirkningskontrakter kan heller ikke gjøres gjeldende for denne «restkategorien». Forskuddsbetalende kjøper vil dermed trolig ikke kunne etablere rettsvern i løsøre som ikke er leveringsklart ved betaling, og hvor avtalen mellom selger og kjøper ikke er å regne som en tilvirkningskontrakt.

Selv om långivere står i fare for å tape verdier til debtors avtalepart på bakgrunn av unntakene som er drøftet i avhandlingen, vil disse sikre sine interesser best ved å være mer aktpågivende med hvem de yter kreditt til, eller kreve sikkerhet for kredittsummen. Dersom kredittvurderingen forut for kredittytelsen er grundig nok, skulle långiverne presumtivist sjelden løpe en risiko for at motytelsen ikke dekkes. En alt for restriktiv holdning blant långiverne trenger imidlertid ikke være et gode. Mange er i dag avhengig av å bli ytt kreditt for å kunne starte eller opprettholde produksjon. Det er derfor ikke ønskelig å oppfordre til en for restriktiv kredittgivning. Unntakene som her er drøftet, har uansett ikke så stor rekkevidde at det kan tenkes å få noen stor innflytelse på viljen til kredittgivning.

Interesselæren og rettsvern som følge av avtale i tilvirkningskontrakter er de unntak fra overleveringskravet som er mest drøftet i teorien og også i denne avhandlingen. Det er imidlertid mulig at også andre unntak fra overleveringskravet kan tenkes. Et eksempel kan være forbrukerunntaket som er drøftet i avhandlingens punkt 4.4.5. Alle tenkelige typetilfeller hvor faren for kreditorsvik er liten, er neppe vurdert i teorien. Dersom faren for kreditorsvik er liten i et avgrenset typetilfelle, kan det kanskje være grunnlag for å vurdere dette typetilfellet som et unntak fra overleveringskravet.

7 Kildeliste

Lover

Lov 6 juni 1863 nr 00: Lov om Concurs og Concursboers Behandling

Lov 13 august 1915 nr. 06 om rettergangsmåten for tvistemål

Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 7 juni 1935 nr. 2 om tinglysing

lov 8 mars 1946 nr. 1 om pant for driftskreditt til industrien av

Lov 2 juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre

Lov 8 februar 1980 nr. 2 om pant

Lov 8 juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs

Lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

Lov 14 juni 1985 nr 62 om verdipapirsentral

Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp

Lov 11 juni 1993 nr. 101 om luftfart

Lov 24 juni 1994 nr. 39 om sjøfarten

Lov 25 juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag

Lov 21 juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

Forskrift

FOR 1992-07-30 nr. 593. Forskrift om registrering av skip i norsk ordinært skipsregister

Forarbeider

NOU 1972:20. Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp. nr. 56 (1976-77). Om lov om godtroerverv av løsøre

Ot.prp. nr. 39 (1977-1978). Om pantelov

Ot.prp.nr.83 (1984-1985). Om Verdipapirsentral

Prop.65 L (2009-2010). Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)

Litteratur

Andenæs, Mads Henry: *Konkurs*, 3. utgave Oslo 2009

Baldersheim, Erlend: *Til spørsmålet om egedomsrettens overgang*, s. 161, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2012, nr. 01-02, s. 137-163

Berg, Borgar Høgetveit: *Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*, Jussens Venner 1999 s. 1

Brækhus, Sjur og Axel Hærem: *Norsk tingsrett*, Oslo 1964

Brækhus, Sjur: *Omsetning og kreditt 3 & 4*, Oslo 1998

Eckhoff, Thorstein: *Rettskildelære*, 5. utgave Oslo 2001

Elde, Odd-Terje Gangstø: *Næringsdrivende kjøpers separatistrett til forskuddsbetalt løsøre ved selgerens konkurs*, Skriftserie (Universitetet i Tromsø. Det juridiske fakultet) – (bind-/heftenr. 65)

Falkanger, Aage Thor: *God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Oslo 1999

Thor Falkanger og Hans Jacob Bull: *Sjørett*, 7. utgave Oslo 2010

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger: *Tingsrett*, 6. utgave Oslo 2007

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger: *Tingsrett*, 7. utgave Oslo 2013

Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998

Graver, Hans Petter: *Rett retorikk og juridisk argumentasjon. Keiserens garderobe og andre essays*, Oslo 2010

Hagerup, Francis: *Om tradition som betingelse for overdragelse af eiendomsretten til løsøre*, inntatt i Norsk Retstidende, Kristiania 1884, s. 673-784

Hov, Jo: *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*, 3. utgave Oslo 2007

Knudtzon, Stephen: *Den nye kontrakt for bygging av skip ved norske verksteder*, s. 33, Nordisk skipprederforening medlemsblad, Spesialnummer A, Oslo 1984

Lilleholt, Kåre: *Godtruerverv og kreditorvern*, tredje utgave Oslo 1999

Lilleholt, Kåre: *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, Jussens Venner 2000 s. 49

Lilleholt, Kåre: *Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode*, Oslo 2012

Marthinussen, Hans Fredrik: *Ulovfestet ekstinksjon*, Jussens Venner 2006 s. 1

Marthinussen, Hans Fredrik: *Kåre Lilleholt: Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode* (bokanmeldelse), Lov og Rett 2013, nr. 4 s. 317-319

Meland, Øystein: *Skipsbygging. Kommentarer til Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt*, Oslo 2006

Monsen, Erik: *Berikelseskrav: Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav*, Oslo 2007

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave Bergen 2004

Scheel, Herman: *Forelæsninger over norsk tingsret*, Kristiania 1912

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Panterett*, 2. utgave Oslo 2008

Standardkontrakter

Standardformular av 7. oktober 1981 for kontrakt om bygging av skip ved norske verksteder

Standard form shipbuilding contract 2000

Norsk Standard 3401

Høyesterettsdommer

Rt. 1909 s. 734

Rt. 1910 s. 231

Rt. 1912 s. 263

Rt. 1974 s. 710

Rt. 1988 s. 1327

Rt. 1990 s. 59

Rt. 1995 s. 1181

Rt. 1997 s. 1050

Rt. 1998 s. 268

Rt. 1999 s. 247

Lagmannsrettsdommer

RG. 1963 s. 492

LB-1998-2847

RG. 2003 s. 514

LF-2010-133423

Tingrettsdommer

TSTRO-2009-191646

Voldgiftsdommer

RG. 1972 s. 53

Namsdommer

ND-1982-264