

Om Høyesteretts metodebruk og retningsvalg i nyere avgjørelser om rettsvern mot kreditorbeslag

Av professor ph.d. Hans Fredrik Marthinussen

HANS FREDRIK MARTHINUSSEN (f. 1978, cand.jur. 2004, ph.d. 2009) er professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen, der han også er leder for forskergruppen for formuerett og emneansvarlig for Allmenn formuerett.

Sammendrag:

I løpet av de siste årene er det kommet en rekke nye avgjørelser i Høyesterett om rettsvern mot kreditorbeslag. Blant annet er spørsmål som har vært diskutert i svært lang tid, som spørsmålet om rettsvern for erverv av løsøre er betinget av overlevering og såkalt selvstendig rettsvernshevd, helt eller delvis avgjort av Høyesterett bare i løpet av det siste året. Denne artikkelen redegjør for den nye rettspraksisen på området, og retter særlig oppmerksomheten mot de metodiske aspektene ved disse avgjørelsene og implikasjonene de har for drøftelse av rettsvernsspørsmål i fremtiden.

1 Innledning

Formueretten, og spesielt tingsretten, omtales tidvis som de lange tidsaksers juss.¹ Rettsutviklingen går gjerne gradvis og langsomt, og mange spørsmål blir diskutert i noe som kan virke som en evighet, før de får sin avklaring. Rettsområdet kjennetegnes av en ganske utstrakt bruk av eldre høyesterettspraksis som en sentral kilde, og litteraturen på området viser gjerne tilbake til både 50 og 100 år gamle fremstillinger. Diskusjonen om det kreves overlevering av løsøregjenstander for at erverver skal være beskyttet mot avhenders kreditorer, kan stå både som et eksempel og bevis på rettsområdets tendens til enkelte «evige» diskusjoner. Spørsmålet har blitt diskutert og kranglet om i norsk rettsvitenskap i langt over 100 år, og helt frem til i dag har ku- og jernskrap-dommene fra henholdsvis 1910 og 1912 hatt en sentral plass i diskusjonen.²

Et område preget av kontinuitet, til dels svært gamle lovtekster, bruk av eldre høyesterettspraksis og en tendens til å trekke opp lange linjer gjennom den juridiske litteraturen må også nødvendigvis ha en viss metodisk kontinuitet. Bruk av gamle kilder krever at i hvert fall argumentasjonen og synspunktene i disse er gjenkjennelige, selv om bruken av slike kilder også kan forankres i hensynet til stabilitet og kontinuitet alene. Ku- og jernskrap-dommene får igjen tjene til illustrasjon: Dommene bygger på et syn på eiendomsrettens overgang som er forlatt, men argumentasjonen er gjenkjennelig og har latt seg overføre på en mer moderne tankegang om hvordan man oppnår rettsvern.

Når det gjelder spørsmål om rettsvern mot kreditorbeslag, er det i hvert fall på det rene at det foreligger et fast etablert metodisk utgangspunkt: Rettsvernsreglene skal anvendes selv om det i det konkrete tilfellet ikke er mistanke om kreditorsvik, og også der de fører til resultater som virker

¹ Uttrykket er hentet fra Kai Krüger, «De lange tidsaksers juss – litt om induktiv pluralistisk argumentasjon i den historisk/dynamiske tingsrett om fast eiendom», *Kart og Plan* 1998, s. 161–169.

² Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263.

sterkt urimelige.³ Dette utgangspunktet ble særlig tydelig uttalt i flere høyesterettsdommer på 1990-tallet, der Rt. 1997 s. 1050 *Momentum* og Rt. 1998 s. 268 *Cruise Charter* normalt fremheves som de to viktigste.

De senere årene har vi hatt en rekke viktige og kontroversielle dommer i Høyesterett om rettsvernsspørsmål. I 2017 behandlet Høyesterett i den såkalte *Forusstranda*-saken, HR-2017-33-A, en rekke anførte grunnlag for rettsvern mot kreditorbeslag uten tinglysning, blant annet spørsmål om rekkevidden av ordlyden i tinglysningsloven § 23 og spørsmål om vern etter læren om såkalt selvstendig rettsvernshevd. Rettsvernshevd måtte behandles på nytt i HR-2021-1773-A *Bank Norwegian*. I tillegg har Høyesterett måttet ta stilling til om rettsvern for factoringpant kan etableres ved melding til debitor, i HR-2020-837-A *Bergen Bunkers II*, og til slutt kom omsider spørsmålet om rettsvern for erverv av løsøre er betinget av overlevering, opp for vår øverste domstol i HR-2021-2248-A *Aurstad Maskinutleige*.

Denne artikkelen handler ikke primært om de materielle løsningene i disse rettsavgjørelsene, selv om det er interessante avgjørelser om interessante rettsspørsmål. Temaet for artikkelen er i stedet om det kan spores metodiske trekk i disse avgjørelsene av mer generell interesse for drøftelser av rettsvernsspørsmål. I noen grad må det innebære også å analysere de materielle drøftelsene i dommene, men hovedspørsmålene er langt på vei avklart: Rettsvern mot kreditorbeslag kan oppnås gjennom reglene om selvstendig rettsvernshevd. Factoringpant kan ikke få rettsvern mot kreditorbeslag gjennom melding til debitor for de pantsatte kravene. Og rettsvern mot kreditorbeslag ved erverv av løsøre er som hovedregel avhengig av overlevering.

Jeg vil først gi en oversikt over rettstilstanden før dommene som er kommet fra 2017 og fremover. Dette vil jeg gjøre ved å holde Rt. 1995 s. 1181 *Norblast* opp mot *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene og vise den indre spenningen mellom disse, selv om de neppe kan sies å stå i direkte motstrid med hverandre. Jeg vil så rette oppmerksomheten mot *Bergen Bunkers*-dommen, som gjennom både dissens 3-2 og kritikk i litteraturen godt illustrerer en del av de vanskelige spørsmålene som oppstår i spørsmål om rettsvern kan oppnås der lovens krav tilsynelatende ikke er møtt. Jeg vil så gå inn på dommene om selvstendig rettsvernshevd og si noe om hensynet til en indre sammenheng i reglene og farene ved en fragmentert rettstilstand i lys av disse. Det siste metodiske problemet jeg skal gå inn på, er langt på vei motstykket til spørsmålet om man kan oppnå rettsvern uten at lovens krav er møtt: Hva skal til for å tolke lovfestede rettsvernsregler utvidende eller oppstille ulovfestede rettsvernsregler? Dette vil jeg illustrere med *Forusstranda*-dommen og dommen om overleveringskravet for erverv av løsøre.

2 «Alminnelig juridisk metode» og Rt. 1995 s. 1181 *Norblast*

³ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 35–36, og Borgar Høgetveit Berg, *Beslagsretten*, Universitetsforlaget 2021, s. 238–239.

Et naturlig utgangspunkt for en drøftelse av metodespørsmål ved anvendelsen av rettsvernsregler er Rt. 1995 s. 1181 *Norblast*. *Norblast*-dommen er nemlig velegnet til å illustrere den vanlige pragmatiske tilnærmingen til rettsspørsmål i nordisk juridisk metode.⁴

Saken gjaldt spørsmål om et driftstilbehørspant hadde rettsvern. I dag etableres og tinglyses driftstilbehørspant helt uavhengig av pant i fast eiendom. Frem til en lovendring i 2001 krevde imidlertid panteloven § 3-4 at pantsettelse av driftstilbehør måtte skje «sammen med pantsettelse av eiendomsretten eller en tinglyst og overførbar bruksrett til den eller de faste eiendommer som virksomheten er knyttet til».⁵ Tanken var at driftstilbehøret hadde størst verdi sammen med eiendommen virksomheten ble drevet på, og at panterett derfor kun burde tillates i eiendommen og driftstilbehøret samlet.⁶ Panteloven § 3-6 fastsatte at «panterett i driftstilbehør får rettsvern ved å tinglyses sammen med panteretten i eiendomsretten eller bruksretten til den eller de faste eiendommer».

Problemet i *Norblast*-saken var at driftstilbehørspantet ikke var tinglyst på alle de eiendommene som virksomheten ble drevet på. Som Høyesterett selv treffende formulerer problemstillingen:

«Det synes klart, og er heller ikke bestridt av Den norske Bank, at årsaken til at bnr 694 og 695 ikke er tatt uttrykkelig med i pantedokumentet fra *Norblast* til Rogalandsbanken, må være at det er blitt oversett at bedriftsområdet omfattet mer enn ett bruksnummer. Partene i avtalen har åpenbart ment at hele området skulle omfattes. Spørsmålet er så om utelatelsen medfører at pantsettelsen av driftstilbehøret mangler rettsvern.»

Lovens ordlyd tydet på at en slik feil som ble beskrevet, fører til at rettsvern ikke er oppnådd. Når loven krevde tinglysing på «den eller de faste eiendommer» som virksomheten er knyttet til, er det klart mest nærliggende å forstå «den eller de» slik at dersom virksomheten drives på flere eiendommer, må den tinglyses på samtlige. Dette ble også lagt til grunn av Høyesterett, som skrev at «det er således et klart utgangspunkt at når virksomheten drives over flere bruksnummer, må samtlige tas med i pantsettelsen, og denne må tinglyses på dem alle for at driftstilbehørspantet skal få rettsvern».

Spørsmålet ble da om det var andre rettskilder som kunne danne grunnlag for en rettsregel som ikke stiller et like absolutt krav til tinglysing på alle eiendommene som lovteksten tilsa. Høyesterett gikk naturlig nok først til forarbeidene og viste til følgende utsagn:

⁴ Generelt om pragmatiske i nordisk rettstenking, se Sverre Blandhol, «Juridisk metode og den nordiske rettspragmatisme», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 623–638, med videre henvisninger til Blandhols øvrige forfatterskap om pragmatismen. Se også antologien Jan Kleineman (red.), *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt*, Stockholm Center for Commercial Laws skriftserie nr. 35, Jure Förlag 2019. Jeg har redegjort mer generelt for mitt syn på pragmatismens rolle i formuerettslig metode i Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utg. Cappelen Damm Akademisk 2019, kapittel 12.

⁵ Se nærmere om historikken her, Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 5. utg. Universitetsforlaget 2021, s. 55–56.

⁶ Jf. Sivillovbokutvalets Rådsegn 8 – Om pant (NUT 1970: 2) s. 81, jf. også Innst. O. nr. 19 (1979–80) s. 12.

«Med 'eiendom' menes i denne forbindelse den grunn og de bygninger m.m. som driftsmessig utgjør en enhet. En slik eiendom kan bestå av ett eller flere matrikelnummer. Hvis virksomheten er knyttet til flere slike eiendommer, er utgangspunktet at driftstilbehøret må pantsettes sammen med alle eiendommene. Nærværende paragrafs femte ledd åpner imidlertid en viss adgang til oppdelt pantsettelse. Forutsetningen er at 'pantsetterens næringsvirksomhet består av flere avdelinger, som driftsmessig er adskilt og som er knyttet til forskjellige eiendommer.' 'Eiendom' er her klarligvis brukt i samme betydning som i første ledd.»⁷

Høyesterett uttalte at «når det her tales om hva som er utgangspunktet, kan det forstås slik at det er plass for unntak». Selv synes jeg det er langt mer naturlig å lese forbeholdet som ligger i uttrykket «i utgangspunktet», som en henvisning til den setningen som kommer rett etter: presiseringen av at det finnes et unntak fra dette utgangspunktet i femte ledd. Jeg leser denne uttalelsen i forarbeidene mer som en støtte for et absolutt krav om tinglysing på alle eiendommene virksomheten drives på, enn som en åpning for unntak. For den metodiske analysen er det uansett et viktig poeng at Høyesterett mente å finne støtte for unntak fra den regelen lovteksten talte for i forarbeidene.

Høyesterett fremhevet også et annet utsagn i forarbeidene til støtte for unntak. Høyesterett skrev:

«Når det her tales om hva som er utgangspunktet, kan det forstås slik at det er plass for unntak. Kanskje kan dette også anses forutsatt i det som uttales på den foregående side [i forarbeidene], hvor det under drøftelsen av hvorvidt pantsettelse av driftstilbehør bør knyttes til bedriftens faste eiendom heter:

'Det er riktig at det kan oppstå problemer hvor en bedrifts faste eiendom består av flere bruksnummer, og hvor ett eller et par av disse ikke blir medtatt ved pantsettelsen. Men problemet vil først og fremst melde seg for panteretten i selve den faste eiendom: for den som byr på tvangsauksjon kan det f.eks. være et vesentlig minus at et areal midt inne på fabrikkområdet holdes utenfor, fordi det utgjør et eget bruksnummer som ble oversett ved utferdigelsen av pantobligasjonen. De problemer som i slike tilfelle melder seg for pant i driftsløstret, er mindre vesentlige, og iallfall altfor spesielle til at det kan bygges på dem i denne sammenheng.'

Det som her sies, kan tyde på at Justiskomiteen ikke tenkte seg at panteretten i driftsløstret uten videre skulle mangle rettsvern i et slikt tilfelle.»

Her deler jeg Høyesteretts vurdering av at forarbeidene har en viss åpning for unntak. Situasjonen der virksomheten drives på flere eiendommer og panteretten ikke er tinglyst på samtlige, tas opp

⁷ Innst. O. nr. 19 (1979–80) s. 13.

ekspisitt, og det gis i det minste ikke uttrykk for at dette må lede til at rettsvern *ikke* er oppnådd. Forarbeidenes uttalelse er for øvrig noe merkelig. Panterett i fast eiendom får man for de enkelte bruksnummer, og dersom man utelater enkelte eiendommer ved en feil, blir resultatet at man eventuelt kan kreve tvangssolgt de eiendommene man har registrert panterett i.⁸ Det kan gjøre salgsprosessen krevende og påvirke kjøpesummen i negativ retning, men rent *juridisk* skaper det ikke de store vanskene. For driftstilbehørspanteretten var det annerledes: Enten hadde man pant i driftstilbehøret i sin helhet, eller så hadde man det ikke. Selve salgsprosessen ble ikke komplisert, men den juridiske vurderingen av om man har pant eller ikke, ble derimot det. Sånn sett kan forarbeidenes avfeiling av problemet tyde på en underliggende forutsetning om at driftstilbehørspanteretten står seg, slik Høyesterett påpekte.

Noen sterk støtte kan man ikke konkludere med at det fantes i forarbeidene, selv ikke etter Høyesteretts noe underlige lesning av det først analyserte forarbeidssitatet. Høyesterett fant imidlertid også støtte for en innskrenkende tolkning av rettsvernsregelen både i juridisk teori og i reelle hensyn. Om den juridiske teorien skrev Høyesterett at det «i den panterettslige litteratur synes det å være utviklet en ganske fast rettsoppfatning om at det må gjøres visse unntak fra kravet om tinglysning på samtlige bruksnummer», og viser til Brækhus, Skoghøy og Kjelstrup. Etter å ha konkludert med at det fantes en viss støtte for et unntak i forarbeidene og i en innarbeidet oppfatning i litteraturen, er det naturlig at Høyesterett fulgte opp med å skrive at «slik det øvrige rettskildematerialet fremtrer, blir det atskillig plass for å legge vekt på reelle hensyn».

Om de reelle hensynene skrev Høyesterett følgende:

«For kredittyteren – i dette tilfelle Rogalandsbanken – vil det virke meget hårdt om det forhold at man har oversett at et par små arealer innenfor bedriftsområdet utgjorde egne bruksnummer, skulle føre til at det ikke er etablert pantesikkerhet i driftstilbehøret. Nå har riktignok Den norske Bank gjort gjeldende at en profesjonell kredittyter bør se seg bedre for. Men glipp av denne karakter kan være vanskelige å unngå; det viser både den foreliggende sak og de øvrige saker som er dokumentert. Jeg tilføyer at det synes tvilsomt hvor langt en streng praksis vil kunne motivere kredittyterne til grundigere undersøkelser. De vil ha en sterk oppfordring til slike undersøkelser allerede for å unngå de problemer som kan følge av at rettsvernet for panteretten i den faste eiendom eller leieretten blir begrenset til det eller de bruksnummer den er tinglyst på. Det er i og for seg velkjent at rettsvernsregler undertiden kan føre til resultater som virker hårde, og at domstolene likevel ikke kan unnlate å anvende reglene. Når jeg likevel mener at det i saker som den foreliggende kan være grunn til en mindre streng anvendelse, henger det særlig sammen med at de hensyn rettsvernsreglene skal vareta, her ikke gjør seg gjeldende med vanlig styrke.

Rettsvernsreglene skal særlig vareta notoritet og publisitet. Som fremhevet av herredsretten, synes disse hensyn i vår sak vel varetatt ved den tinglysingen som har funnet sted. Når det

⁸ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven med kommentarer*, 3. utg., Gyldendal 2016, s. 216.

gjelder publisitetshensynet, er jeg enig med herredsretten i at tredjemann gjennom tinglysingen av pantet på bnr 325, som er den klart sentrale del av bedriftsområdet, blir tilstrekkelig oppmerksom på at driftstilbehøret er pantsatt.»

Høyesterett pekte her på noen sentrale reelle hensyn av litt ulik karakter. Først ble det vist til et reelt hensyn som i lys av rettsutviklingen etter *Norblast*-dommen kanskje i dag kan fremstå som overraskende og kontroversielt: Høyesterett viste til at et krav om tinglysing på alle eiendommer som omfattes av virksomheten, kan ramme panthaver hardt. Det er et argument som synes å ha falt fullstendig på stengrunn i flere senere høyesterettsavgjørelser, blant annet Rt. 1997 s. 1050 *Momentum*, Rt. 1998 s. 268 *Cruise Charter* og HR-2020-837-A *Bergen Bunkers II*. Dette kommer jeg tilbake til.

Høyesterett presiserte så at det er velkjent at rettsvernsreglene kan lede til resultater som virker harde, og at domstolene likevel må anvende dem. Urimelighet i seg selv var altså ikke nok. Utslagsgivende for Høyesteretts vurdering var at det i dette tilfellet ikke bare ga et urimelig hardt utfall å ta loven på ordet, men at også de hensynene som begrunner kravet om rettsvern, behovet for notoritet og publisitet, var godt ivaretatt gjennom den tinglysingen som var foretatt.

Etter å ha avfeid enkelte andre hensyn som var anført i saken, etter min oppfatning med rette, konkluderte Høyesterett slik:

«Etter min mening taler formålet bak rettsvernsregelen i panteloven § 3-6 for at panteretten i driftsløsøret har rettsvern når den er tinglyst på det eller de bruksnummer som er av mest sentral betydning for bedriftens virksomhet, og som kan sies å utgjøre kjernen i virksomheten.»

Som fremhevet innledningsvis i analysen av *Norblast*-dommen illustrerer den godt den pragmatiske tilnærmingen som kjennetegner nordisk rettsvitenskap. Lovteksten er utgangspunktet, men heller ikke mer enn et utgangspunkt. Høyesterett legger normalt også stor vekt på forarbeidene og vurderer et bredt spekter av hensyn, der særlig formålsbetraktninger står sentralt. Det er også normalt rom for rimelighetsbetraktninger, i hvert fall så lenge de knytter seg til et typetilfelle der løsningen som vurderes, kan lede til generelt urimelige resultater. I *Norblast*-saken fant også Høyesterett en etablert rettsoppfatning i litteraturen som ga støtte for resultatet, noe som normalt minsker sjansen for at det å fravike lovteksten gir store, utilsiktede konsekvenser.

3 En strengere linje – Rt. 1997 s. 1050 *Momentum* og Rt. 1998 s. 268 *Cruise Charter*

Norblast-dommen er særlig interessant fordi den relativt pragmatiske linjen som Høyesterett anla, synes å være raskt forlatt i to senere avgjørelser: Rt. 1997 s. 1050 *Momentum* og Rt. 1998 s. 268 *Cruise Charter*. I begge disse dommene var det spørsmål om anvendelsen av rettsvernsregler som tilsynelatende ga urimelige resultater, og der hensynet til notoritet og publisitet langt på vei var ivaretatt.

Selskapet Momentum hadde ervervet aksjer som ved en glipp var blitt registrert på en verdipapirkonto i Oslobanken som banken hadde pant i. Momentum solgte disse aksjene videre og fikk betalt, men Oslobanken nektet å overføre aksjene til kjøpers verdipapirkonto. Oslobanken hevdet at aksjene, ved å bli satt inn på den pantsatte kontoen, ble omfattet av panteretten. Senere gikk Momentum konkurs, uten at kjøper hadde fått registrert sin rett til aksjene. Både kjøper av aksjene og Momentums konkursbo krevde å få aksjene utlevert, men banken nektet.

Kjøper saksøkte Oslobanken, og Høyesterett kom til at panteretten ikke omfattet de aktuelle aksjene. Dermed hadde Oslobanken urettmessig hindret kjøper i å få registrert sitt erverv av aksjene. Banken ble derfor dømt til å betale erstatning til kjøper.⁹

Også boet saksøkte Oslobanken, men søksmålet fra boet hadde blitt stilt i bero i påvente av avgjørelse i saken mellom banken og kjøper. I mellomtiden var aksjene blitt verdiløse som følge av konkurs i selskapet aksjene var knyttet til. Boet hevdet at når kjøper ikke hadde fått registrert sin rett til aksjene senest dagen før åpning av konkurs, så fulgte det av den dagjeldende verdipapirsentralloven § 5-3 at kjøper manglet rettsvern, og dermed skulle aksjene ha vært utlevert til boet.¹⁰ Som følge av at banken hadde nektet å frigjøre aksjene til boet, og at boet dermed ikke fikk solgt aksjene på et tidligere tidspunkt, ble boet påført et tap som det krevde erstattet.

Oslobanken forsvarte seg med at selv om verdipapirsentralloven § 5-3 oppstilte et tilsynelatende absolutt krav om registrering senest dagen før konkurs, kunne ikke dette gjelde i enhver situasjon. Det ble blant annet anført at *Norblast*-dommen viste at «rettsvernsregler ikke alltid skal tolkes helt bokstavelig», og det ble påpekt at det klart nok ikke var et problem knyttet til manglende notoritet i akkurat dette tilfellet.

Flertallet på tre dommere kom til at det ikke var rom for å gjøre unntak fra registreringskravet, og har en prinsipielt formet begrunnelse som har fått stor betydning for rettsutviklingen på dette området:

«Den ankende part synes å anføre at rettsvernsreglene i verdipapirsentralloven § 5-3 og tinglysingsloven § 23 generelt kan tolkes innskrenkende for tilfeller der hensynet til notoritet er varetatt, og det ikke foreligger noen kredittgivning. Som førstvoterende mener jeg at dette ikke kan føre frem. Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene. Etter min mening må dette føre til at heller ikke de temmelig spesielle forhold som foreligger i vår sak, og som førstvoterende legger avgjørende vekt på, gir grunnlag for noen innskrenkende tolking av verdipapirsentralloven § 5-3.»

⁹ Rt. 1993 s. 1464.

¹⁰ Verdipapirsentralloven av 1985 ble først erstattet av verdipapirregisterloven av 2007, før den igjen ble erstattet av den någjeldende verdipapirsentralloven av 2019. Verdipapirsentralloven av 1985 § 5-3 var formulert etter mønster av tinglysingsloven § 23. Dagens verdipapirsentrallov § 7-3 har ikke en særregel for konkurs, men krever i stedet at konkurs, på lik linje med andre rettigheter, gjennom registrering fortrenger uregistrerte rettigheter.

Det kan være verdt å merke seg at et mindretall på to dommere ville gi Oslobanken medhold i at det kunne oppstilles et unntak fra det tilsynelatende absolutte kravet til registrering før konkursåpning. Mindretallets votum illustrerer godt det retningsvalget *Momentum*-dommen innebærer, og den etter min mening noe strengere linjen som er anlagt, sammenlignet med *Norblast*-dommen. Det må imidlertid presiseres at selv mindretallet tydelig uttalte at rommet for unntak er snevert:

«I vår sak er det spørsmål om bestemmelsen i vps-loven § 5-3 er absolutt, eller om det kan tenkes situasjoner der det er mulig å oppnå vern i forhold til selgerens konkursbo, til tross for at registrering ikke er foretatt i tide. Rettspraksis og juridisk litteratur gir svært liten støtte for unntak fra en regel av denne art. Det kan ikke være tvil om at domstolene på dette området må følge en meget restriktiv linje. Jeg er ikke enig med den ankende part når det gjøres gjeldende at det er tilstrekkelig for rettsvern at det ikke dreier seg om kredittgivning, og at disposisjonens notoritet godtgjøres på annen måte enn ved registrering.»

Vi ser at det på samme måte som i *Norblast*-dommen uttales at selv om det gjøres unntak i det konkrete, spesielle tilfellet, så er rammene for slike unntak snevre. Det hadde dermed trolig ikke vært snakk om vidtrekkende inngrep i rettsvernsreglenes karakter, samtidig som man jo kan lure på hvor langt slike generelle forbehold ville rukket dersom Høyesterett flere ganger hadde landet på å gjøre unntak fra et tilsynelatende absolutt krav til rettsvernsakt.¹¹ Begrunnelsen for å gjøre unntak er ganske pragmatisk og tyder ikke på en spesielt høy terskel:

«Men slik jeg ser det, medfører verken lovteksten eller de hensyn bestemmelsen skal vareta, at et konkursbo unntaksfritt må vinne rett når formelt rettsvern ikke er i orden. I vår sak fremstår saksforholdet som så vidt spesielt at det etter min mening bør være rom for et unntak.»

Her synes det å være tilstrekkelig at det er en spesiell sak som det kanskje ikke har vært naturlig å regulere uttrykkelig, og der hensynet til notoritet og publisitet ikke taler imot unntak. Mindretallet presiserer at det «var bare kontoførers rettsstridige atferd som medførte at aksjene ikke fikk det nødvendige rettsvern», og at det «ikke [var] tale om noen forsømmelse fra partene i kjøpsavtalen». I tillegg legger mindretallet vekt på at kontoen var pantsatt, «slik at aksjene ikke utad fremsto som Momentums frie aktiva».¹²

¹¹ Sverre Magnus Bergslid Salvesen, *Kreditorvern*, Cappelen Damm Akademisk 2021, s. 430, oppfatter i hvert fall at prejudikatsvirkningen av å følge mindretallet i *Momentum*-dommen ville vært «svært snever». Selv tenker jeg nok at det å holde «døren på gløtt» for innskrenkende tolkninger av rettsvernsregler, ved å akseptere et nytt unntak i denne saken, kunne ha skapt usikkerhet og flere tvister, uten at jeg mener det nødvendigvis alltid må være avgjørende.

¹² Det siste minner litt om et legitimasjonssynspunkt, noe som normalt ikke hører hjemme i drøftelsen av kreditorbeslagsspørsmål, jf. nærmere Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 36, og Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 169–171.

Momentum-flertallets strenge linje ble fulgt opp i Rt. 1998 s. 268 *Cruise Charter*. Her var saksforholdet at et skip hadde brent og blitt kondemnert. Forsikringsselskapet hadde utbetalt forsikringssummen og dermed i medhold av forsikringsvilkårene blitt eier av skipsvraket. Fordi skipet var pantsatt, hadde forsikringssummen blitt utbetalt til panthaver. Før forsikringsselskapet hadde fått registrert rett til skipet i skipsregisteret, men også før panteretten var slettet fra registeret, gikk rederiet konkurs.

Konkursboet hevdet å ha vunnet rett til skipsvraket gjennom reglene om kreditorekstinksjon, ettersom forsikringsselskapets erverv ikke var tinglyst senest dagen før konkursåpningen, jf. sjøloven § 25. Forsikringsselskapet anførte imidlertid at det forelå et særegent tilfelle der kravet om tinglysing i sjøloven § 25 ikke burde anvendes så strengt som lovteksten tilsa. Forsikringsselskapet viste til at forsikringsavtalens mekanisme med plikt til å utbetale forsikringssummen, og at eiendomsretten da som en direkte konsekvens gikk over til forsikringsselskapet, var en ervervstype som måtte falle utenfor lovens uttrykk «frivillig stiftet rett». Det var dessuten god notoritet ved ervervet, slik at det heller ikke var noe behov for å kreve registrering.

Høyesterett påpekte først at selve sjøforsikringsavtalen var en avtale som måtte anses som en «frivillig stiftet rett». Høyesterett oppstilte så problemstillingen slik:

«Spørsmålet blir så om det kan tenkes ulovfestede unntak fra kravet om registrering i sjøloven § 25 første ledd i tilfeller hvor det avtalebaserte erverv langt på vei ivaretar de sentrale hensyn bak registreringskravet, særlig notoritetshensynet og betydningen av å unngå kreditorsvik.»

Høyesterett besvarte dette spørsmålet i tråd med *Momentum*-dommen:

«Etter min mening er det sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her. Begynner domstolene først å vurdere dette spørsmål i den enkelte sak, vil man nokså snart komme inn i meget problematiske grensdragninger. Hensynet til en objektiv og retts teknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak. Disse hensyn er blitt utslagsgivende i rettspraksis. Jeg viser her særlig til flertallets avgjørelse i Rt. 1997 s. 1050.»

4 Noen metodiske betraktninger om *Norblast*, *Momentum* og *Cruise Charter*

Det kan være grunn til å dvele litt ved de ulike måtene Høyesterett formulerte de mulige «unntakene» fra den tolkningen som samsvarte best med lovteksten. Felles for *Norblast*-, *Momentum*- og *Cruise Charter*-sakene er at de alle dreide seg om lovregulerte rettsvernsspørsmål, der lovteksten klart tilsa et krav om registrering. I *Norblast*-saken var det en ufullstendig registrering, mens det i de to andre dommene helt manglet registrering. Spørsmålet i samtlige saker er om det kan gjøres «unntak» fra lovtekstens krav om registrering.

Rent metodisk kan man spørre seg om ulike formuleringer av spørsmålet kan lede til ulike resultater. Det kan tenkes at forskjellen mellom å spørre om «verdipapirsentralloven § 5-3 [...] kan

tolkes innskrenkende for tilfeller der hensynet til notoritet er varetatt», og å spørre om det kan oppstilles et «ulovfestet unntak» fra sjøloven § 23, kan lede til ulike terskler, eller til og med ulike resultater. Prinsipielt sett er det viktig å holde fast på, uavhengig av hvordan problemstillingen formuleres, at det er et spørsmål om rettskildene gir rom for en annen regel enn den som kan utledes direkte av lovteksten. Og i slike spørsmål vil det ofte være et viktig argument om lovbestemmelsens formål treffer på det aktuelle typetilfellet eller ikke.

I spørsmål om tolkning av rettsvernsregler vil det dermed, i tråd med vanlig norsk rettskildelære, være et viktig moment om hensynene bak rettsvernsreglene treffer på det aktuelle typetilfellet. At det i det *konkrete tilfellet* er god notoritet og ikke mistanke om kreditorsvik, er normalt ikke nok når man skal vurdere om regelens formål treffer, men dersom det aktuelle *typetilfellet* i stor utstrekning eliminerer bekymringer for kreditorsvik, så er dette et argument for ikke å anvende rettsvernsregelen i loven etter sin ordlyd. I *Norblast*-tilfellet var det klart nok ikke en bekymring for kreditorsvik når forutsetningen var at panteretten var tinglyst på de eiendommene som var mest sentrale for virksomheten. I *Momentum*-tilfellet kan det pekes på at når det er den som har ansvaret for registreringen, som urettmessig hindrer rettsvern, og partene har gjort alt det de skal, er kreditorsviksfaren svært lav. Og i *Cruise Charter*-tilfellet var det et automatisk erverv knyttet til en forsikringsavtale og utbetaling av en forsikringssum, som ikke skaper særlige utfordringer knyttet til notoritet og kreditorsvik.¹³

Den avgjørende forskjellen mellom disse sakene er at Høyesterett fant vesentlig flere rettskilder til støtte for en innskrenkende tolkning i *Norblast*-saken enn i *Momentum*- og *Cruise Charter*-sakene. I *Norblast*-dommen ble det, i tillegg til at formålet bak rettsvernsregelen ikke gjorde seg gjeldende, funnet støtte i forarbeidene og i en etablert rettsoppfatning i den juridiske teorien. Derfor er det, som nevnt i innledningen, ingen direkte motstrid mellom *Norblast*-dommen på den ene siden og *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene på den andre, selv om flere, meg selv inkludert, har gitt uttrykk for at praksis etter *Norblast*-dommen oppleves som en innskjerping.¹⁴ Det eksisterer ingen høyesterettsdommer som eksplisitt tar avstand fra vurderingene i *Norblast*-dommen, og det er etter min skjønn liten grunn til ikke å anse et slikt rettskildegrunnlag som i dommen tilstrekkelig til å foreta innskrenkende tolkninger uavhengig av den rettspraksis som senere har kommet til. At *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene oppleves som strengere, er nok mer knyttet til den ganske harde linjen som Høyesterett fører i disse sakene, der det er lett å tenke seg at en mer pragmatisk og åpen tilnærming i tråd med *Norblast*-dommen kunne ledet til et annet resultat. Salvesen skriver i hvert fall at han mener at det burde vært gjort unntak fra rettsvernsreglene i de tilfellene partene har gjort alt som kan kreves av dem for å skaffe rettsvern, slik som i *Momentum*-saken.¹⁵

Det har verken før eller etter *Norblast*-, *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene vært tvil om at rettsvernsreglene gjelder uavhengig av om de i det konkrete tilfellet får urimelige utslag, for

¹³ Slik også Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 9. utg., Universitetsforlaget 2022, s. 761.

¹⁴ Se Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utg. 2009, s. 246, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 761, Salvesen, *Kreditorvern*, s. 128, og Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 48.

¹⁵ Salvesen, *Kreditorvern*, s. 429–431.

eksempel fordi det ikke er tvil om at den som rammes av ekstinksjon, er den reelle eier, og det ikke er noen mistanke om kreditorsvik.¹⁶ Det spesielle med *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene er at de kan synes å stille krav til sterkere støtte i rettskildene for å gjøre avvik fra den løsningen som er best i tråd med lovteksten, enn hva som ellers er vanlig i privatretten. Dette skal jeg straks illustrere med HR-2020-837-A *Bergen Bunkers II*.

5 Terskelen for å gjøre unntak fra den lovfestede rettsvernsregelen illustrert med HR-2020-837-A *Bergen Bunkers II*

5.1 En kort innledning

En rettsavgjørelse som etter min mening illustrerer svært godt hva som ligger i den strenge linjen Høyesterett la seg på i *Momentum*-dommen, er HR-2020-837 *Bergen Bunkers II*.¹⁷ Noe paradoksalt er dette den eneste av de nyere dommene om rettsvern som ikke uttrykkelig henviser til *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene, samtidig som det er den dommen som etter min mening best illustrerer den terskelen for unntak som disse dommene oppstiller. Den er også spesielt interessant fordi den er avsagt under dissens 3-2 og er kritisert i litteraturen, og dermed kan illustrere de ulike tilnærmingene til tolking av rettsvernsregler godt.

Kritikken i litteraturen har vært til dels knallhard. Berg omtaler dommen som «ganske oppsiktsvekkende», og skriver at «løysinga til mindretallet [hadde] klart best støtte i rettskjeldene». Han fremhever blant annet at «fleirtallet la [...] for liten vekt på systemomsyn, og for stor vekt på obiteret i Rt. 1993 s. 1295», og at «drøftinga av reelle omsyn er heller ikkje overtydande».¹⁸ Skoghøy er enda mer kritisk, og omtaler dommen som en «arbeidsulykke». Skoghøy mener at «flertallsvotumet er formalistisk, uklart og svakt faglig begrunnet». Han fremhever at «Høyesteretts flertall stirret seg blind på ordlyden [...] uten å reflektere over hva formåls- og systembetragtninger tilsier», før han presiserer at den ordningen som var etablert, ga «ikke bare notoritet, men tilfredstil[te] langt på veg også publisitetshensyn».¹⁹

Allerede kan vi se igjen en del av spenningene fra *Norblast*, *Momentum* og *Cruise Charter*. Skoghøy kritiserer dommen fordi Høyesteretts flertall «stirret seg blind på ordlyden», og påpeker at

¹⁶ Jf. også Berg, *Beslagsretten*, s. 238, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 760–761, og Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 35–36. Se også Høyesteretts tydelige beskrivelse av denne regelen, og henvisning til relevant høyesterettspraksis, i HR-2021-2248-A *Austad Maskinutleie* avsnitt 50–51.

¹⁷ Jeg omtaler saken som *Bergen Bunkers II* fordi saken også var oppe i Høyesterett på et tidligere tidspunkt, HR-2017-1297-A *Bergen Bunkers I*, der Høyesterett avgjorde at saken kunne bringes inn for de norske domstolene, og at rettsspørsmålene i saken skulle avgjøres etter norske rettsregler. Avgjørelsen av jurisdiksjonsspørsmålet er etter min mening noe vanskelig å forene med EU-domstolens avgjørelse i sak C-292/08, mens det etter min mening er overbevisende redegjort for hvorfor norsk rett måtte anvendes i saken. Jeg må også tilføye at jeg tidlig ble bedt om å utrede denne saken for konkursboet, og at jeg fungerte som rådgiver for *Bergen Bunkers'* konkursbo gjennom hele tvisten. Underveis i skrivningen av denne artikkelen har jeg også hatt den glede å veilede Andreas Torp-Holte på en masteravhandling om Høyesteretts metodebruk i *Bergen Bunkers II*, og takker ham for flere interessante diskusjoner om dommen. Jeg kommer for enkelthets skyld i resten av artikkelen til å omtale HR-2020-837 som *Bergen Bunkers*-dommen.

¹⁸ Berg, *Beslagsretten*, s. 489.

¹⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, «Rettsvern for factoring og factoringpant – hva gjelder etter HR-2020-837-A *Bergen Bunkers?*», *Jussens Venner* 2021, s. 299–314, på s. 309, jf. også Skoghøy, *Panterett*, s. 203.

Høyesterett burde lagt vekt på formålsbetraktninger, og da særlig notoritets- og publisitetshensyn. Men det er jo nettopp den type argumentasjon som ikke nådde frem i *Momentum* og *Cruise Charter*. Etter disse dommene kreves det *noe mer* for at lovteksten skal tolkes innskrenkende. Både Skoghøy og Berg anfører «systemhensyn» som sentrale, noe jeg vil undersøke særskilt for å se om dette kan gi grunnlag for en innskrenkende tolkning.²⁰

5.2 Saksforhold og problemstilling

Det internasjonale konsernet for salg av bunkersolje som Bergen Bunkers var en del av, hadde pantsatt alle sine fordringer til den nederlandske storbanken ING som sikkerhet for en konsernkreditt. ING hadde feilaktig lagt til grunn at pantsettelse av det norske datterselskapet Bergen Bunkers' fordringer skulle skje etter engelsk rett.²¹ Derfor hadde ING forsøkt å etablere rettsvern gjennom å sende melding om pantsettelsen til debitorerne for kravene, slik engelsk rett krevde. Bergen Bunkers gikk senere konkurs, som følge av konkurs i det danske morselskapet. Det oppsto tvist om det forelå en panterett som hadde rettsvern.

Panteloven har tilsynelatende to «spor» for å pantsette pengekrav som oppstår i fremtiden. I panteloven § 4-4 (1) andre punktum er det hjemmel for å pantsette «enkle pengekrav som noen kommer til å få mot navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold». Panteloven § 4-5 (1) fastslår at «panterett i enkelt krav får rettsvern ved at skyldneren får melding om pantsettelsen». I tillegg er det i panteloven § 4-10 hjemmel for å pantsette «de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som [en næringsdrivende] har eller får i sin virksomhet». Dette omtales som factoringpant. I § 4-10 (2) fastslås følgende om rettsvern:

«Avtale som nevnt i første ledd får rettsvern ved tinglysing på den næringsdrivendes blad i Løsøreregisteret. Rett etter slik avtale kan allikevel ikke gjøres gjeldende mot den som i aktsom god tro har ervervet en konkurrerende rett til et krav som omfattes av avtalen, og som har fått rettsvern for sitt erverv etter § 4-5 eller etter lov av 17. februar 1939 om gjeldsbrev § 29.»

Da saken kom til Høyesterett, var det rettskraftig avgjort at det ikke forelå gyldig pant i fordringene etter panteloven § 4-4 (1). Dette skyldtes at kravet om at skyldnerne må navngis, ikke var oppfylt. For Høyesterett hevdet ING at det forelå en avtale om pantsettelse av Bergens Bunkers' samlede utestående fordringer for krav på betaling for varer og tjenester, altså en avtale om factoringpant etter panteloven § 4-10. Boet bestred ikke at arrangementet kunne ses på som et factoringpant, men mente at en slik avtale måtte tinglyses i Løsøreregisteret for å få rettsvern, jf. § 4-10 (2). ING mente imidlertid at panteloven § 4-10 (2) ikke uttømmende regulerer adgangen til å oppnå rettsvern. Banken viste til at det var snakk om pant i enkle pengekrav, og at panteloven § 4-5 (1) helt generelt fastslår at panterett i enkle pengekrav kan få rettsvern «ved at skyldneren får melding om

²⁰ Se nedenfor i punkt 5.5.

²¹ Jf. nærmere HR-2017-1297-A *Bergen Bunkers I*.

pantsettelsen». Banken mente altså at et factoringpant etter panteloven § 4-10 (1) *alternativt* kunne oppnå rettsvern ved melding til skyldnerne for de pantsatte kravene.

5.3 Pantelovens ordlyd og tingsinnbegrepspantets karakter

Bergen Bunkers-saken gir et eksempel på akkurat den problemstillingen som Høyesterett drøftet i *Norblast, Momentum og Cruise Charter*: Kan det aksepteres at en tilsynelatende klar, lovfestet rettsvernsregel tolkes innskrenkede, og hvor sterkt rettskildegrunnlag krever i så fall dette? Det synes nemlig ikke å være omstridt at pantelovens tekst ganske klart tilsier at rettsvern oppnås ved tinglysing. Dette legges til grunn som utgangspunkt både av flertallet og mindretallet i *Bergen Bunkers*-dommen. Førstvoterende, som talsmann for flertallet, forklarte dette slik:

«Panteloven kapittel 4 er tematisk og språklig bygget opp på en måte som gjør det naturlig å se §§ 4-4 og 4-5 som 'parhester'. De regulerer etter sin ordlyd på en differensiert og i utgangspunktet uttømmende måte hvordan avtale om pant i enkle krav gyldig kan etableres og få rettsvern. Bestemmelsene suppleres av § 4-10 om hvordan avtale om pantsettelse av hele – eller deler av – en næringsdrivendes fordringsmasse bestående av enkle krav kan etableres og få rettsvern.

Jeg kan ikke se at det ut fra lovens systematikk er holdepunkter for at man i rettsvernssammenheng kan kombinere elementer i de to panterettslige instituttene factoringpant og pant i enkle krav. Det er altså intet som taler for at man i den forbindelse skal kunne ta enkelte deler av det ene og sette sammen med enkelte deler av det andre. Ordlyden og systematikken i kapittel 4 legger opp til at stiftelse av og rettsvern for pant i enkle krav kan følge ett av to spor – enten kombinasjonen av §§ 4-4 og 4-5 eller § 4-10. På et utpreget positivrettslig område som dette må ordlyden og lovens oppbygning ha betydelig vekt.»²²

Flertallet foretar her både en tolkning av lovens ordlyd og en kontekstuell tolkning. Det vises både til lovbestemmelsenes ordlyd og lovens systematikk. Flertallet er også innom et viktig argument i denne sammenhengen som det kan være vanskelig å få øye på i disse avsnittene, og som er av vesentlig betydning for å analysere mindretallets og teoriens argumentasjon knyttet til rettsvern mot godtroerverv. Flertallet peker nemlig på at det er to forskjellige «panterettslige institutter», henholdsvis factoringpant og pant i enkle krav.

Pant i den samlede massen av utestående pengekrav er nemlig noe grunnleggende annet enn panterett i individuelle enkle krav. Driftstilbehørs-, varelager- og factoringpant omtales som regel som såkalte tingsinnbegrepspant. Panthaver får ikke pant i de enkelte bestanddelene av tingsinnbegrepet, men selve formuesmassen som sådan. I pantelovens forarbeider beskrives dette slik:

²² Avsnitt 57–58.

«Å nemna kvar ting for seg og såleis knyta panteretten til den einskilde tingen, høver ikkje så godt når det gjeld mange og kanskje små og usjølvstendige ting og særleg ikkje når det gjeld ei omskifteleg mengd. Ein støyter her på ei grense då spesifisering ikkje lenger er lønt eller gjennomførleg. Men dessutan kjem til at der einskildtinga er ustabile, vert sjølve panteobjektet ustabil på denne måten. I slike tilfelle kan det difor både praktisk og på annan måte høva betre og vera ei vinning å knyta panteretten til ei større samling eller eining som einskildtinga går opp i, såleis at nye ting som kjem til, går inn i staden for ting som går ut. På denne måten kan ein få eit panteobjekt som samla har eit meir stabilt verde.»²³

Grunntilnærmingen er med andre ord at pantlover får pant i den samlede massen av pengekrav, «slik den er til enhver tid», ikke de *enkelte* pengekravene.²⁴ Dermed passer ikke ordlyden i panteloven § 4-5 (1) på factoringpantet. Det er også praktisk sett vanskelig helt å se for seg hvordan et factoringpant *i sin helhet* skulle kunne få rettsvern gjennom å gi melding til debitorerne for alle de kravene som faller inn under panteretten. Det er nemlig et ubestemt antall fremtidige krav mot til dels ukjente debitorer. I praksis tenker man seg nok derfor at et eventuelt rettsvern for et factoringpant gjennom notifikasjon oppnås løpende i de enkelte krav etter hvert som det notifiseres.²⁵ Det er imidlertid, som sagt, prinsipielt sett snakk om *ett* panteobjekt, og det harmonerer veldig dårlig med dette grunntrekket at man løpende skal kunne oppnå rettsvern for bare *deler* av det som inngår i panteobjektet.²⁶ En slik ordning innebærer også i praksis en mulighet for å dele opp factoringpanteretten i strid med det panteloven § 4-10 forutsetter.²⁷ Bergen Bunkers-saken illustrerer dette poenget godt, ettersom det bare var notifisert for en del av fordringene som ble omfattet av panteavtalen.²⁸

5.4 Høyesteretts bruk av forarbeider og rettspraksis

²³ Sivillovbokutvalets Rådsegn 8 – Om pant (NUT 1970: 2), s. 32.

²⁴ Uttrykket «slik det er til enhver tid» brukes uttrykkelig kun i panteloven §§ 3-4 og 3-11 for henholdsvis driftstilbehørspant og varelagerpant, men det er ikke tvilsomt at det beskriver også factoringpanterett, se f.eks. Skoghøy, *Panterett*, s. 97.

²⁵ Jeg bruker det innarbeidede uttrykket «notifikasjon» som betegnelse på at det sendes melding til debitor for kravet. Se nærmere om notifikasjon, både begrepet og innholdet, Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 169–173.

²⁶ Jeg oppfatter vel at det er dette flertallet siktet til i avsnitt 60, der det ble uttalt at den løsning banken argumenterte for, «indirekte ville måtte bygge på en fragmentering av en ellers gyldig avtale», og at en slik fragmentering ville «kunne stå i et spenningsforhold til det panterettslige legalitetsprinsippet». En ordning tilsvarende den som ble lagt til grunn i *Norblast*-saken, altså at man oppnår rettsvern for *hele* factoringpanteretten dersom det er notifisert for den vesentlige delen av eksisterende og sannsynlige fremtidige fordringer og debitorer, er det ingen som har anført, og det er også vanskelig å se noe rettskildemessig grunnlag for en slik løsning.

²⁷ Det er ingen tvil om at man ikke kan konstruere andre tingsinnbegrepspant enn dem loven direkte gir hjemmel for, jf. hjemmelskravet i panteloven § 1-2 (2), og at et factoringpant som ikke omfatter alle krav på varer og tjenester som pantsetter har eller får i sin virksomhet, derfor er ugyldig, jf. Skoghøy, *Panterett*, s. 97–98, og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet*, 3. utg., Universitetsforlaget 2005, ved Borgar Høgetveit Berg, s. 183.

²⁸ Se dommens avsnitt 98. I praksis ville altså det å gi banken medhold i at rettsvern var oppnådd gjennom notifikasjon, gi rettsvern for bare en *del* av factoringpantet.

En kilde Høyesterett *ikke* brukte i saken, er pantelovens forarbeider. Det er noe overraskende, ettersom Sivillovbokutvalet er veldig tydelig i sin omtale av rettsvern for factoringpant:

«Ved ståande avtale om avhending eller pantsetjing etter § 56 gjer utvalet framlegg om tinglysing av avtala. Varsel til debitor er utenleg i desse tilfella og kan elles og stundom vera noko uheldig.»²⁹

Det er imidlertid grunn til å være oppmerksom på at Sivillovbokutvalet foreslo en ordning der factoringpant også kunne pantsettes og tinglyses sammen med varelagerpant. Dette har fått Skoghøy til å peke på at uttalelsen i forarbeidene ikke kan tillegges særlig vekt ved tolkningen av dagens bestemmelse.³⁰ Samtidig stammer tinglysingskravet fra Sivillovbokutvalets utkast, og kommentaren om at det kan være uheldig å måtte varsle sine debitorer om pantsettelse, er ikke avhengig av en kobling til varelagerpant.³¹ Når denne forarbeidsuttalelsen ikke er drøftet overhodet, er det vel mest nærliggende å anta at den er oversett av Høyesterett. Det er oppsiktsvekkende i lys av den sentrale plassen forarbeidene vanligvis har i drøftelsen av denne typen lovtolkningsspørsmål.

I høyesterettspraksis er det to avgjørelser som berører spørsmålet om rettsvern for factoringpant kan oppnås ved melding til debitor. I Rt. 1989 s. 1209 *Karmøy Montering* var spørsmålet om vedtakelsen av panteloven § 4-10 innskrenket adgangen til å drive tradisjonell factoring på samme måte som før panteloven, det vil si med løpende notifikasjoner i medhold av panteloven §§ 4-4 og 4-5. Da panteloven ble vedtatt, eksisterte det nemlig allerede en factoringordning. Skoghøy beskriver den tradisjonelle factoringordningen slik:

«Det tradisjonelle factoringinstituttet går ut på at en næringsdrivende ('klienten') etter avtale med et finansieringsselskap ('factor') systematisk overlater sine kundefordringer til finansieringsselskapet for administrasjon og inndrivelse mot at finansieringsselskapet utbetaler en større del – som oftest 80 % – av fordringenes pålydende som forskudd til den næringsdrivende ('diskontering'). Fordringene skal av de enkelte kundene innbetales til factor, og etter at det er innbetalt til ham, skal det skje et etteroppgjør.»³²

Rettsvern for overdragelsene av fordringene ble etablert ved notifikasjon, jf. gjeldsbrevlova § 29.³³ Selv om det var en generell avtale om overdragelse av virksomhetens kundefordringer, ble retten i det enkelte kravet etablert og sikret *individelt*. Om forholdet mellom tradisjonell factoring og panteloven § 4-10 uttalte Høyesterett følgende:

²⁹ Sivillovbokutvalets Rådsegn 8 – Om pant (NUT 1970: 2) s. 106.

³⁰ Se Jens Edvin Andreassen [Skoghøy], *Factoringpant*, Universitetsforlaget 1990, s. 319–320.

³¹ Salvesen, *Kreditorvern*, s. 236, synes i hvert fall å legge vekt på forarbeidenes utgangspunkt i sin drøftelse.

³² Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 302.

³³ Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 303.

«Panteloven § 4-10 utvidet muligheten for å oppnå sikkerhet i enkle krav i forhold til det som gjaldt tidligere. Etter bestemmelsen får factor sikkerhet også i de fordringer medkontrahenten måtte erverve i fremtiden, og han får sikkerhet – i forhold til medkontrahentens kreditorer – uten hensyn til om debitorene etter fordringene underrettes om pantsettelsen eller overdragelsen. Dette utvidede vernet er etter § 4-10 (2) betinget av at factoringavtalen tinglyses på medkontrahentens blad i Løsøreregisteret. Etter min mening må § 4-10 (2) naturlig forstås slik at det er dette utvidede rettighetsvernet som følger av § 4-10 (1), som er betinget av tinglysing etter § 4-10 (2). Jeg kan ikke se at bestemmelsen innenfor sitt anvendelsesområde opphever eller tilsidesetter det mer begrensede vern som ellers kan oppnås etter panteloven § 4-4, jfr. § 4-5 og gjeldsbrevloven § 29»³⁴ (min utheving).

Høyesterett konkluderte altså med at vedtakelsen av panteloven § 4-10 ikke innskrenket adgangen til å drive factoring som før panteloven. Og selv om det ikke var nødvendig for å nå den konklusjonen, er det klart nok av betydning at Høyesterett uttalte at det var utvidelsen i pantsettelsesadgangen panteloven § 4-10 ga, som er avhengig av tinglysing. Det var ganske klare signaler Høyesterett sendte om tolkningen av § 4-10.

Flertallet i Bergen Bunkers var imidlertid særlig opptatt av den innledende og den aller siste setningen i det ovenfor siterte, der Høyesterett viste til §§ 4-4 og 4-5 i *sammenheng*. Førstvoterende påpekte at «meldingene som etablerte rettsvernet etter § 4-5, var ingen forhåndsmelding om fremtidige krav, men meldinger om overføring av konkrete fordringer». *Karmøy Montering*-dommen innebar etter førstvoterendes oppfatning ikke at man generelt kunne få rettsvern for factoringpantavtaler etter § 4-5, men at man kunne fortsette å drive tradisjonell factoring der man etablerte rettsvern for overdragelse av den enkelte fordring ved notifikasjon som før.³⁵

Førstvoterende i *Bergen Bunkers* viste så til følgende sitat i den andre relevante høyesterettsavgjørelsen, Rt. 1993 s. 1295 *Fokus Finans*:

«Kjæremålsutvalget er enig med lagmannsretten i at overdragelse av fordringer som ennå ikke er oppstått, men som overdrager *fremtidig måtte erverve i sin virksomhet, bare kan få rettsvern ved tinglysing*. I avgjørelsen i Rt. 1989 s. 1209 fremheves at panteloven blant annet på dette punkt representerte en utvidelse i forhold til det som gjaldt tidligere. Rettsvern oppnås i disse tilfelle ikke ved forhåndsnotifikasjon til debitor etter § 4-5» (min utheving).

Førstvoterende i Bergen Bunkers pekte korrekt på at hans forståelse av *Karmøy Montering*-dommen ble bekreftet av *Fokus Finans*-kjennelsen. Det er imidlertid, som førstvoterende i *Bergen Bunkers* også fremhever, en vesentlig mangel i det siterte fra *Fokus Finans*-kjennelsen, ettersom det som nevnt er anledning til å etablere pant i fremtidige pengekrav man har mot «navngitt skyldner i

³⁴ Rt. 1989 s. 1209 på s. 1213.

³⁵ Se avsnitt 68–76.

særskilt nevnt rettsforhold» etter panteloven § 4-4 (1). Det var uansett ikke situasjonen i den aktuelle avgjørelsen, noe som kan forklare utelatelsen. Som Brækhus formulerer det:

«Når det i Rt. 1993 s. 1295 uttales at rettsvern for overdragelse av fordringer som enda ikke er oppstått, bare kan få rettsvern ved tinglysing, burde det for sikkerhets skyld ha vært nevnt den unntakelse som følger av pantel. § 4-4. 1, 2. punkt.: Panterett i enkle pengekrav som pantsetteren kommer til å få mot navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold, kan få rettsvern ved notifikasjon etter pantel. § 4-5.»³⁶

Tilsvarende skriver Andenæs:

«Avgjørelsen må forstås med forbehold for fordringer som noen kommer til å få mot navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold. Pantsettelse av slike fremtidige fordringer har hjemmel i pantel. § 4-4 første ledd, annet punktum, og får rettsvern ved forhåndsnotifikasjon av skyldneren etter pantel. § 4-5.»³⁷

Også Falkanger og Falkanger presiserer det samme, nemlig at «utsagnet om at rettsvern for pant i fremtidige fordringer bare kan oppnås ved tinglysing, må forstås med den reservasjon som følger av pantel. § 4-1 første ledd annet punktum».³⁸

Med den presiseringen Brækhus, Andenæs og Falkanger og Falkanger gjør her, er det min klare oppfatning at også Rt. 1993 s. 1295 *Fokus Finans* gir støtte til et krav om tinglysing i et tilfelle som i *Bergen Bunkers*-dommen, der det var snakk om rettsvern for pant i fremtidige fordringer som gikk utenfor rammen av panteloven § 4-4 (1). Dette er også konklusjonen til førstvoterende i *Bergen Bunkers*, etter å ha pekt på disse uttalelsene i teorien.³⁹ Nå er nok verken de relativt tydelige uttalelsene om forholdet mellom §§ 4-4 og 4-5 på den ene siden og § 4-10 på den andre i *Karmøy Montering*-dommen, eller den noe kortfattede og ufullstendige uttalelsen i *Fokus Finans*-kjennelsen, direkte *avgjørende* for spørsmålet, men de gir etter min mening begge rettskildemessige bidrag til støtte for et tinglysingskrav.⁴⁰

5.5 «Systemhensyn»

5.5.1 Hva ligger egentlig i «systemhensyn»?

³⁶ Brækhus, *Omsetning og kreditt 2*, s. 170.

³⁷ Andenæs, *Konkurs*, s. 259.

³⁸ Se Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 660, note 1615. Da *Bergen Bunkers*-dommen ble avsagt, fremgikk det samme av 8. utg. 2016, s. 656, note 1563.

³⁹ Avsnitt 78.

⁴⁰ Når Berg (*Beslagsretten*, s. 489) uttaler at Høyesterett i *Bergen Bunkers* la «for stor vekt på obiteret i Rt. 1993 s. 1295», synes jeg det gir et dårlig bilde av den totale støtten Høyesterett fant i tidligere praksis.

Det mest sentrale i kritikken fra både Berg og Skoghøy synes å være at Høyesterett i for liten grad la vekt på hensynet til «systemet». Når jeg nå skal se nærmere på dette argumentet, er det naturlig først å spørre mer overordnet hva som ligger i uttrykket «systemhensyn».

Selve ordet «system» sier ganske lite. Når vi bruker uttrykket «systemhensyn» i formueretten, slik det også fremstår ut fra konteksten det anføres i hos Skoghøy og Berg, sikter det til et ønske om å finne en *indre sammenheng* mellom rettsregler. En grunntanke er at mer eller mindre vilkårlige forskjeller mellom nært beslektede regler bør unngås. Dersom vi søker en slik indre sammenheng, får vi et bredere tilfang av kilder som kan bidra til rettsavklaring. En høyesterettsdom om én regel brukes for eksempel til å tolke og forstå lignende regler på samme rettsområde.

Innenfor den dynamiske tingsretten er det å søke etter en slik indre sammenheng viktig. Vi har i Norden en såkalt funksjonell tilnærming til eiendomsrettens overgang, som innebærer at vi vurderer de ulike konfliktsituasjonene som oppstår, hver for seg fremfor å definere et bestemt punkt for eiendomsrettens overgang, og knytte de aller fleste rettsvirkninger i den dynamiske tingsretten til dette tidspunktet, slik de gjør i de fleste andre europeiske rettssystemer.⁴¹ Falkanger har i lang tid beskrevet dette godt i sitt verk *Tingsrett*, inkludert hvilken omkostningside vår tilnærming medfører:

«Hver enkelt rettsregel bør ideelt sett vurderes separat. Kriteriene for når den skal anvendes, må bero på hva som tilsiktes, ikke på mer abstrakte bestemmelser av om eiendomsretten er gått over eller ei [...]. Det er naturligvis en viss fare ved en slik relativisering: At en mengde rettsregler knyttes til ulike stadier i en eiendomsoverføringsprosess, har sin omkostningside ved at regelverket kanskje blir for nyansert og dermed vanskelig å overskue.»⁴²

Vårt fragmenterte system for rettighetenes overgang og beskyttelse tilsier at vi legger vekt på indre sammenheng i reglene for å bedre forutberegneligheten. Samtidig er systemet også bygget opp slik at vi ikke kan kreve en *absolutt* indre sammenheng og logikk. Det er nettopp det som følger av at vi har en slik fragmentert regulering, der blant annet godtroerverv og kreditorvern reguleres av ulike regler. Men mer eller mindre vilkårlige forskjeller bør som nevnt unngås, og derfor bør tolkningen av reglene på dette området ikke skje uten at man undersøker hvordan de ulike tolkningsalternativene passer inn i den litt større sammenhengen av regler på rettsområdet. Det er dette som ligger i «systemhensyn».

5.5.2 Høyesteretts vurdering av sammenhengen med reglene om godtroerverv

Det er ingen tvil om at rettsvern mot godtroerverv av rett til enkle pengekrav kun kan skje gjennom reglene om notifikasjon til debitor, jf. gjeldsbrevlova § 29 andre ledd. Det innebærer at tinglysning av factoringpant ikke gir rettsvern mot konkurrerende godtroerverv av enkeltkrav omfattende av factoringpantet. Dette følger strengt tatt allerede direkte av godtroervervshjemmelen i

⁴¹ Jf. nærmere Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 13–21, og Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 51–56.

⁴² Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 78–79.

gjeldsbrevlova § 29 andre ledd, men er også uttrykkelig presisert i panteloven § 4-10 andre ledd, andre punktum:

«Rett etter slik avtale kan allikevel ikke gjøres gjeldende mot den som i aktsom god tro har ervervet en konkurrerende rett til et krav som omfattes av avtalen, og som har fått rettsvern for sitt erverv etter § 4-5 eller etter lov av 17. februar 1939 om gjeldsbrev § 29.»⁴³

En typisk «systembetragtning» – hensynet til indre sammenheng – kan tilsi at det bør være en rettsvernsakt som gir vern både mot kreditorbeslag og godtroerverv. Normalt vil det være en fordel at det finnes *ett* skjæringstidspunkt som fungerer som sikringsakt overfor eldre erverv og samtidig som rettsvernsakt overfor senere godtroerverv og kreditorbeslag. Tinglysning av rett til fast eiendom er et godt eksempel på dette.⁴⁴ Det er også grunn til å tilstrebe en tolkning som gjør prosessen med å etablere beskyttelse for et erverv av rettigheter klar og enkel. Når § 4-10 (2) er helt tydelig på at tinglysning ikke gir beskyttelse mot godtroerverv, kan det anføres at det skapes best indre sammenheng i reglene dersom notifikasjon gir vern både mot godtroerverv og mot kreditorbeslag. Til sammenligning går Skoghøy i sin kritikk av *Bergen Bunkers*-dommen så langt som å hevde at det «fremstår som fullstendig meningsløst» dersom en melding til debitor ikke skal gi kreditorbeskyttelse for retten til det aktuelle kravet.⁴⁵

Flertallet i *Bergen Bunkers* avviste koblingen til godtroerverv ganske kort. Flertallet nøyde seg med å skrive at «det som gjelder for rettsvern mot godtroerverv i et kollisjonstilfelle, er etter min oppfatning ikke avgjørende for spørsmålet om pant i krav som ikke oppfyller vilkåret om individualisering etter § 4-4, kan få rettsvern ved at kunden får melding om faktoringpantavtalen». Det er ikke helt lett å få tak i hva som var begrunnelsen for å avvise koblingen mellom godtroerverv og kreditorvern. Det er en svakhet ved flertallets votum, ikke minst i lys av at mindretallet ved første øyekast kan synes å ha lagt betydelig vekt på koblingen til rettsvern mot godtroerverv. Mindretallet skrev nemlig at det fulgte «allerede indirekte av 4-10 andre ledd andre punktum» at «rettsvern for faktoringpant også må kunne oppnås på annen måte enn gjennom tinglysning».

Det er imidlertid en vesentlig mangel ved dette «systemargumentet» fordi det blander sammen reglene for *to grunnleggende ulike panteobjekter*. Systemet er nemlig konsekvent, i den forstand at overdragelse og pantsettelse av enkle pengekrav allerede har en felles rettsvernsakt som gir rettsvern mot godtroerverv og kreditorbeslag: Det følger av gjeldsbrevlova § 29 og panteloven § 4-5 at overdragelse og pantsettelse av enkle pengekrav får rettsvern ved notifikasjon. Dette gjelder for *individuell* bestemte, enkle pengekrav. For pant i *samlede* utestående pengekrav som

⁴³ Bestemmelsen er ikke helt heldig formulert, ettersom det må være åpenbart at panteloven § 4-5, som er en bestemmelse om hvordan man skaffer rettsvern for pant i enkle pengekrav, ikke gir noen hjemmel for godtroerverv. Ettersom det neppe er tvilsomt at godtroervervhjemmelen i gjeldsbrevlova § 29 andre ledd må anvendes analogisk også for panteretter, er det likevel et korrekt bilde av hva som er gjeldende rett, jf. Kåre Lilleholt, *Godtroerverv og kreditorvern*, 3. utg., Universitetsforlaget 1999, s. 86–87. Se også Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 128.

⁴⁴ Jf. tinglysningsloven §§ 20, 23 og 27.

⁴⁵ Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 305. Jf. også «fullstendig uforståelig» noe lenger nede på samme side.

tingsinnbegrep følger det av panteloven § 4-10 at tinglysing gir vern mot pantsetters kreditorer. Tinglysing gir også beskyttelse mot godtroerverv av *rett til tingsinnbegrepet*, se tinglysingsloven § 34 jf. § 20.⁴⁶ Det er altså et ganske tydelig og koherent system på plass.

Det er dessuten et grunnleggende *systematisk* trekk ved tingsinnbegrepspantene at de ikke gir vern mot godtroerverv av de enkelte formuesgodene som omfattes av panteretten. For pant i driftstilbehør og varelager fremgår nøyaktig den samme reguleringen som finnes i panteloven § 4-10 (2) andre punktum, i panteloven § 3-7 (3) andre punktum.⁴⁷ For driftstilbehørs- og varelagerpant er det klart at det ikke finnes muligheter til å beskytte seg mot godtroerverv av enkeltgjenstander overhodet. Siden panthaver ikke har besittelsen av de løsøregjenstander som inngår i driftstilbehørs- og varelagerpant, er pantsetter legitimert og kan selge disse løsøretingene med ekstinktiv virkning, jf. godtroervervloven § 1. Grunntanken med tingsinnbegrepspantene er imidlertid, som nevnt, at den totale *massen* er et sikrere panteobjekt enn de enkelte formuesgodene som inngår i den. Det sentrale for panthaver er normalt å sikre seg mot pantsetters usikrede kreditorer, og det er i praksis et svært beskjedent inngrep i panthavers rettsposisjon at han risikerer at hans panterett i enkelte ting eller fordringer kan falle vekk som følge av godtroerverv.⁴⁸ Etter min mening er det derfor, slik førstvoterende konkluderer, ved tolkningen av rettsvernsbestemmelsene i panteloven kapittel 4 ikke grunn til å legge særlig stor vekt på at kun notifikasjon av debitor kan hindre godtroerverv av enkeltfordringer. Tingsinnbegrepspantene er ikke konstruert med det formål å eliminere denne muligheten for godtroerverv.⁴⁹

Brækhus skriver at beskyttelse mot godtroerverv, og mot at debitor betaler til en annen enn factoringpanthaver, «får factor bare ved notifikasjon av kundene iht. pantel. § 4-5 eller gbl. § 29». Brækhus følger opp med å peke på at «slik notifikasjon må også gi factor rettsvern i forhold til den enkelte klients kreditorer, for såvidt gjelder vedkommende klients kundefordringer».⁵⁰ Dette utsagnet, samt et noe vagere utsagn i forarbeidene om at «rettsvern mot frivillige rettsstiftinger fra pantsetterens side får panthaveren først når skyldneren etter det enkelte krav er underrettet om pantsettingen (det vil si på samme måte som ved diskontering etter en factoringavtale nå)»,⁵¹ synes mindretallet i *Bergen Bunkers* å tolke som en *forutsetning* om at det skal være mulig å oppnå rettsvern for hele factoringpantet gjennom notifikasjon.⁵² Her er det imidlertid viktig å merke seg forarbeidenes henvisning til tradisjonell factoring, der rettsvern for

⁴⁶ Se nærmere Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Cappelen Damm Akademisk 2010, s. 468–474, jf. også Hans Fredrik Marthinussen, «Rettsvern mot kreditorbeslag ved overdragelse og pantsettelse av panteretter», *Jussens Venner* 2011, s. 87–130, på s. 106 note 59, og Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens Venner* 1996, s. 69–97, på s. 82.

⁴⁷ «Panteretten [står] tilbake for rettsvinning etter lov av 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre.» Panteloven § 3-13 (3) gir § 3-7 (3) tilsvarende anvendelse for varelagerpanteretter.

⁴⁸ Ikke dermed sagt at godtroerverv er helt uten betydning. Se Rt. 1992 s. 492 «Lafopa» som eksempel på et godtroerverv til skade for factoringpanthaver.

⁴⁹ Også Salvesen, *Kreditorvern*, s. 244–245, peker på den manglende muligheten til å beskytte seg mot godtroerverv ved tingsinnbegrepspant som et viktig moment i forståelsen av *Bergen Bunkers*-dommen. Det er mulig Skoghøy, *Jussens Venner* 2001, s. 304–305, gir uttrykk for et annet syn på dette.

⁵⁰ Brækhus, *Omsetning og kreditt 2*, s. 170.

⁵¹ Ot.prp. nr. 39 (1977–78) s. 69.

⁵² Avsnitt 114.

overdragelsene av fordringene ble etablert ved notifikasjon, jf. gjeldsbrevlova § 29.⁵³ Selv om det var en generell avtale om overdragelse av virksomhetens kundefordringer, ble retten i det enkelte kravet etablert og sikret *individuell*. Det må legges til grunn at dette fortsatt kunne gjøres også etter panteloven av 1980, jf. *Karmøy Montering*-dommen.

Karmøy Montering innebærer at selv om det inngås en avtale om pantsettelse av alle nåværende og fremtidige krav i tråd med panteloven § 4-10, må det aksepteres at notifikasjon til debitor etablerer en gyldig *individuell* pantsettelse av fordringen og rettsvern for denne, så lenge man er innenfor rammene som oppstilles av panteloven § 4-4 (1). Selv innenfor rammen av en factoringpantavtale etter § 4-10 kan man altså oppnå vern for rett til enkeltfordringer gjennom panteloven § 4-4 (1) jf. § 4-5. Dette kan underbygges med at flertallet i Høyesterett klart bygger på *Karmøy Montering*-dommen som uttrykk for gjeldende rett.⁵⁴

5.5.3 Høyesterett om betydningen av rettsvernsreglene for utlegg

Både flertallet og mindretallet i Høyesterett trakk frem parallellen til rettsvern for utlegg i fordringsmassen som et mulig argument for å tillate at rettsvern også for frivillig panterett etter § 4-10 kan etableres ved notifikasjon. Mindretallet skriver:

«I motsetning til førstvoterende finner jeg også støtte for mitt syn i reglene som gjelder for utleggspant. Slik han peker på, er det etter panteloven § 5-7 femte ledd tilstrekkelig med melding etter § 4-5 første ledd for å oppnå rettsvern for utleggspant i en fordringsmasse svarende til faktoringpant etter § 4-10. Det tilsier etter mitt syn at § 4-5 er en selvstendig rettsvernsregel som ikke er begrenset til å gjelde for pant etablert gjennom en avtale som fyller kravene i § 4-4.»⁵⁵

Vi har her et tydelig systemargument: Dersom det kan etableres rettsvern for et utlegg i en fordringsmasse gjennom notifikasjon, kan det umiddelbart virke vilkårlig og ubegrunnet ikke å la den samme rettsvernsakten gi rettsvern for en avtalt panterett i fordringsmassen. For hvis notifikasjon er godt nok for et utleggspant, bør det vel være godt nok også for en avtalt panterett?

Skoghøy legger i sin kritikk av *Bergen Bunkers*-dommen tilsynelatende relativt stor vekt på dette argumentet om indre sammenheng i pantelovens rettsvernsbestemmelser for henholdsvis utlegg og frivillig pantsettelse. Han skriver:

«For utleggspant i den utestående fordringsmassen følger det av panteloven § 5-7 femte og sjette ledd at utleggspantet får rettsvern overfor kreditorene enten ved tinglysing i Løsøreregisteret eller ved melding til debitor cessus. Hvorfor skal da ikke et avtalepant i den

⁵³ Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 303.

⁵⁴ Slik forstår jeg også Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 660, sml. usikker Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 310–312.

⁵⁵ Avsnitt 128.

utestående fordringsmassen kunne få rettsvern på tilsvarende måte? Det er ingen reell grunn til at man på dette punkt skal ha forskjellige regler for utleggspant og avtalepant.»⁵⁶

Flertallet i Høyesterett avviste argumentet på en ganske formalistisk måte:

«Jeg oppfatter ING's anførsel slik at så lenge et utleggspant kan tas i form av et faktoringpant og etter loven få rettsvern ved melding til skyldneren, er det ikke noen grunn til at ikke også avtalt faktoringpant skal kunne få rettsvern på samme måte. Etter mitt syn er det imidlertid en ikke uvesentlig forskjell mellom de to situasjonene: Ved utleggspant følger rettsvern ved melding til skyldneren av uttrykkelig lovbestemmelse, mens loven ikke inneholder noen tilsvarende regel for den antakelig langt mer praktiske situasjon som avtalt faktoringpant representerer. En slutning fra det ene til det andre bør man derfor være varsom med.»⁵⁷

I realiteten er ikke førstvoterendes argument noe særlig mer enn at det er én regel for utleggspant og en annen regel for avtalepant. Når mindretallets argument er at dette er to tilfeller som bør likebehandles, blir en ren henvisning til ulik regulering i loven ganske tynt, selv om ulik lovregulering selvsagt ofte leder til nettopp ulike løsninger.⁵⁸

Skal man trekke frem hensyn som kan tilsi en ulik behandling, kan det vises til at situasjonen ved henholdsvis frivillig etablering av faktoringpant på den ene siden og utlegg i en virksomhets samlede pengekrav på den andre er to ganske ulike situasjoner. Normalt vil det ved etablering av faktoringpant etter panteloven § 4-10 ved avtale være slik at det er forutsatt at pantsetter selv skal råde over kravene, og det er et tillitsbasert forhold mellom pantsetter og pantøver. I en utleggssituasjon er det derimot snakk om tvangsinn drivelse av pengekrav, der utleggspanthaver normalt vil være interessert i å få tak i de verdiene som finnes på debtors hånd, og sørge for å ta over rådigheten over eventuelle pengekrav det gis utleggspant i. Dermed vil fratagelse av debtors legitimasjon til å drive inn, eller eventuelt selge, kravene være et viktig ledd i å etablere god beskyttelse for panteretten.

I Rt. 1999 s. 2073 ble det for øvrig lagt til grunn at det ikke var anledning til å ta utlegg i et enkeltstående, spesifisert fremtidig krav, jf. begrensningen i beslagsadgangen i dekningsloven § 2-2 til det som tilhører debitor «på beslagstidspunktet». Adgangen til å etablere utlegg i pengekrav er allerede av den grunn ulik for henholdsvis avtalepant og utleggspant, noe som kan tilsi at sammenhengen mellom disse regelsettene ikke er så nær at den bør tillegges vesentlig vekt.

For øvrig kan argumentet om sammenheng mellom rettsvernsakten for utlegg og avtalepant i pengekrav som tingsinnbegrep illustrere hvor komplekse slike systemargumenter av og til kan bli. Etter min mening kan man nemlig stille spørsmål allerede ved det grunnleggende premisset for den drøftelsen både flertallet og mindretallet foretar: at panteloven § 5-7 (5) fastslår at rettsvern for det vi kan kalle «factoringutlegg», oppnås

⁵⁶ Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 305.

⁵⁷ Avsnitt 64.

⁵⁸ Slik også Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 310.

ved notifikasjon. Ordlyden i panteloven § 5-7 (5) fastslår strengt tatt ikke noe mer enn det som følger av panteloven § 4-5, nemlig at utleggspant i *enkle pengekrav* får rettsvern ved notifikasjon. Dette er til og med uttrykt gjennom en ren henvisning, der det fastslås at «utlegg i enkle krav får rettsvern etter reglene i § 4-5 første ledd». Men hvis det er slik at panteloven § 4-5 etter sin ordlyd kun regulerer pant i individuelt bestemte enkle pengekrav, hvordan kan den tilsvarende formuleringen i § 5-7 (5) og henvisningen den gjør til § 4-5, tolkes på en *helt* annen måte? Også utlegget vil nemlig være i *tingsinnbegrepet*, ikke i de enkelte fordringene som inngår i dette. Det grunnleggende sammenhengsargumentet burde kanskje snarere vært at § 5-7 (5) bør tolkes på samme måte som § 4-5, altså at det bare er for utlegg i individualiserte enkle pengekrav at rettsvern oppnås ved notifikasjon. Det vil i så fall innebære at rettsvern for utlegg i den samlede massen av enkle pengekrav oppnås på samme måte som for avtalepant: ved tinglysning i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 5-10. Det kan underbygges med et reelt hensyn: Notifikasjon er en lite tilfredsstillende rettsvernsakt for utlegg i fremtidige krav mot ubestemt skyldner. Det er nemlig ikke sikkert at innehaveren av kravene det tas utlegg i, vil bidra med å opplyse til utleggspanthaver om nye debitorer, når panteretten er etablert med tvang. At rettsvern for factoringutlegg oppnås ved tinglysning, vil også være i tråd med den ordningen som gjelder for utleggspant i driftstilbehør og varelager, jf. panteloven § 5-4.⁵⁹ Det vil også være den løsningen som følger grunnstrukturen i panteloven og som gir best sammenheng reglene imellom: Avtalepant og utleggspant oppnår rettsvern på samme måte, og tingsinnbegrepspannt får rettsvern gjennom tinglysning i Løsøreregisteret. Det kan nevnes at selv etter *Bergen Bunkers*-dommen legger Falkanger og Falkanger til grunn at rettsvern for factoringutlegg oppnås ved tinglysning i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 5-10.⁶⁰

5.6 Høyesteretts drøftelse av juridisk teori

Både flertallet og mindretallet hadde relativt utførlige drøftelser av den juridiske teorien, og da kanskje særlig Høyesteretts mindretall. Det kan synes å være en trend i alle de avgjørelsene som jeg skal behandle i denne artikkelen. Det brukes mye tid på å tolke og forklare ulike utsagn i teorien, på en måte som kan synes å tillegge teorien mer normerende vekt enn det som har vært vanlig i norsk rettstradisjon. Jeg skal komme litt nærmere inn på dette poenget avslutningsvis. *Bergen Bunkers*-dommen illustrerer i hvert fall godt en del av de betenkelighetene som gjør seg gjeldende ved omfattende bruk av juridisk teori som rettskildedefaktor.

⁵⁹ Man kan spørre seg om «factoringutlegg» i det hele tatt var noe man så for seg da panteloven ble vedtatt. Etter dekningsloven § 2-2 kan det bare tas utlegg i det som tilhører debitor «på beslagstiden». Utlegg i tingsinnbegrep innebærer i realiteten at man får rett til formuesgoder debitor erverver i fremtiden. Man kan selvsagt holde seg strengt til ideen om tingsinnbegrepet som *ett* formuesgode, som består her og nå, men hensynet til ikke å frata debitor motivasjon til å skaffe seg inntekter i fremtiden, som ligger bak avgrensningen i dekningsloven § 2-2 (jf. Andenæs, *Konkurs*, s. 91), gjør seg gjeldende også for de fremtidige bestanddelene av et tingsinnbegrepspannt. Dekningslovens hovedregel gjelder imidlertid bare «når ikke annet er fastsatt ved lov». For driftstilbehørs- og varelagerpant har panteloven egne bestemmelser om rettsvern i § 5-4. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke for factoringutlegg, og det er ingenting i pantelovens forarbeider som omtaler en slik adgang til utlegg. I tvangsfullbyrdsloven av 1992 er det imidlertid forutsatt at det kan tas slikt utlegg i §§ 7-15 andre ledd og 7-18 fjerde ledd, og dette er også forutsatt i et obiter dictum i Rt. 1999 s. 2073. Dermed er det i dag etter min mening ikke tvilsomt at det kan tas factoringutlegg, men jeg stiller meg altså tvilende til at lovgiver på noe tidspunkt har ment at rettsvern for et slikt utlegg skulle etableres i medhold av panteloven § 5-7 (5).

⁶⁰ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 660. At rettsvern for factoringutlegg oppnås ved tinglysning etter panteloven § 5-10, harmonerer bedre med forbudet mot utlegg i individuelt bestemte fremtidige krav, jf. Rt. 1999 s. 2073, enn at rettsvern skal kunne oppnås for de enkelte kravene som inngår i utlegget gjennom notifikasjon, slik det er forutsatt i *Bergen Bunkers*.

Flertallet og mindretallet hadde nemlig svært ulike oppfatninger av teorien, og finner, kanskje ikke overraskende, begge betydelig støtte for sitt syn. Og etter min mening er det svakheter og tendenser til selektiv lesning hos begge fraksjonene i Høyesterett.

For eksempel mener jeg det ikke kan være særlig tvil om at Skoghøy mener rettsvern for factoringpant helt generelt kan oppnås ved melding. Både flertallet og mindretallet viste til følgende uttalelse fra Skoghøy til støtte for sitt syn, selv om den etter min mening neppe kan forstås på annen måte enn at han mener det generelt kan oppnås rettsvern gjennom notifikasjon:

«Det er ikke noe vilkår for rettsvern at de krav som omfattes av meldingen, blir nærmere spesifisert. Kravene kan godt beskrives ved bruk av lovens termer eller tilsvarende generelle uttrykk, f.eks. 'alle krav som oppstår i pantsetterens næringsvirksomhet'.»⁶¹

Skoghøy har også gitt uttrykk for samme syn i flere av sine panterettslige fremstillinger.⁶²

Samtidig er mindretallets fintolkninger av Brækhus ikke veldig overbevisende.⁶³ Brækhus uttaler seg flere steder om muligheten for å skaffe rettsvern både mot godtroervert og kreditorbeslag gjennom notifikasjon, men det er vanskelig å se at hans uttalelser strekker seg lenger enn til rettsvern mot pantsetters kreditorer for de fremtidige kravene som ligger innenfor rammen av panteloven § 4-4 (1). Og som vist rett ovenfor i punkt 5.4 skriver Brækhus uttrykkelig i sin kommentar til *Fokus Finans*-kjennelsen at det for fremtidige krav som ikke er mot navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold, kreves tinglysing. Tilsvarende er det høyst uklart om Kjelstrups uttalelse som mindretallet behandler, knyttet seg til fremtidige, uspesifiserte fordringer.⁶⁴

På toppen av dette kommer at både flertallet og mindretallet overser uttalelser i teorien. Til tross for at Andenæs siteres på sin omtale av *Fokus Finans*-kjennelsen, uttaler mindretallet i avsnitt 137 at «etter det jeg kan se, er det ikke andre juridiske forfattere enn Brækhus og Skoghøy som har tatt uttrykkelig stilling til det spørsmålet som foreligger her». Det er imidlertid helt på det rene at Andenæs omtaler spørsmålet:

«Bestemmelsen [i panteloven § 4-10] omfatter også fordringer som ikke er oppstått på avtaletidspunktet, men som den næringsdrivende fremtidig måtte få. For slike fordringer som den næringsdrivende fremtidig måtte erverve i sin virksomhet, kan rettsvern bare etableres ved tinglysing.»⁶⁵

I fotnoten tilknyttet dette utsagnet presiserer så Andenæs, som tidligere sitert, at det må tas forbehold for fremtidige krav mot navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold.

⁶¹ Skoghøy, *Factoringpant*, s. 326.

⁶² Se bl.a. Skoghøy, *Panteloven med kommentarer*, s. 498.

⁶³ Se avsnitt 132–133, jf. avsnitt 116–119.

⁶⁴ Se avsnitt 137–139.

⁶⁵ Andenæs, *Konkurs*, s. 259.

Totalt sett er det et noe kaotisk totalbilde den juridiske teorien gir. Skoghøy er etter min mening ganske tydelig på at rettsvern kan oppnås ved notifikasjon, mens det er vanskelig helt å få godt tak på hva Brækhus' standpunkt til problemstillingen som var oppe i *Bergen Bunkers*-saken, var. For min egen del synes jeg Brækhus er mest tydelig i sin kommentar til *Fokus Finans*-kjennelsen, der han synes å forutsette at tinglysing er nødvendig for fremtidige uspesifiserte fordringer. For øvrig overser Høyesterett altså en klar uttalelse fra Andenæs om at det kreves tinglysing.

5.7 Reelle hensyn

De systembetraktningene som er presentert ovenfor i punkt 5.5, er klart nok å regne som reelle hensyn. De var i denne saken likevel såpass tett knyttet til forståelsen av lovteksten og lovens oppbygging, og også analysert i sammenheng med loven av Høyesterett, at de ble behandlet i et eget punkt. Her i punkt 5.7 vil jeg gå inn i de øvrige reelle hensynene som gjør seg gjeldende, og da særlig hensynet til å motvirke kreditorsvik.

Felles for de dommene som er behandlet innledningsvis i denne artikkelen, *Norblast*, *Momentum* og *Cruise Charter*, er at det var svært liten fare for kreditorsvik i det aktuelle typetilfellet. *Norblast*-dommen gir det aller klareste eksempelet, ettersom det der var foretatt tinglysing av driftstilbehørspantet på en måte som gjorde det helt klart at pantet var reelt, og det var både notoritet og publisitet knyttet til innholdet og tidspunktet for pantsettelsen. I *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene var det også liten grunn til å frykte kreditorsvik. Verken et særlig unntak fra rettsvernskravene for en rettsstridig nektelse av registrering hos registerfører, eller et erverv i kraft av utbetaling av forsikringssum under en forhåndsetablert forsikringspolise gir særlig rom for å unndra midler fra kreditorene.

I *Bergen Bunkers*-tilfellet kan det derimot pekes på utfordringer med tanke på notoritet og dermed kreditorsvikrisiko dersom det skulle gjøres unntak fra ordlyden i § 4-10. Notifikasjon av tredjemann ble valgt som rettsvernsakt da gjeldsbrevlova kom, som følge av at melding til tredjemann om overdragelse av kravet fratok avhender muligheten til å drive inn kravet og også å selge det på nytt.⁶⁶ Debitor har åpenbart en interesse i å holde rede på hvem han skal betale til, og har normalt liten interesse i å bidra til kreditorsvik. Slik sett gir notifikasjon en viss grad av notoritet, til tross for at det ikke foreligger noen plikt for debitor til å holde oversikt over notifikasjoner, eller opplyse tredjemenn om hvilke notifikasjoner vedkommende har mottatt.⁶⁷

Notoriteten blir vesentlig dårligere der debitor for kravet ikke har noen interesse i å holde rede på meldingen, for eksempel dersom han ikke skal betale til pantøver, men fortsatt forholde seg til pantsetter som kreditor. Som Brækhus treffende formulerer det: «Den adekvate rettsvernsakt ved en underpantsettelse er registrering.»⁶⁸ Ved en uspesifisert pantsettelse av fremtidige fordringer, sendt ut til de kundene man har oversikt over på pantsettelsestidspunktet, er det etter mitt skjønn

⁶⁶ Jf. Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 170.

⁶⁷ Jf. Lilleholt, *Jussens Venner* 1996, s. 87. Merk også at Lilleholt i samme artikkel, på s. 91, omtaler notoriteten ved melding som «skrøpeleg».

⁶⁸ Brækhus, *Omsetning og kreditt 2*, s. 167.

ganske klart at notoriteten blir svak, og at det er en langt bedre løsning å kreve tinglysning i Løsøreregisteret. En notifikasjonsordning krever at man løpende holder oversikt over nye debitorer og underretter disse, og det kan da lett oppstå situasjoner der enkelte ikke blir notifisert. *Bergen Bunkers*-saken illustrerer godt de bevisproblemene som kan knytte seg til om det er notifisert når det sendes ut massenotifikasjoner på et bestemt tidspunkt, uten at dette i særlig grad følges opp.⁶⁹ Ordningen med utsendelse av det som fremsto som et elektronisk «nyhetsbrev» i en e-post, med informasjon om en ny finansiering for konsernet Bergen Bunkers var en del av, der det fremgikk av teksten at alle kundefordringer var overdratt til ING, til alle Bergen Bunkers' kjente kunder på det aktuelle tidspunktet er ganske langt unna den opprinnelige factoringordningen med påstempling på faktura om at kravet var overdratt, med beskjed om å betale til ny kreditor. Jeg synes derfor flertallet treffer godt også med tanke på de reelle hensynene som gjør seg gjeldende, når det konkluderes med at «rettsvern gjennom forhåndsmelding til kundene i en sak som her gir uansett en retts teknisk og prosessøkonomisk dårlig ordning».

5.8 Oppsummerende betraktninger

Etter min mening er *Bergen Bunkers*-dommen korrekt og i tråd med den linjen Høyesterett har lagt seg på i andre saker om tolkning av rettsvernsregler. Lovens ordlyd trakk klart i retning av et krav om tinglysning. Dette hadde også en viss støtte i forarbeidene og i høyesterettspraksis. Det fantes ingen etablert, fast rettsoppfatning i teorien, og kombinasjonen av høyesterettspraksis og teoriens kommentarer til Rt. 1993 s. 1295 *Fokus Finans* ga mer enn klare nok advarsler til dem som kunne tenkes å sette i verk en ordning kun basert på notifikasjoner.

Argumentene for å akseptere en innskrenkende tolkning av panteloven § 4-10, eventuelt en utvidende tolkning av regelen i § 4-5, er blant annet at ING tross alt hadde gjennomført en rettsvernsakt, og at det utvilsomt ville ramme hardt om panteretten ikke sto seg overfor konkursboet. I lys av den grunnleggende rettspraksisen på området før *Bergen Bunkers*-dommen er det ganske klart at dette argumentet i seg selv er utilstrekkelig. Etter den linjen Høyesterett la seg på i *Momentum* og *Cruise Charter*, og som Høyesterett sluttet seg til senere også i HR-2017-33-A *Forusstranda*, er det klart nok heller ikke tilstrekkelig at notoritets hensynet er ivaretatt. I *Bergen Bunkers*-saken kan det uansett stilles spørsmål ved hvor godt nettopp notoriteten ble ivaretatt ved en notifikasjonsordning. Det kan i hvert fall ikke være tvil om at tinglysning i Løsøreregisteret gir en klart bedre notoritet enn notifikasjon.

Til slutt kan det spørres i hvilken grad «systemhensyn» tilsa at notifikasjon burde vært godtatt som en alternativ rettsvernsakt. Jeg mener jeg har vist at det ikke er så enkelt å finne slike klare indre sammenhenger som blant annet Berg og Skoghøy anfører. Til sammenligning er Salvesen noe mer forsiktig enn Berg og Skoghøy i sin kritikk av dommen, og skriver at det finnes flere ulike måter å forstå forholdet mellom panteloven §§ 4-4, 4-5 og 4-10 på. Han mener *Bergen Bunkers*-

⁶⁹ Se avsnitt 98, jf. også Borgarting lagmannsretts mer utførlige drøftelse av meldingenes karakter og innhold knyttet til ING's subsidiære anførsel for lagmannsretten om at pantsettelsen lå innenfor rammen av panteloven § 4-4 (LB-2018-66706).

dommen «illustrerer i en metodisk sammenheng at det kan være problematisk å bygge et domsresultat på systemhensyn». Salvesen påpeker videre at det ikke «i seg selv [er] problematisk at kreditorvern og rettsvern mot godtroervert etableres på ulike måter», fordi det er ulike hensyn og vilkår som ligger bak.⁷⁰

Systemhensynene får etter min mening en overraskende stor plass både i Høyesteretts egen drøftelse og i teoriens kritikk. Illustrerende nok kritiserer Salvesen flertallet for bruken av systemhensyn, mens Berg hevder flertallet la for liten vekt på systemhensyn. *Bergen Bunkers*-dommen er kanskje en illustrasjon på systemhensynenes *begrensning*.

Én ting er å bruke den mer presise angivelsen «kjente eller burde kjenne den eldre rett» i tinglysingsloven § 21 for å tolke den mer upresise formuleringen «god tro» i tinglysingsloven § 27.⁷¹ Her brukes en mer detaljert og presis lovbestemmelse i tinglysingsloven til å tolke en kortere og upresis bestemmelse i samme lov, der det ikke er noen grunn til å tro at lovgiver kan ha tenkt seg at de ulike formuleringene skulle gi uttrykk for forskjellig innhold. I et slikt tilfelle er det ganske opplagt hvilken bestemmelse som må være den førende for tolkningen. Slik er det imidlertid ikke alltid.

I *Cruise Charter*-dommen skrev Høyesterett at uttrykket «frivillig stiftet rett» i sjøloven § 25 «svarer til uttrykket 'stiftet ved avtale' i tinglysingsloven § 23». Derfor ble det konkludert med at den i forsikringsvilkårene forhåndsavtalte overgangen av eiendomsrett til forsikringsgjenstanden ved utbetaling av forsikringssummen ble rammet av rettsvernsbestemmelsen i sjøloven § 25. I *Forusstranda*-dommen la Høyesterett til grunn at «avtale» i tinglysingslovens § 23 måtte tolkes i tråd med blant annet uttrykket «frivillig stiftet rett» i sjøloven § 25, slik at en ensidig disposisjon (en fisjon i et aksjeselskap), ble ansett for å være omfattet av kravet til tinglysing i tinglysingsloven § 23. Man kan undre seg over om ikke systemhensynet noen ganger kan bli en enkel vei for å komme frem til det resultatet man ønsker å nå. Det er i hvert fall ikke alltid opplagt hvilken «vei» man skal bruke systemhensynet, når ulike regler skal brukes til å tolke «hverandre».⁷² Som Salvesen godt formulerer det:

«Når koherens anvendes som et reelt hensyn i den konkrete rettsanvendelsen, vil ofte flere ulike tolkningsalternativer kunne hevdes å være systemtro. Hvilken tolkning som skal anses for å være mest koherent, vil være avhengig av hvilke regler, hensyn eller prinsipper som tolkningsobjektet vurderes i lys av. Hensynet til koherens kan i slike tilfeller bidra med lite, og kan i verste fall bli brukt som et argument for at rettsanvenderne skal slippe å foreta den hensynsavveiningen som en regel legger opp til.»⁷³

For min egen del synes jeg kanskje *Bergen Bunkers*-dommen kan brukes som et argument for den strenge linjen som anlegges i *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene. Etter min mening burde

⁷⁰ Salvesen, *Kreditorvern*, s. 245.

⁷¹ Jf. Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 104–106.

⁷² Jf. nærmere Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 188–192, og Salvesen, *Kreditorvern*, s. 245.

⁷³ Sverre Magnus Bergslid Salvesen, «Hensynet til koherens i den dynamiske tingsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021, s. 410–433 på s. 432–433.

nemlig ikke *Bergen Bunkers*-dommen være veldig kontroversiell. Det er rettskildemessig ganske god dekning for å «stirre seg blind på ordlyden» i rettsvernsspørsmål, slik Skoghøy formulerer sin kritikk. Skal man fravike en relativt klar lovtekst i et spørsmål om rettsvern, bør det foreligge et solid rettskildegrunnlag, jf. *Norblast*-, *Momentum*- og *Cruise Charter*-dommene.

Den linjen Høyesterett legger seg på i *Bergen Bunkers*-dommen, er etter min mening ikke veldig vanskelig å forholde seg til, og den er heller ikke spesielt urimelig. Man må fortsette å forholde seg nøye til lovfastsatte rettsvernsregler. For profesjonelle aktører bør ikke det være særlig vanskelig, og det er her ingen særlige unnskyldningsgrunner slik som i *Momentum*-saken. I den grad man skulle mene det leder til praktiske vansker, kan det ganske enkelt avhjelpes ved å tinglyse et factoringpant.⁷⁴ Det er verken spesielt kostbart eller ressurskrevende. Rettsgrunnlaget for en innskrenkende tolkning var etter min mening vesentlig sterkere i *Norblast* enn i *Bergen Bunkers*, og jeg synes det er ganske talende at Høyesterett fant at factoringpantet manglet rettsvern, uten å henvise til den høye terskelen som er oppstilt i høyesterettspraksis.

6 Mer om rettskildegrunnlag for unntak og litt om fragmentering og systemhensyn, illustrert med dommene om rettsvernshevd

6.1 Innledning og kort om grunnlaget for den «selvstendige rettsvernshevd»

I dette kapittelet skal jeg gå gjennom Høyesteretts behandling av rettsvernshevd. Det sentrale poenget med rettsvernshevd er at den gir et unntak fra hovedregelen om at en avtalt rett til fast eiendom må tinglyses for å oppnå rettsvern. Som unntak fra tinglysingskravet kan rettsvernshevd ikke forankres direkte i tinglysingslovens unntaksbestemmelser. Tinglysingsloven § 21 andre ledd oppstiller etter sin ordlyd kun et unntak fra tinglysingskravet for de ekte hevdservervene. Rettsvernshevd er med andre ord en form for ulovfestet unntak fra lovtekstens vanligvis absolutte krav til tinglysing. Det gjør den særlig aktuell for et av denne artikkelens hovedspørsmål: hva som skal til for å tolke en rettsvernsregel innskrenkende. I tillegg vil jeg se på hvordan Høyesteretts behandling av rettsvernshevd illustrerer en fare for overdreven fragmentering av formueretten.

Det er allerede skrevet mye om rettsvernshevd, og jeg skal ikke bruke tid på å gå grundig gjennom alle de ulike forklaringene og posisjonene her.⁷⁵ Det er likevel nødvendig med en helt kort presentasjon av rettsvernshevd for å kunne analysere dommene som behandler den.

Uttrykket «selvstendig rettsvernshevd» betegner en rettstanke om at den beskyttelse som tilkommer hevdserverv, også må komme gyldige erverv til gode. Sivillovbokutvalet beskrev i hevdslovens forarbeider rettsvernshevd slik:

⁷⁴ Som nevnt kan det etter min mening ikke være tvilsomt at en ordinær factoringordning fortsatt kan gjennomføres ved notifikasjon til debitor, i tråd med *Karmøy Montering*-dommen.

⁷⁵ Av de mest utførlige redegjørelsene for rettsvernshevd, se Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 77–92, Sverre Magnus Bergslid Salvesen, «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A», *Jussens Venner* 2018, s. 205–226, og Borgar Høgetveit Berg, *Hevd*, Cappelen Akademisk Forlag 2005, s. 214–218.

«I tinglysingslova 7. juni 1935 er fastsett at for rettsvinning med hevd har tinglysinga ingen verknad (§ 21, andre stykket). Hevda rettar står seg såleis utan tinglysing, både mot rettsvinningar etter avtale og mot tvangsåtgjerder. I føresegna er fyrst og fremst tenkt på vanleg 20 års hevd. Men regelen lyt og gjelda bruk i alders tid. Regelen gjeld både der hevd (eller alders bruk) er einaste grunnlaget for retten og der hevda berre sløkkjer ut motsegner mot ei avtale eller eit anna formelt rettsgrunnlag. Det same lyt då gjelda der rettsgrunnlaget er i orden både formelt og reelt, men ikkje tinglyst. Ei ugild avtale kan ikkje stå sterkare enn ei som i alle måtar er rettsgild. Rettsvernshevd vert såleis ein sjølvstendig skipnad reint logisk.»⁷⁶

For å forstå hva som ligger bak denne tanken om at hevdserverv og avtaleerverv må nyte samme vern, er hevdens funksjon dels som *selvstendig ervervsgrunnlag* og dels som *beskyttelse* for en *eksisterende* rett viktig. Der det foreligger en gammel rett, vil bruk i hevdstid gjøre bevisførsel rundt ervervet overflødig, fordi eventuelle mangler ved ervervet vil repareres gjennom hevd. Man finner dette tydelig formulert i litteraturen i hvert fall tilbake til Brandts fremstilling av norsk tingsrett på slutten av 1800-tallet:

«Betingelse for hævd er alene besiddelse af tingen eller brugen i eget navn i en viss tid. Hvorvidt denne besiddelse hviler paa nogen mer eller mindre gyldig adkomst er likegyldig, da den vundne hævd selv er tilstrækkelig adkomst.»⁷⁷

Dette uttrykkes godt også i Gjelsviks fremstilling fra 1936:

«Stundom taler vi om den positive oppgave hevden har. Det er den oppgave å skape en rett. I motsetning hertil taler vi også om hevdens negative oppgave; og det er den oppgave å verne om en rett som alt er til. Det kan hende at en rett er til, men at det ikke kan bevises hvorledes retten er kommet op. Vi kan f.eks. tenke oss det blir spørsmål om med hvilken hjemmel en veirett er til. Det er da nok å bevise at veien har vært brukt i 20 år. Så blir det ikke mere noget spørsmål efter adkomsten. 'Tiden læger alle sår.'»⁷⁸

Dersom det bare er de «ekte» hevdservervene som nyter rettsvern uten tinglysing etter regelen i tinglysingsloven § 21 andre ledd, vil man måtte skille mellom tilfeller der hevd er et reelt ervervsgrunnlag, og de tilfellene der hevd bare bekrefter en gyldig adkomst som det ikke lenger er mulig å føre bevis for. Et slikt skille har vært ansett som lite ønskelig, og det kan føre til at den som er innehaver av en rett, får et insentiv til å skjule sin reelle adkomst. Det er dette som er bakgrunnen for

⁷⁶ Sivillovbokutvalets Rådsegn 6 – Om hevd (NUT 1961: 1), s. 6.

⁷⁷ Fr. Brandt, *Tingsretten*, 3. opplag ved Hans H. Vogt, Damm 1892, s. 477.

⁷⁸ Nikolaus Gjelsvik, *Norsk tingsrett*, 3. utg. ved Erik Solem, 1936, s. 356–357.

at det etablerte seg en relativt fast oppfatning i den juridiske teorien om at også avtaleervert oppnådde rettsvern dersom retten var utøvd i hevdstid.⁷⁹

Jeg har i flere arbeider kritisert denne utvidende tolkningen av tinglysingsloven § 21 andre ledd. Det skyldes at jeg har ment at det er et større problem å gjøre innhugg i grunnbokens troverdighet enn at det må skilles mellom ekte hevdservert og tilfeller der hevden bare bekrefter en allerede gyldig adkomst. Det er etter min mening så viktig å beskytte en godtroende ervert som stoler på det som står i grunnboken, at jeg mener avtalebasererte rettigheter ikke bør kunne få vern gjennom hevdsregelen i tinglysingsloven, heller ikke når de er utøvd i hevdstid.⁸⁰

6.2 Kort om *Forusstranda*-dommens behandling av rettsvernshevd

Da spørsmålet om rettsvernshevd første gang kom opp for Høyesterett, i *Forusstranda*-saken, var det imidlertid ikke i en sak om godtroervert, men i en sak om kreditorekstinksjon. Flere faste eiendommer var skilt ut fra et selskap uten at utskillelsene i nytt selskap var blitt tinglyst. I en konkurs mer enn 20 år senere var en av anførselene fra det nye selskapet som eiendommene var blitt skilt ut til, at rettsvern var oppnådd gjennom reglene om rettsvernshevd.

Høyesterett ville ikke ta stilling til rettsvernshevd «på generelt grunnlag». Dette forklarte Høyesterett slik:

«Denne saken gir ikke foranledning til å ta stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag. Erverten har her bevisst unnlatt å tinglyse sitt ervert. Det gjaldt både da fisjonen ble gjennomført og senere, da *Forusstranda Næringspark AS* overtok eiendommen. Det er forklart at man unnlot tinglysing fordi man ikke ønsket å betale dokumentavgift flere ganger.»⁸¹

Høyesterett formulerte så problemstillingen som «om den som fullt bevisst av økonomiske grunner har unnlatt å sørge for tinglysing av sitt avtaleervert, likevel skal oppnå rettsvern i konkurs».⁸² Med en slik formulering av problemstillingen er det lett å gjette hva utfallet måtte bli. Høyesterett viste til lovens ordlyd, formål, hensynet til grunnbokens troverdighet og noen kritiske fremstillinger i juridisk teori, før det ble konkludert med at erverten «i den situasjonen som foreligger her, ikke har rettsvern for sitt ervert av de aktuelle eiendommene på grunnlag av selvstendig rettsvernshevd».⁸³

⁷⁹ Jf. bl.a. Lilleholt, *Godtruertvert og kreditorvern*, s. 102, Ole F. Harbek og Erik Solem, *Tinglysingsloven med kommentarer*, 9. utg. ved Torgeir Austenå, Grøndahl 1990, s. 180, NOU 1982: 17 s. 134, Berg, *Hevd*, s. 214–218, og Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 381–382.

⁸⁰ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 77–92.

⁸¹ Avsnitt 57.

⁸² Avsnitt 58.

⁸³ Avsnitt 64.

Slik problemstillingen ble formulert i *Forusstranda*-dommen, er det ikke rart dommen både ble hardt kritisert og at den heller ikke bidro til avklaring.⁸⁴ Motivasjonen bak en unnlatt tinglysning har aldri vært et moment ved spørsmålet om rettsvern, noe gjennomgangen av dommene tidligere i denne artikkelen illustrerer godt.

6.3 Høyesteretts behandling av selvstendig rettsvernshevd i *Bank Norwegian*-kjennelsen

Hvor lite *Forusstranda*-dommen bidro til avklaring, illustreres også godt ved at Høyesterett ganske kort tid etter på ny måtte ta stilling til spørsmålet om selvstendig rettsvernshevd i en sak om kreditorbeslag: HR-2021-1773-A *Bank Norwegian*. En eiendom på Hvaler var blitt solgt mer enn 20 år tilbake i tid, men overdragelsen var aldri blitt tinglyst. En av selgers kreditorer forsøkte å ta beslag i eiendommen, fordi kjøper ikke hadde sørget for rettsvern gjennom tinglysning. Ettersom kjøper hadde brukt eiendommen som sin egen i hevdstid, anførte kjøper at han hadde oppnådd rettsvern etter hevdsunntaket i tinglysningsloven, i tråd med læren om selvstendig rettsvernshevd.

Det er verdt først å se på Høyesteretts vurdering av *Forusstranda*-dommen. Det er ganske oppsiktsvekkende at mens rettsvernshevd i lang tid stort sett har blitt diskutert i teorien, så kommer to saker opp for Høyesterett i løpet av drøyt fire år, og til alt overmål ender Høyesterett i sak nummer to opp med i realiteten helt å forkaste løsningen i sak én.⁸⁵ Det er nemlig vanskelig å lese Høyesterett i *Bank Norwegian*-kjennelsen på noen annen måte enn som en knusende dom over drøftelsen i *Forusstranda*-saken:

«Da dommen ikke inneholder noen drøftelse av de grunnleggende hensynene bak reglene om rettsvern, og på bakgrunn av den klare presiseringen om at den ikke tar stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag, finner jeg at dommen ikke kan tillegges noen større vekt ved fastleggelsen av rettstilstanden. Selvstendig rettsvernshevd er godt rettspolitisk begrunnet, har vært anerkjent av sakkyndige lovutvalg og har vært forutsatt i rettspraksis. I stor utstrekning har selvstendig rettsvernshevd også vært anerkjent i juridisk teori, selv om det finnes enkeltforfattere som har stilt seg mer kritisk. Når det nå på prinsipielt grunnlag skal tas stilling til selvstendig rettsvernshevd, må Høyesterett på denne bakgrunn kunne stille seg noe fritt til uttalelsene i *Forusstranda*-dommen. I en slik situasjon må de hensynene som ligger til grunn for tinglysningslovens regler om rettsvern og kreditorstinksjon, vurderes nærmere.»

I realiteten har ikke *Forusstranda*-dommen bidratt til rettsavklaring overhodet, og dens løsning blir fullstendig forkastet. Høyesterett pakket det riktignok ganske pent inn, men kombinasjonen av at Høyesterett fant å «kunne stille seg noe fritt» til *Forusstranda*-uttalelsene, og dessuten landet på

⁸⁴ Jf. bl.a. Marthinussen, *Jussens Venner* 2017, s. 90–94, Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 84–92, Berg, *Beslagsretten*, s. 356–364, Salvesen, *Jussens Venner* 2018, s. 205–226, og Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 382–383.

⁸⁵ Slik også Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 383, og Salvesen, *Kreditorvern*, s. 291–292.

stikk motsatt konklusjon – rettsvern mot kreditorbeslag gjennom reglene om rettsvernshevd – er ganske drepende.

Når det gjelder Bank Norwegian-kjennelsens egen begrunnelse for resultatet, begynte Høyesterett med en ganske grundig redegjørelse for poenget jeg har trukket frem ovenfor, om at hevd både fungerer som selvstendig ervervsgrunnlag og som bekreftelse av et annet ervervsgrunnlag. Det er ingen tvil om at dette er et av de helt sentrale argumentene til fordel for en regel om selvstendig rettsvernshevd. Deretter gjorde Høyesterett, foruten å forkaste *Forusstranda*-dommen, to metodisk sett noe oppsiktsvekkende grep: For det første ble det tilsynelatende lagt vesentlig vekt på to ulike former for «etterarbeider», og i tillegg begrenset Høyesterett seg til å drøfte rettsvern mot *kreditorbeslag* og dermed hensynene bak kreditorkestinksjonsreglene.

Sivillovbokutvalets korte avsnitt om at rettsvernet for hevdserverv også må komme gyldige erverv utøvd i hevdstid til gode, er, så vidt jeg kan se, der den moderne debatten om rettsvernshevd begynner. Det er et arbeid som ligger over 25 år i tid etter tinglysningsloven og er selvsagt ikke å anse som en form for forarbeid til tinglysningsloven. Det er på ingen måte uvanlig at det gis oversikt over gjeldende rett i forbindelse med lovarbeid, også utover det området som direkte skal reguleres med ny lov, og da vil man normalt anse dette som en form for juridisk teori.⁸⁶ Det kan imidlertid påpekes at Sivillovbokutvalets oppfatning raskt ble plukket opp og videreført av Brækhus og Hærem i standardverket *Norsk tingsrett*, og deretter fikk bred oppslutning i teorien.⁸⁷ Rettstanken Sivillovbokutvalet ga uttrykk for, ble også plukket opp av utvalget som foreslo ny tinglysningslov. Tinglysningslovutvalget anså rettsvernshevd for å være gjeldende rett og foreslo at en ny tinglysningslov eksplisitt skulle gi uttrykk for denne regelen.⁸⁸ Det kan hevdes at det etter hvert var dannet en ganske fast rettsoppfatning, og dette er en tidvis noe underkommunisert form for regeldannelse i privatretten av ganske stor praktisk betydning.⁸⁹

I stedet for å si noe om betydningen av en etablert rettsoppfatning valgte imidlertid Høyesterett å legge tilsynelatende ganske stor vekt direkte på uttalelsene i disse lovforarbeidene, selv om de klart nok ikke kan anses som forarbeider i tradisjonell forstand:

«Selv om uttalelsene i utredningene fra Sivillovbokutvalet og Tinglysningslovutvalget ikke utgjør forarbeider til hevdsunntaket i tinglysningsloven, må de, siden rekkevidden av hevdsunntaket ikke er endelig avklart i autoritative rettskilder, tillegges vekt ved fastleggelsen av rettstilstanden. Uttalelsene er avgitt av sakkyndige lovutvalg og inneholder

⁸⁶ Se f.eks. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001, s. 70: «Fremstillinger av hva som var gjeldende rett før loven ble vedtatt (på det felt den dekker eller på tilgrensende områder), bør vel stilles i klasse med annen juridisk litteratur.»

⁸⁷ Se bl.a. Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Universitetsforlaget 1964, s. 571, Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern*, s. 102, Harbek/Solem/Austenå, *Tinglysningsloven med kommentarer*, s. 180, NOU 1982: 17 s. 134, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 381–382, og Berg, *Hevd*, s. 214–218.

⁸⁸ NOU 1982: 17 s. 134.

⁸⁹ Om rettsoppfatninger, se nærmere Bjarte Askeland, «Rettsoppfatninger som rettskilde», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridiske metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 452–474.

balanserte avveininger av de hensyn som gjør seg gjeldende. Det gjelder heller ikke et rettsområde der særlige hensyn taler mot å legge vekt på denne type 'etterarbeider'.»⁹⁰

Som allerede antydnet er min oppfatning at dette er oppsiktsvekkende rettskildebek. Det er liten tradisjon for å legge vekt på denne typen etterarbeider i norsk rett, og Høyesteretts metodiske tilnærming på dette punktet er skuffende lettvent. Med den rollen rettsoppfatninger har spilt, og trolig fortsatt spiller, som grunnlag for å utvikle norsk privatrett, burde Høyesterett i stedet gått grundigere inn på spørsmålet om regeldanning gjennom rettsoppfatningene på området. Her kunne utsagnene fra Sivillovbokutvalet og Tinglysingslovutvalget inngått sammen med den juridiske teorien på området som et mulig grunnlag for en festnet rettsoppfatning som bør tillegges betydelig vekt av domstolene. Når det gjelder vurderingen av reelle hensyn, kan selvsagt gode fagkyndige utredninger, på lik linje med juridisk teori, tjene som et godt grunnlag for å skaffe seg oversikt over disse. Men spørsmålet om selvstendig rettskildemessig vekt for disse «etterarbeidene» ble skuffende svakt håndtert av Høyesterett.

Det neste noe kontroversielle grepet Høyesterett tok, var kun å drøfte rettsvernshevd som beskyttelse mot kreditorbeslag. Høyesterett uttalte avslutningsvis uttrykkelig at «slik denne saken ligger an, finner jeg ikke grunn til å ta stilling til hvor langt selvstendig rettsvernshevd også kan påberopes overfor en senere godtroerverver». ⁹¹ Når læren om rettsvernshevd tradisjonelt har vært bygget på en utvidende tolkning av regelen i tinglysingsloven § 21 andre ledd, en regel som åpenbart beskytter utinglyste hevdserverv både mot godtroerverv og kreditorekstinksjon, er det i utgangspunktet problematisk om Høyesterett ikke drøfter alle de hensynene som gjør seg gjeldende. Faren er at man ellers enda en gang må gjøre en pinlig retrett, slik som etter *Forusstranda*-dommen. Det er også en fare for at man sementerer en regel som ikke har de beste grunner for seg samlet sett, ved at man begynner i den ene enden, uten å vurdere konsekvensene av hva regelen vil innebære når den legges til grunn mer generelt. Det handler også om å sørge for en indre sammenheng mellom reglene, i den forstand at man bør ta høyde for at tolkningen man gjør ett sted, vil få betydning for tolkningen av den samme regelen på et annet område.

Det er ingen overraskelse at rettsvernshevd ikke ble ansett som særlig betenkelig når man vurderte rettsvernshevd kun opp mot notoritetshensynet. Kravet til bruk i hevdstid eliminerer i praksis den reelle risikoen for kreditorsvik, og som Brækhus påpeker, vil rettsvernshevd i disse tilfellene gi en beskyttelse mot de mest støtende rettsvirkninger av kreditorekstinksjonsreglene. ⁹²

Høyesterett kommenterte også uttrykkelig betydningen av å gjøre unntak fra det som tilsynelatende følger av lovteksten. Her uttalte Høyesterett, helt i tråd med det som er lagt til grunn tidligere i artikkelen, følgende:

«Det er lagt til grunn i rettspraksis at rettsvernsreglene som det klare utgangspunkt må gjelde absolutt, og uten at det foretas konkrete vurderinger i den enkelte sak av om

⁹⁰ Avsnitt 50.

⁹¹ Avsnitt 72.

⁹² Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4, Omsetningskollisjoner I og II*, Universitetsforlaget 1998, s. 46.

notoriteten, til tross for manglende tinglysning, likevel er sikret på annen måte. Jeg viser her til HR-2017-33-A Forusstranda avsnitt 32 med henvisning til Rt-1998-268 og Rt-1997-1050. I sistnevnte avgjørelse er det også uttalt at det heller ikke er 'rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat'. Jeg er enig i dette. Samtidig kan ikke dette utgangspunktet for tolkningen være til hinder for å legge til grunn at selvstendig rettsvernshevd gjelder som et generelt unntak fra tinglysningsloven § 20, der vilkårene for dette er oppfylt.»⁹³

Selvstendig rettsvernshevd er et godt eksempel på et rettsgrunnlag som fyller de kravene man vanligvis må stille for å kunne tolke rettsvernsregelen innskrenkende, eller, kanskje mer presist i *dette* tilfellet, tolke et unntak fra rettsvernsregelen utvidende.⁹⁴ Det er her et betydelig bredere rettsgrunnlag enn kun at kreditorbeslag vil virke særlig urimelig, og at hensynet til notoritet ikke gjør seg gjeldende med særlig styrke. For rettsvernshevd foreligger en ganske langvarig rettsoppfatning, og den nære koblingen til hevdservervene har også betydning. Rettsvernshevd er med andre ord et godt eksempel på hva som er tilstrekkelig grunnlag for å gjøre unntak fra kreditorbeslagsregler, til tross for den strenge linjen Høyesterett har operert med.

Etter *Bank Norwegian*-kjennelsen kan det etter min mening ikke være tvilsomt at rettsvernshevd gir beskyttelse mot kreditorstinksjon. Isolert sett er det en god regel – det er særlig urimelig med kreditorstinksjon i de tilfellene der retten har vært etablert og utøvd i så lang tid som hevdsreglene krever. Men innvendingen mot rettsvernshevd har alltid vært at den ikke treffer en god balanse i godtroervervstilfellene. Det kan nå se ut som om Høyesterett holder det åpent for å ha en ulik regel for henholdsvis kreditorbeslag og godtroerverv. Det er i tilfelle en rettsvernshevd som har flyttet seg et godt stykke fra dens opprinnelige og prinsipielle forankring i hevdsunntaket i tinglysningsloven, som naturlig måtte gi rettsvern både mot godtroerverv og kreditorbeslag. Samtidig vil det gi et godt bilde på den fragmenterte og pragmatiske utviklingen vi tidvis ser av norsk formuerett. At vi til tross for at både godtroerverv og kreditorstinksjon reguleres av tinglysningsloven § 20, opererer med rettsregler som gir ulikt vern i disse situasjonene, er ikke ukjent.⁹⁵ Det kan gi gode resultater i enkelttilfeller. Men det har også en kostnadsside i form av en stadig mindre oversiktlig og prinsipielt skarpskåren tingsrett, slik jeg har påpekt tidligere i artikkelen med hensyn til behovet for en indre sammenheng mellom reglene som følge av vår funksjonelle tilnærming til eiendomsrettens overgang.⁹⁶

⁹³ Avsnitt 64.

⁹⁴ Det blir langt på vei to sider av samme sak.

⁹⁵ Se til sammenligning drøftelsen av husmorsameierrett i Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 182–186. Det vil også gjelde de fleste tilfeller av erverv som ikke er frivillige fra avhenders side, og derfor faller utenfor tinglysningsloven § 23, men innenfor ordlyden i tinglysningsloven § 20. Adgangen til utlegg bør nemlig ikke gå lenger enn adgangen til beslag ved konkurs, jf. Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 186–193, og Salvesen, *Kreditorvern*, s. 205.

⁹⁶ Jf. punkt 5.5.

7 Rettsvernsregler oppstilt ved utvidende tolkninger eller på ulovfestet grunnlag – *Forusstranda* og *Aurstad Maskinutleige*

7.1 Litt om problemet med rettsvernsregler basert på utvidende tolkninger, analogier eller uten forankring i lovtekst overhodet

Rettsvernsregler er blant privatrettens mest brutale regler, noe gjennomgangen av rettspraksis ovenfor illustrerer godt. Enkeltpersoner kan påføres store tap, og de som rammes, trenger ikke ha utvist noen form for uaktsomhet. Det hjelper heller ikke å påvise at det ikke foreligger en motivasjon om kreditorunndragelse, eller at det ikke er en fare for kreditorsvik. En åpenbart reell og notorisk disposisjon kan rammes av rettsvernsreglene og lede til at kreditorer får ta beslag i noe som den skyldneren de har krav mot, utvilsomt har overdratt til andre.

Regler som er så inngripende, bør være lett tilgjengelige for befolkningen. De bør være skarpskårne og tydelige slik at forutberegneligheten blir høy. Det gjør det problematisk å akseptere at lovfestede rettsvernsregler kan tolkes utvidende, anvendes analogisk, eller at det oppstilles rettsvernsregler på ulovfestet grunnlag. Det kan ikke være tvil om at det kun er lovfestede rettsvernsregler som i utgangspunktet i tilstrekkelig grad ivaretar det grunnleggende behovet for rettsikkerhet her. Det må også tas hensyn til de kravene EMK stiller opp for tap av eiendomsrett, blant annet kravet om et klart hjemmelsgrunnlag, det såkalte lovskravet.⁹⁷

I lys av disse utgangspunktene, og av hensyn til en viss symmetri med den strenge tolkningslæren som har festnet seg for innskrenkende tolkninger, skulle man kanskje tro og forvente at Høyesterett var svært tilbakeholden med å tolke rettsvernsregler utvidende, anvende dem analogisk, eller oppstille dem på ulovfestet grunnlag. Det kan imidlertid synes som norsk rett har lagt seg på en utpreget kreditorvennlig linje, der det er svært lite rom for å tolke lovfestede rettsvernsbestemmelser innskrenkende, uten at man ser tilsvarende begrensninger på å utvide rommet for kreditorbeslag der man ikke kan finne en klar rettsvernsregel i loven. Dette skal jeg illustrere med *Forusstranda*- og *Aurstad Maskinutleige*-dommene.

7.2 Utvidende tolkninger av rettsvernsregler – *Forusstranda*

Et av spørsmålene i *Forusstranda*-dommen var om en *ensidig* beslutning på et selskaps generalforsamling om å splitte opp selskapet, en fisjon, som innebar at faste eiendommer ble skilt ut i et nytt selskap, måtte tinglyses for å ha rettsvern mot kreditorene til den gjenværende delen av det gamle selskapet. Etter tinglygingsloven § 23 er det kun rettigheter stiftet ved «avtale» som må tinglyses for å stå seg overfor et senere konkursbeslag, og uttrykket «avtale» kan neppe anses å omfatte ensidige beslutninger om oppdeling av et aksjeselskap. Som et minimum må begrepet «avtale» etter min mening forutsette at det er snakk om en enighet mellom to eller flere parter.⁹⁸

⁹⁷ Se nærmere om disse grunnleggende problemene Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 172–180.

⁹⁸ Jf. nærmere Hans Fredrik Marthinussen, «'Forusstranda': Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens Venner* 2017, s. 67–97 på s. 70–72.

Som berørt tidligere i artikkelen kom Høyesterett til at uttrykket «avtale» i tinglysingsloven § 23 måtte leses som «frivillig stiftet rett», slik formuleringen er i de fleste andre lovbestemmelsene om konkurs som har vært vedtatt etter tinglysingsloven. Foruten parallellen til andre rettsvernsbestemmelser brukte Høyesterett hensynet bak kreditorekstinksjonsreglene til å tolke den. Det gjøres på en måte som er metodisk gjenkjennelig for de fleste som har jobbet med privatrett, og som isolert sett virker overbevisende:

«Formålet med bestemmelsen i tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum er som påpekt å hindre kreditorsvik. Fare for kreditorsvik er til stede ved alle former for frivillige disposisjoner fra debtors side. Formålet med bestemmelsen tilsier således at lovens begrep 'avtale' ikke innebærer noen begrensning utover at det som omfattes, er frivillige disposisjoner. Motsetningen, det som ikke omfattes, er tvungne disposisjoner der notoriteten normalt vil være sikret på annen måte. Dette vil være blant annet ved lovbestemte rettigheter og erverv ved tvangssalg, odelsløsning, ekspropriasjon og skifte.»⁹⁹

Problemet med resonnementet er først og fremst de store konsekvensene utvidende tolkninger av rettsvernsreglene får for den de rammer. I en tid der stadig flere i teorien uttrykker seg kritisk mot de drakoniske rettsvernsreglene våre,¹⁰⁰ kunne man kanskje tenke seg en særlig tilbakeholdenhet med å tolke disse utvidende, at det måtte noe ekstra til, litt som når det er spørsmål om å tolke de samme reglene innskrenkende. De samme retts tekniske og prosessøkonomiske hensynene kan jo anføres også når det er spørsmål om utvidende tolkninger.¹⁰¹

Jeg har tidligere skrevet utførlig om *Forusstranda*-dommen, og går derfor ikke nærmere i detalj på dette spørsmålet, eller de mange andre interessante spørsmål dommen reiser. For disse henviser jeg til min artikkel «'Forusstranda': Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens Venner* 2017, s. 67–97.

7.3 Ulovfestede rettsvernsregler – *Aurstad Maskinutleige*-dommen

Det må kunne hevdes at ulovfestede rettsvernsregler utgjør et mulig enda større problem enn rettsvernsregler basert på en utvidende tolkning av en lovbestemmelse. Det kan selvsagt variere noe; en utvidende tolkning *kan* tenkes å komme mer overraskende på enn at det oppstilles en ulovfestet rettsregel. Dette illustreres godt av spørsmålet om et mulig krav til overlevering som vilkår for rettsvern ved erverv av løsøre. Et slikt overleveringskrav kan nemlig ikke komme som en fullstendig

⁹⁹ Avsnitt 40.

¹⁰⁰ Av kritiske fremstillinger, se særlig Thor Falkanger, «Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler», i ... *den urett som ikke rammer deg selv, festschrift til Anders Bratholm 70 år*, Universitetsforlaget 1990, s. 485–491, Erik Røsæg, «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom», i *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder, Festschrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Gyldendal 2010, s. 253–256, Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 172–181, og Salvesen, *Kreditorvern*, s. 427–435. (Sistnevnte har kommet til etter at *Forusstranda*-dommen ble avsagt.)

¹⁰¹ Nærmere om dette, Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 192.

overraskelse på noen som har lånt bort et halvt øye til norsk tingsrettslitteratur. Et overleveringskrav for løsøre står slik sett i noe av en særstilling som følge av dets sentrale plass i den juridiske debatten om rettsvern. Av alle tenkelige rettsvernsregler det er mulig å oppstille på ulovfestet grunnlag, vil nok et krav om overlevering av løsøre være den som utvilsomt skiller seg ut som regelen alle jurister burde ha innsett var en mulighet. Generelt sett vil jeg hevde at det skal svært mye til for å godta ulovfestede rettsvernsregler, og slike regler vil fort kunne være brudd på EMKs beskyttelse av eiendomsretten.¹⁰² Men akkurat for løsøreervervenes vedkommende er dette klart nok annerledes.¹⁰³ Samtidig innebærer ikke det at juristene kan forutse en mulig hovedregel om overlevering av løsøre, at grunnleggende krav til forutberegnelighet er tilfredsstillt, og grensene for et eventuelt overleveringskrav har alltid vært omstridte.¹⁰⁴ Det var derfor svært stor interesse og spenning knyttet til Høyesteretts behandling av dette eldgamle stridsspørsmålet i HR-2021-2248-A *Aurstad Maskinutleige*. Jeg skal i det følgende se nærmere på måten Høyesterett begrunnet at det gjelder en hovedregel om at overlevering av løsøre er nødvendig for å oppnå rettsvern mot kreditorbeslag.

Formelt var *Aurstad Maskinutleige*-dommen en sak om advokatansvar. Grunnlaget for dette mulige erstatningsansvaret var at et advokatfirma hadde gitt råd om en restruktureringsløsning i en virksomhet, som forutsatte at overlevering av løsøre ikke var nødvendig for å etablere rettsvern. En rekke maskiner var solgt fra selskapet K. A. Aurstad til Aurstad Maskinutleige, for så å bli leid tilbake. Ingen form for overlevering var blitt gjennomført. I praksis var det strengt tatt ikke skjedd noen andre endringer enn at eierskapet til maskinene på papiret var overført til søsterselskapet Aurstad Maskinutleige, K. A. Aurstad var blitt tilført penger som følge av salget, og K. A. Aurstad måtte betale leie for den videre bruken.

Flertallets redegjørelse for utgangspunktet for drøftelser av rettsvernsregler gir et såpass godt bilde både av gjeldende rett og det som har vært drøftet i denne artikkelen, at jeg gjengir den i sin helhet:

«Et grunnleggende formål med reglene om rettsvern er å forhindre kreditorskadelige disposisjoner. Dette oppnås ved at rettsreglene sikrer notoritet og i en viss grad publisitet. Notoritet ivaretar hensynet til at erverv eller en annen rettsstiftelse er kontrollerbart på en enkel måte. Publisitet ivaretar hensynet til at skyldnerens øvrige fordringshavere skal kunne følge med i andres erverv av skyldnerens formuesgoder for – og om nødvendig – å begjære utlegg eller konkurs i tide.

I norsk rett oppstilles det av retts tekniske hensyn generelle og spesifikke rettsvernskrav i tillegg til den konkrete vurdering av eiendomsrettens overgang i det enkelte tilfellet.

Rettsvernsreglene er nødvendigvis preseptoriske, og må som det klare utgangspunkt gjelde

¹⁰² Jf. Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 213, jf. s. 133–134.

¹⁰³ Jf. Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 213 og 217.

¹⁰⁴ Jf. nærmere Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 300–309, og utførlig Hilde Hauge, *Løsøreerververs kreditorvern*, Fagbokforlaget 2016.

absolutt, jf. HR-2021-1773-A avsnitt 64 med videre henvisninger til HR-2017-33-A, Rt. 1998 s. 268 og Rt. 1997 s. 1050. For å få rettsvern, er det ikke tilstrekkelig at disposisjonens notoritet og publisitet godtgjøres på annen måte enn ved den foreskrevne rettsvernsakten.

Dette innebærer at rettsvernsreglene også kan ramme hensiktsmessige avtaler som er gjennomført mellom partene, og selv om resultatet i det enkelte tilfelle kan fremstå som urimelig. At det oppstilles rettsvernsregler, må forstås i lys av at kjøperen gjør krav på separatistrett, slik at den solgte gjenstanden ikke kan tjene til dekning av krav fra overdragerens kreditorer. Disse utgangspunktene er likevel ikke til hinder for at det kan oppstilles unntak fra de foreskrevne rettsvernsaktene for enkelte typetilfeller. Dette kommer jeg tilbake til.»¹⁰⁵

Til tross for at dette er en god gjengivelse av utgangspunktene for anvendelsen av rettsvernsreglene, er det rart at Høyesterett ikke understrekte at vi her ikke hadde å gjøre med en tolkning av en lovfestet rettsvernsregel. Dette skiller klart nok problemstillingen Høyesterett drøftet, fra de dommene det henvises til. I forlengelsen av en slik påpekning kunne Høyesterett i så fall kanskje sett at nettopp disse «harde» metodiske utgangspunktene gjør det problematisk å oppstille en rettsvernsregel på ulovfestet grunnlag. Dette skyldes ikke bare at den kan komme brått på og ramme svært hardt, men også at grensene for en ulovfestet regel sjelden vil bli like skarpe som for en lovfestet. Dermed vil man kunne risikere akkurat de skjønnspregede vurderingene som rettspraksis knyttet til lovfestede regler har forsøkt å styre oss unna.

Flertallet tok så utgangspunkt i en systembetragtning som vi kjenner fra punkt 5.5: Det uttalte at «ut fra hensynet til konsekvens vil et naturlig utgangspunkt for drøftelsen av løssørekjøpers rettsvern overfor selgers kreditorer da være reglene om pant i løssøre». Det er et noe underlig sted å starte drøftelsen, i lys av de omfattende diskusjonene som har vært i teorien i lang tid, og i lys av at slike systembetragtninger som regel bør knyttes tett til de hensynene som gjør seg gjeldende. Den såkalte håndpantregelen er også, som Høyesterett påpekte, *formelt* en hovedregel, mens den i praksis utgjør en svært liten begrensning av realkrediten. Som jeg skal komme tilbake til, mener jeg parallellen til håndpantregelen har en tydelig plass i drøftelsen, men det er likevel et underlig *utgangspunkt*.

Høyesteretts flertall gikk så videre til der de fleste diskusjoner om overleveringskravet har tatt utgangspunkt: i de berømte *ku-* og *jernskrap*-dommene og Brækhus og Hærems interesselære.¹⁰⁶ Høyesterett viste til at denne læren, og hovedregelen om overlevering ellers, etter hvert vant bred oppslutning i teorien. Etter å ha pekt på at Hauge¹⁰⁷ og Salvesen¹⁰⁸ i nyere tid har opponert sterkt mot læren, fortsatte så flertallet slik:

¹⁰⁵ Avsnitt 49–51.

¹⁰⁶ For en utførlig gjennomgang av disse utgangspunktene, se Hauge, *Løssøreerverters kreditorvern*, s. 112–153.

¹⁰⁷ Hauge, *Løssøreerverters kreditorvern*, s. 192–195.

¹⁰⁸ Salvesen, *Kreditorvern*, s. 316–386.

«En oppsummering viser at den alminnelige oppfatningen i litteraturen i minst 60 år i hovedsak, men ikke unisont, har vært at det som hovedregel eller utgangspunkt gjelder krav om overlevering eller at selger på annen måte fratras rådigheten over gjenstanden. Underrettspraksis tyder på det samme, jf. Høgetveit Berg, Beslagsretten side 426 med videre henvisninger. Det synes også allment akseptert at kjøper har rettsvern mot selgers kreditorer der selger sitter med gjenstanden utelukkende i kjøperens interesse og ved større tilvirkningskontrakter, der et krav om overlevering kan være et effektivt hinder for en helt nødvendig finansieringsordning. I slike tilfeller er faren for kreditorsvik liten. Dette viser i tillegg at det i begrenset utstrekning er oppstilt unntak fra hovedregelen, at de aktuelle unntakene gjelder tilfeller som ikke kan likestilles med sikkerhetsstillelse, og der faren for kreditorsvik er liten. Om det i tillegg må oppstilles unntak ved ordinære forbrukerkjøp, går jeg ikke inn på, da dette uansett ikke har betydning for avtaler mellom profesjonelle parter.

Etter min oppfatning har den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur over tid her selvstendig betydning som rettskilde utover argumentasjonsverdien i kraft av at denne oppfatningen også i praksis synes å være akseptert som gjeldende rett. Jeg slutter meg til Lilleholt, Allmenn formuerett side 304-305:

‘I den mon spørsmålet har kome på spissen i praksis i einskildsøking og i konkurs, ser det ikkje ut til å ha skapt større vanskar, og det er ikkje urimelig å tru at partane har bygd på synspunkta i lærebøker og annan litteratur. Praksis frå underordna domstolar synest å vera spreidd, men gjev samla ikkje uttrykk for andre utgangspunkt enn dei som har dominert i litteraturen. I privatretten he[nder] det at rettssetningar festar seg på slikt grunnlag; tidlegare nøgde ein seg gjerne med å vise til sedvane’.¹⁰⁹

Det avsluttende sitatet fra Lilleholt er etter min mening dekkende for hvordan rettsoppfatninger ofte er normdannende i viktige deler av privatretten. Høyesteretts flertall argumenterte også isolert sett ganske godt for sin løsning. Etter min mening er det imidlertid en overraskende konklusjon i lys av de nyere fremstillingene til Hauge og Salvesen. Spesielt Hauges fremstilling gir en grundig og overbevisende gjennomgang, som etter min mening endrer bildet av en fast rettsoppfatning ganske betydelig. Det er grunn til å trekke frem flere av elementene mindretallet var innom i dissensen: Behovet for notoritet er ikke like sterkt som før. Det er enklere å kreve og sikre bevis for transaksjoner i dag, og internasjonalt er krav til overlevering på klar retrett. Den såkalte hovedregelen om overlevering er svært uskarp, og vi er nå tilbake i en situasjon der vi ikke vet om det gjelder et unntak for forbrukere, og hvor det også er høyst uklart om hva som gjelder for alle andre tilvirkningsavtaler enn de virkelig store avtalene der unntak fra overleveringskravet har vært etablert og akseptert i hvert fall siden Rt. 1990 s. 59 *Myra båt*. Vi har med andre ord fått en

¹⁰⁹ Avsnitt 61–62.

«avklaring» som ikke avklarer veldig mye mer enn at det i mange tilfeller gjelder et overleveringskrav. Dette illustrer godt et av problemene med ulovfestede rettsvernsregler.

I den konkrete saken var det, som flertallet med rette påpekte, en situasjon som med tyngde tilsa å oppstille et overleveringskrav. Dette gjaldt også etter de linjene Hauge trekker opp, der overleveringskravet ikke er et generelt utgangspunkt. Flertallets drøftelse av forholdet til panteloven § 3-2 for det konkrete tilfellet er treffende:

«Ved avtaler om salg og samtidig tilbakeleie eller annen bruksrett for selgeren trenger ikke kjøperen formuesgodet til eget bruk, og selgeren fortsetter å bruke dette. Salget skal i disse tilfellene ikke gjennomføres mellom partene ved at gjenstanden overføres fysisk til kjøper. Dette typetilfellet har således betydelige likheter med pantsettelse der det etter panteloven § 3-2 gjelder et overleveringskrav. Slike kombinasjoner har tidligere blitt behandlet som et forsøk på å omgå håndpantregelen, dels på grunnlag av proforma og dels gjennom tolking, jf. Andenæs, Konkurs, side 265 med videre henvisninger. Det går heller ikke alltid et klart skille mellom overdragelse til eie og sikkerhetsstillelse. Hensynet til likebehandling av kreditorene tilsier klart at det bør gjelde krav om fratakelse av rådighet ved avtaler om salg og tilbakeleie. Også hensynet til notoritet står særlig sterkt ved denne type avtaler.»

Man kan frykte at det var denne uheldige konstellasjonen – et typetilfelle som særlig utfordret parallellen til håndpantregelen i panteloven § 3-2 – som medvirket til at vi nå har fått gjeninnført et overleveringskrav mange av oss trodde både var og burde vært rettshistorie. Hadde rettsvern uten overlevering vært akseptert i et tilfelle som i *Aurstad Maskinutleige*-dommen, ville det langt på vei lignet på en ordning med underpant i *Løsøre*, til alt overmål uten krav til en rettsvernsakt. Det åpner også for kreditorsvik ved at slike avtaler kan tenkes konstruert i ettertid.

Metodisk sett er mine innvendinger primært at det burde vært lagt større vekt på den klare dreiningen i teorien i nyere tid, kombinert med det stadig mindre behovet for et slikt overleveringskrav. Med tanke på vekten av den eldre rettsoppfatningen kunne det også vært lagt større vekt på hvor usikre grensene for den antatte hovedregelen om overlevering har vært. Dessuten kunne man også lagt vekt på at det bør kreves relativt sterke holdepunkter for å oppstille rettsvernsregler på ulovfestet grunnlag. Selv om de fleste jurister nå raskt vil tilpasse seg kravet til overlevering, vil det fort kunne virke som en felle på den jevne forbruker, som heller ikke har mulighet til å oppdage dette kravet i lovgivningen. Mer grunnleggende viser også denne avgjørelsen etter min mening at Høyesterett ikke går tilstrekkelig grundig inn i de spørsmål som bruk av rettsoppfatninger reiser.

8 Noen generelle trekk og noen rettskildemessige bekymringer

Det er ikke uten videre lett å oppsummere dommene som har vært gjennomgått. Det er ikke helt enkelt å få øye på en rød tråd, utenom at samtlige dommer, med unntak av *Bergen Bunkers*, bygger eksplisitt på den strenge linjen fra *Momentum*. Det er som sagt i og for seg litt paradoksalt at den ene

dommen der dette ikke uttrykkes, kanskje er den dommen som best illustrerer hva denne strenge tilnærmingen til innskrenkende tolkninger av rettsvernsregler innebærer i praksis.

Utover de stadige gjentakelsene av at rettsvernsregler gjelder absolutt, uten særlig rom for unntak, er det muligens grunnlag for å hevde at domsmaterialet viser en viss tendens til fragmentering. I hvert fall dommene om rettsvernshevd viser en uheldig tendens til å snevre drøftelsen inn på en slik måte at resultatet fort blir en fragmentert rettstilstand, der vi får mange ulike regler og det dermed kan bli vanskeligere å bruke rettskilder knyttet til én rettsregel til å tolke en annen.

Det er klart at Høyesterett ikke kan drive brede, rettsvitenskapelige undersøkelser når de skal avgjøre enkelttvister. Det er likevel uheldig når Høyesterett bevisst unnlater å ta stilling til de hensynene som er presentert i rettsvitenskapelige fremstillinger og fremhevet som særlig relevante for den problemstillingen som drøftes. Dette gjelder mangelen på å drøfte betydningen av, og forholdet til, godtroervervene for rettsvernshevd i *Bank Norwegian*-kjennelsen, og mangelen på å drøfte betydningen av et overleveringskrav for forbrukere i *Aurstad Maskinutleige*-dommen. Å skjære til sakene på en slik måte at viktige hensyn ikke blir drøftet, er veldig uheldig, og innebærer lett en uakseptabelt stor risiko for uklarhet og behov for senere kursendringer.

På dette punktet er Høyesteretts tilnærming til spørsmålet om når fordringer oppstår, et eksempel til etterfølgelse. Høyesterett har i tre nye dommer, HR-2019-1662-A, HR-2020-1129-A og HR-2021-1106-A, tatt et generelt, overordnet utgangspunkt, i tråd med særlig Nordtveits brede rettsvitenskapelige analyse,¹¹⁰ fremfor å gjøre helt snevre, «nærsynte» hensynsdrøftelser. Den sistnevnte tilnærmingsmåten kan være nødvendig når det er rettsområder rettsvitenskapen ikke har analysert tilstrekkelig grundig, men den er lite hensiktsmessig når rettsområdet er kartlagt og gjennomdiskutert, slik tilfellet er for de problemstillingene som er gjennomgått i denne artikkelen.

Fra en metodisk synsvinkel ønsker jeg meg også at Høyesterett gjør grundigere vurderinger av hva som skal til for at det skal foreligge en rettsoppfatning, og hva som skiller en etablert rettsoppfatning fra mer enkeltstående utsagn i den juridiske teorien (og andre arbeider som naturlig faller i den samme kategorien). På dette området har både rettsvitenskapen og Høyesterett en oppgave i tiden fremover. Det virker i øyeblikket for tilfeldig hvilke utsagn i teorien som tillegges vekt, og eventuelt hvor mye. Det virker også uklart hvor mye som skal til før en rettsoppfatning kan regnes som festnet, slik at den bør gis en klart normerende posisjon for rettsutviklingen. Det bør også problematiseres grundigere om til dels uklare, korte bemerkninger i teorien egner seg som sentrale ledd i løsningen av rettsspørsmål i domstolene. Dette er problemstillinger som fortjener mer oppmerksomhet og forhåpentligvis flere avklaringer i tiden fremover.

Det blir ikke enklere å forholde seg til den tilsynelatende noe strenge lovpositivistiske tilnærmingen ved tolkning av rettsvernsbestemmelser når det kommer flere utsagn i teorien som kan være egnet til å skape tvil rundt selv det grunnleggende utgangspunktet som Høyesterett stadig gjentar. Blant annet velger Skoghøy å fremheve følgende metodiske betraktning i sin omtale av *Bergen Bunkers*-dommen:

¹¹⁰ Silje Nordtveit, *Når oppstår en fordring?*, Cappelen Damm Akademisk 2017.

«Ved tolking av privatrettslig lovgivning spiller ordlyden en mindre sentral rolle enn ved tolking av offentligrettslig lovgivning. Privatrettslig lovgivning gir ofte på en fyndig eller kortfattet måte uttrykk for en rettstanke. Ved tolking av privatrettslig lovgivning blir derfor formålsbetraktninger og andre reelle hensyn tillagt større vekt enn ved tolking av offentligrettslig lovgivning.»¹¹¹

Det går ikke an å hevde at utsagnet er feil. Det er tvert imot helt korrekt, og gir et godt bilde av norsk privatrettslig metode. Men det er likevel ganske misvisende når det er spørsmål om en rettsvernsregel skal tolkes innskrenkende, der Høyesterett i en rekke dommer har lagt listen svært høyt. I tillegg sier altså Høyesteretts flertall i *Bergen Bunkers*-dommen at «på et utpreget positivrettslig område som dette må ordlyden og lovens oppbygning ha betydelig vekt».¹¹² Det kan også vises til Rt. 1997 s. 645 *Vest-Kran*, der Høyesteretts flertall uttaler at «både panteretten og konkursretten er i høy grad positivrettslig bestemt, og etter min mening bør rettsdannelsen her være det, fordi det er viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å holde seg til».

Tilsvarende kan det lett lede til tvil når Berg i sin omtale av tolkning av rettsvernsregler i lys av *Momentum*, *Cruise Charter* og *Forusstranda* først skriver at det «ikkje [er] grunnlag for å stille opp ulovfesta unntak frå lovfesta rettsvernskrav der det etter ei konkret vurdering ikkje ligg føre kreditorvik – eller reglane vil verke sterkt urimelege». Han følger så opp like etterpå med å skrive at «noko heilt anna enn uheimla unntak frå rettsvernskravet ut frå ei konkret vurdering, er spørsmålet om kva som er rettsvernsregelen i den aktuelle situasjonen».¹¹³ Det første sitatet er klart nok i tråd med synspunktene jeg har fremmet i denne artikkelen. I det siste sitatet dukker det imidlertid opp kvalifikasjonen «uheimla», og at det er noe «heilt anna» å avgjøre hva som er rettsvernsregelen i den aktuelle situasjonen enn å vurdere unntak fra den. Det gir inntrykk av at man nærmest har to prosesser: Først fastlegger man rettsvernsregelen etter en ordinær rettsanvendelsesprosess, og så har man en vurdering av et unntak. Realiteten er vel heller at man ofte har en lovtekst som er mer eller mindre klar, og så har man ulike rettskildefaktorer som kan trekke i retning av en innskrenkende tolkning. Det er nok heller en glidende overgang fra den ene ytterkanten der lovteksten er klar, og det kun er reelle hensyn som anføres til støtte for at lovteksten ikke skal tas på ordet, til den andre ytterkanten der lovteksten ikke er helt klar, og det er mange andre rettskildefaktorer som kan tilsi at man aksepterer at rettsvern er etablert, selv om det kanskje ikke er den løsningen som umiddelbart passer best med lovteksten. Som illustrasjon av dette poenget vil jeg hevde at det er en *gradsforskjell* mellom *Norblast*- og *Momentum*-dommen; det er ikke to ulike tolkningsprosesser.

Det kan være krevende å få tak i hovedpunktene når teorien har ulike syn både på det materielle og det metodiske i disse nye dommene. Jeg tror man må holde fast på at det i utgangspunktet gjelder en ganske lovpositivistisk linje. Et problem er imidlertid at det noe overraskende kan synes å kreve mer å tolke en rettsvernsbestemmelse *innskrenkende* enn å tolke

¹¹¹ Skoghøy, *Jussens Venner* 2021, s. 305.

¹¹² Avsnitt 58.

¹¹³ Berg, *Beslagsretten*, s. 238–240. Bergs kursivering.

den *utvidende*.¹¹⁴ Det er i lys av rettsvirkningene av kreditorrektinskjon vanskelig å akseptere, i hvert fall på et rettspolitisk plan. For min egen del ønsker jeg meg en mer bevisst holdning til de store konsekvensene utvidende tolkninger og analogisk bruk av rettsvernsregler kan ha for dem det rammer.¹¹⁵ For den klarheten og forutberegneligheten som Høyesterett hevder å fremme når den avstår fra å tolke rettsvernsregler innskrenkende, er like viktig for dem som innretter seg på at deres transaksjon er beskyttet mot kreditorrektinskjon fordi lovens regel tilsynelatende ikke rammer den.¹¹⁶ Det er ganske paradoksalt at det kan virke som om vi har fått en ganske privatrettslig ordinær pragmatisk og åpen tilnærming til tolkningsprosessen der grunnleggende rettsikkerhetshensyn tilsier forsiktighet (utvidende tolkninger), mens vi opererer med en noe uvant og unorsk streng tolkningslære der det kan være høyst tvilsomt om det fortsatt finnes gode grunner for dette (innskrenkende tolkninger).

I tillegg kan analysen i denne artikkelen tyde på at det i en del sammenhenger er slik at systemhensyn og koherensbetraktninger lett kan tas ut av sammenhengen og brukes til å argumentere for det meste. Vi har tross alt et funksjonelt eiendomsrettsbegrep der vern oppnås i ulike sammenhenger, på ulike måter og på ulike tidspunkter. Da kan vi ikke strebe etter en absolutt indre logikk. Det sentrale er å bruke de underliggende sentrale, reelle hensynene omsetningsbeskyttelse, kreditorvern og rettsikkerhet til å skape sammenheng i systemet og tolke bestemmelser som er uklare, på en forutsigbar måte.¹¹⁷

¹¹⁴ Slik også Salvesen, *Kreditorvern*, s. 137.

¹¹⁵ Jf. Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 213, og Salvesen, *Kreditorvern*, s. 137.

¹¹⁶ Se til illustrasjon Rt. 1992 s. 438 *GMAC*, jf. også min omtale av den i Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 250–251.

¹¹⁷ For en mer utførlig redegjørelse for dette siste poenget, se Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, kapittel 12.