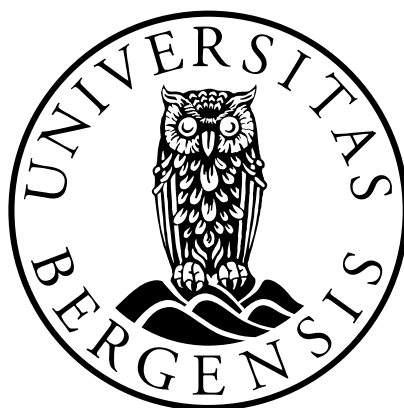


# Løsørekjøpers rettsvern overfor selgers kreditorer

*Er avtalen tilstrekkelig til separatistrett?*

Kandidatnummer: 163

Antall ord: 13 857



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2016

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	2
1.1 Presentasjon av problemstilling.....	2
1.2 Temaets bakgrunn og aktualitet.....	4
1.3 Rettskildesituasjonen .....	5
1.4 Rettsvernsreglenes funksjon og formål .....	6
1.5 Fremstillingen videre .....	10
2 Grunnleggende hensyn bak rettsvernsreglene.....	12
3 Historisk kontekst.....	15
4 Innholdet i et krav om overlevering .....	18
5 En hovedregel om fysisk overlevering? .....	20
5.1 Lovregler .....	20
5.2 Rettspraksis.....	22
5.2.1 Høyesterettspraksis.....	22
5.2.2 Underrettspraksis.....	25
5.3 Annen praksis .....	26
5.4 Reelle hensyn.....	27
5.4.1 Faren for kreditorsvik.....	27
5.4.2 Et klart skjæringstidspunkt.....	30
5.4.3 System- og konsekvenshensyn.....	31
5.4.4 Forskuddsbetaling som finansieringsform .....	33
5.4.5 Sporbare kontantstrømmer og digitalisert kommunikasjon .....	35
5.4.6 Likebehandling av kreditorene.....	36
6 Interesselæren.....	38
6.1 Innhold og bakgrunn.....	38
6.2 Rettskildevekt .....	39
6.3 Forholdet mellom likebehandlingshensynet og hensynet til å motvirke kreditorsvik.....	41
7 En god regel å la kredittmomentet avgjøre prioritetskonflikten?.....	44
7.1 En uoverensstemmende rettstilstand .....	44
7.2 Formelt kreditt, reelt et kjøp .....	45
8 Konklusjoner .....	48
Litteraturliste .....	50

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av problemstilling

Tema for denne masteroppgaven er hva som skal til for at en forskuddsbetalende kjøper skal ha rettsvern overfor selgers kreditorer ved erverv av ikke-realregistrerbart løsøre.

Med forskuddsbetaling menes at det ikke er skjedd en gjensidig utveksling av ytelser mellom kjøper og selger, slik at kjøper har betalt selger uten samtidig å få presentert motytelsen. Situasjonen hvor verken kjøper eller selger har presentert sine ytelser, skal ikke drøftes i denne oppgaven.<sup>1</sup> Det samme gjelder gavesalg, da oppgaven utelukkende skal konsentrere seg om de alminnelige omsetningskjøpene. Oppgaven dreier seg om ikke-realregistrerbart løsøre, og andre formuesgoder som oppnår rettsvern ved tinglysing i realregister faller derfor utenfor.<sup>2</sup>

Det legges til grunn at kjøper ved sitt erverv også oppnår en rett til en individuelt bestemt løsøreobjekt, og det avgrenses derfor mot vurderinger knyttet til spørsmål om gjenstanden er tilstrekkelig individualisert.<sup>3</sup> Som følge av oppgavens størrelsesorden avgrenses det også mot vurderinger knyttet til eiendomsrettens overgang, som fordrer en mer inngående analyse av eiendomsrettsbegrepet.<sup>4</sup>

Det kan kanskje virke uproblematisk at kjøper ikke får overlevert det aktuelle formuesgodet fra selger, all den tid avtale er inngått og betaling funnet sted. Ved å betale på forskudd risikerer imidlertid kjøper også å tape sin rett dersom selger i mellomtiden går konkurs.

---

<sup>1</sup> Generelt oppstår det sjeldnere konflikt hvor kjøper ennå ikke har betalt for gjenstanden. Da er det som regel i boets ønske å oppfylle kontrakten med kjøper for å få realisert verdien av den solgte varen, jf. Brækhus/Hærem s. 507-508.

<sup>2</sup> Fast eiendom og annet realregistrerbart løsøre oppnår rettsvern etter reglene om rettsregistrering i tinglysingsloven, sjøloven, luftfartsloven og kraftledningsregisterloven.

<sup>3</sup> Individualiseringskravet innebærer at retten til kjøper må knytte seg til en individuelt bestemt gjenstand. Ved speciekjøp er ikke dette problematisk, men ved generiske kjøp må en ta stilling til om gjenstanden er tilstrekkelig utskilt, jf. Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 258-260.

<sup>4</sup> Baldersheim i *TfR* 2012 s 137-167.

Ved konkursåpning vil selgers kreditorer ønske å beslaglegge alt av de verdier selger besitter, og spørsmålet som aktualiserer seg er om de også kan beslaglegge den forhåndsbetalte gjenstanden. Formulert på en annen måte, er spørsmålet om kjøper kan kreve å få utlevert tingen uten å måtte betale på ny til boet.<sup>5</sup>

Konflikten som oppstår mellom kjøper og selgers konkursbo forstås bedre dersom den settes i en konkursrettslig kontekst. Formålet med en konkursåpning er å realisere samtlige av de verdier konkursdebitor (i vårt tilfelle selgeren) har i sin formuesmasse, for så å fordele disse verdiene mellom kreditorene.<sup>6</sup> Et løssøre vil være et formuesgode som kan realiseres i et pengebeløp, og derfor også gjenstand for beslag.<sup>7</sup>

For at kjøper skal kunne få utlevert det aktuelle formuesgodet uten å måtte betale en gang til, må han påvise at han har en prioritert rett til dekning i dette. Prioritert rett til dekning omtales også som en separatistrett, og er i panteloven § 1 (lov 8. februar 1980 nr. 2) definert som «en særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere bestemte formuesgoder (pantet)».

Separatistrett er et vanlig fenomen blant banker og andre finansinstitusjoner, som ofte betinger seg pant i låntakers formuesgoder. På denne måten sikrer de seg ved en eventuell konkurs, ved å få særrett til dekning i boet. I stedet for å stilles på lik linje med de øvrige kreditorene, kan de separere i boet og dermed oppnå en bedre rettsposisjon.<sup>8</sup>

Kan kjøper påberope seg separatistrett til en forhåndsbetalt gjenstand, er også vern mot kreditorenes beslagsrett oppnådd. Forutsetningen er imidlertid at retten knytter seg til et bestemt formuesgode,<sup>9</sup> og at rettsvern er etablert. Betingelsen om rettsvern innebærer at det verken er tilstrekkelig eller nødvendig for separatistrett at en innehar eiendomsretten til den aktuelle gjenstanden. For å være vernet må en ha foretatt en ytre markering, en såkalt rettsvernsakt.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Tilsvarende Andenæs, *Konkurs* s. 260.

<sup>6</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 127.

<sup>7</sup> Andenæs, *Konkurs* s. 92-93.

<sup>8</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 38.

<sup>9</sup> *Op.cit.* s. 38.

<sup>10</sup> *Op.cit.* s. 33.

I denne fremstillingen skal det vurderes nærmere hva som kreves for at kjøper skal oppnå rettsvern, og derved separatistrett for sitt erverv. Særlig skal det drøftes om det gjelder en hovedregel om at løsøret må overleveres kjøper for at rettsvern skal oppnås. En slik forståelse deles av flere juridiske forfattere, og er i dag hevdet å være rådende lære.<sup>11</sup> Spørsmålet som må stilles er imidlertid om den rådende læren også gir uttrykk for gjeldende rett.

## 1.2 Temaets bakgrunn og aktualitet

Spørsmålet om hva som skal til for å oppnå rettsvern ved løsørekjøp, er ikke berørt i noen lovbestemmelse i norsk rett, og det finnes heller ikke noe klart rettskildegrunnlag på ulovfestet område. Problemstillingen har vært gjenstand for teoretisk diskusjon i århundrer, og regnes som et av de klassiske spørsmålene i formueretten.<sup>12</sup>

Tradisjonelt har teoretikerne vekslet mellom to ulike løsninger på rettsvernsspørsmålet, det såkalte tradisjonsprinsippet og avtaleprinsippet.<sup>13</sup> Avtaleprinsippet går i sin rene form ut på at rettsvern oppnås allerede ved avtaleinngåelsen, og noen rettsvernsakt utover dette kreves ikke. Tradisjonsprinsippet på den andre side gir rettsvern på overtakelsestidspunktet, når den nye eieren har overtatt besittelsen av gjenstanden.

Uavhengig av hva som måtte være hovedregelen for rettsvern ved løsørekjøp, befinner en seg på et rettsområde hvor det er behov for klare og forutberegnelige rettsregler.<sup>14</sup> Både kjøper og konkursbo har beskyttelsesverdige interesser, og dermed behov for en tydelig regulering av konflikten dem imellom.

Det snevre rettskildebildet etterlater imidlertid inntrykk av at problemstillingen sjelden aktualiserer seg i praksis, og det kan spørres om det i det hele eksisterer et behov for en avklaring av rettsvernskravet ved løsørekjøp.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 290 med videre henvisninger i note 645.

<sup>12</sup> Lilleholt, *Godtruervert og kreditorvern* s. 188-189.

<sup>13</sup> Lilleholt, *op.cit.* s. 189.

<sup>14</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 291.

<sup>15</sup> Lilleholt *Allmenn formuerett* s. 35.

I juridisk teori er mangel på rettsvister om det aktuelle spørsmålet begrunnet på ulikt vis. Noen hevder konkursbo langt på vei godtar ikke-overleverte kjøp, fordi et magert forlik heller er å foretrekke enn en dyr prosess.<sup>16</sup> Andre har ment at årsaken må være at de aktuelle løssøregjenstandene allerede er belagt med enten varelager- eller driftstilbehørspant, slik at pantlover uansett får best rett i prioritetskonflikten. Et slikt standpunkt fordrer imidlertid en nærmere redegjørelse for hva som faktisk ligger i vilkåret «rådighet» i panteloven § 3-7, noe denne fremstillingen ikke tar sikte på.<sup>17</sup>

Uavhengig av hva som måtte være årsaken til manglende rettsavgjørelser omkring rettsvernsspørsmålet, kan ikke fravær av rettspraksis være ensbetydende med at det heller ikke er nødvendig å avklare rettsstillingen på området. At rådende lære også synes å ha sin vesentligste rettskildeforankring i de oppfatningene som er kommet til uttrykk i juridisk litteratur, fordrer, etter min mening, også en nærmere redegjørelse for de rettskilder som ligger til grunn for et eventuelt overleveringskrav.

### 1.3 Rettskildesituasjonen

Verken lov eller høyesterettspraksis berører spørsmålet om rettsvern for kjøp av ikke-realregistrerbart løsøre. Mangelen på autorative rettskilder gjør at en befinner seg i en situasjon som i juridisk litteratur er blitt omtalt som «rettskildenød».<sup>18</sup> Med dette menes at en står «...uten andre holdepunkter enn de aller mykeste og mest diffuse faktorene (...), som alminnelig rettsoppfatning og egne vurderinger».<sup>19</sup> Dette skaper enkelte rettskildemessige utfordringer når en skal klarlegge gjeldende rett. Særlig fordi en må søke etter et legislativt grunnlag som kan erstatte lovtekst og klar rettspraksis.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Andenæs, *Konkurs* s. 149, Göranson, *Traditionsprincippet* s. 103, Brækhus/Hærem s. 503.

<sup>17</sup> I juridisk teori er en uenig om hvordan vilkåret «rådighet» i panteloven § 3-7 skal forstås, og dermed også uenig om hva som er en rettmessig avhendelse etter denne bestemmelsen, jf. bl.a. Andenæs, *Konkurs* s. 271.

<sup>18</sup> Lilleholt i *JV*, 2000 s. 49-60 s. 52.

<sup>19</sup> Boe, *Grunnleggende juridisk metode – en introduksjon til rett og rettsstenking* s. 37.

<sup>20</sup> Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 256.

Rettskilden som i størst grad har behandlet spørsmålet om løsørekjøpers rettsvern, er juridisk litteratur. Blant forfattere som drøfter spørsmålet kan særlig fremheves Sjur Brækhus,<sup>21</sup> Kåre Lilleholt,<sup>22</sup> Mads Henry Andenæs,<sup>23</sup> Borgar Høgetveit Berg,<sup>24</sup> og Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger.<sup>25</sup> Juridisk litteratur er en av de rettskildene som tradisjonelt er blitt tillagt liten rettskildevekt etter norsk rettskildelære.<sup>26</sup> I fravær av andre klare rettskilder må allikevel juridisk teori regnes som den største premissleverandøren av rettslige argument for rettsvernsspørsmålet, noe som også må få betydning for dens rettskildevekt. Sikre oppfatninger i rettslitteraturen bør veie tungt hvor en ellers har få rettskilder å forholde seg til.<sup>27</sup>

Gjennom juridisk litteratur har også andre rettskilder om rettsvernsspørsmålet blitt mer tilgjengelige, og følgelig fått større vekt og relevans som rettskilde. Særlig kan dette hevdes for underrettspraksisen om det aktuelle emnet.<sup>28</sup>

Foruten juridisk teori, er reelle hensyn den rettskilden som vil kunne gi flest rettslige bidrag i spørsmålet om rettsvern for løsørekjøp. Reelle hensyn utgjør som oftest rettslige supplement i den rettsanvendelsen som foretas. Med den snevre rettskildesituasjonen en står overfor kan imidlertid reelle hensyn også få en langt mer selvstendig betydning, og utgjøre selve rettsgrunnlaget en baserer rettsregelen på.<sup>29</sup>

## 1.4 Rettsvernsreglenes funksjon og formål

Rettsvernsreglene angir hva som kreves for at en kjøper skal være vernet mot etterfølgende rettsstiftelser i formuesgodet, og således ha best rett i dette.

---

<sup>21</sup> Brækhus/Hærem s. 503-516.

<sup>22</sup> Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* s. 188-200, Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 287-295.

<sup>23</sup> Andenæs, *Konkurs* s. 260-271.

<sup>24</sup> Berg i *JV*, 1999 s. 1-30.

<sup>25</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 725-731.

<sup>26</sup> Eckhoff, *Rettskildelære* s. 270.

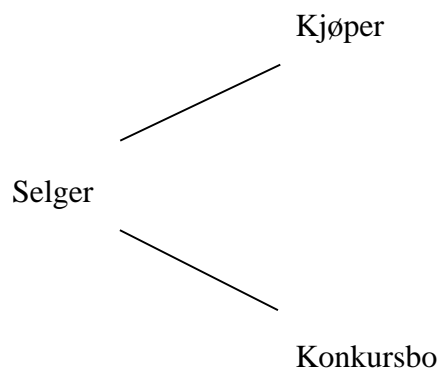
<sup>27</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 23.

<sup>28</sup> Eckhoff, *Rettskildelære* s. 162.

<sup>29</sup> Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 256.

Spørsmålet om rettsvern oppstår i de situasjoner hvor to eller flere rettssubjekter hevder å utlede kolliderende rettigheter i samme formuesgode. Dette omtales også som en såkalt tredjepartskonflikt, og er problemkomplekset en støter på i den dynamiske tingsretten.<sup>30</sup> I litteraturen skiller man gjerne mellom to hovedtyper av tredjepartskonflikter: såkalte hjemmelsmannskonflikter og dobbeltsuksesjonskonflikter.<sup>31</sup> Kun sistnevnte faller innenfor temaet til denne oppgaven.

Karakteristisk for en dobbeltsuksesjonskonflikt er at de motstående partene begge hevder å utlede sin rett fra samme opprinnelige rettighetshaver.<sup>32</sup> Situasjonen hvor både kjøper og selgers konkursbo mener å ha best rett til den forhåndsbetalte gjenstanden er en typisk dobbeltsuksesjonskonflikt, og kan illustreres på følgende måte:



Spørsmålet som melder seg i en tredjepartskonflikt er hvem som skal ha best prioritet i formuesgodet, og det er her rettsvernsreglene får betydning. For bedre å forstå rettsvernsreglenes funksjon og formål, er det nødvendig å klarlegge noen rettslige utgangspunkter.

Hvor rettighetene som hevdes utledet fra opprinnelige rettighetshaver er uforenelige, er det grunnleggende utgangspunktet at det eldre rettservervet går foran det yngre rettservervet. I

---

<sup>30</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 26-27.

<sup>31</sup> Lilleholt, *op.cit.*

<sup>32</sup> Lilleholt, *op.cit.* s. 31-32.



eksemplet over innebærer dette at kjøper får best rett. Dette er også blitt uttrykt som et kjøpsprinsipp, hvor den som er først i tid også får best rett.<sup>33</sup>

At den som er først i tid også er best i rett har sitt grunnlag i «elementære og dypt forankrede rettferdsforestillinger» i samfunnet, og utgjør i dag et helt grunnleggende prinsipp i norsk formuerett.<sup>34</sup> Til tross for dette, er det i dag også sikker rett at kjøpsprinsippet kun utgjør et utgangspunkt. Unntak gjøres ved såkalt ekstinktivt erverv, hvor yngre rettighetshaver gis adgang til å fortrenge eldre rettserverv i formuesgode.<sup>35</sup> Betingelsen for slik ekstinksjon er at eldre rettighetshaver ikke har skaffet seg rettsvern. Rettsvern avskjærer ekstinksjonsadgangen, og er derfor avgjørende for hvorvidt unntak kan gjøres, og derved også for hvem som skal ha best prioritet i formuesgodet.

Ekstinksjonsadgangen har ulik forklaring alt etter hvilket grunnlag det yngre rettservervet baserer seg på.<sup>36</sup> Hvor det yngre rettservervet baserer seg på et alminnelig avtaleerverv, vil adgangen til å gjøre ekstinktivt erverv ha sin årsak i omsetnings- og legitimasjonshensyn. I disse tilfeller taler en om såkalt godtroerverv.<sup>37</sup>

Baserer det yngre rettservervet seg derimot på et kreditorbeslag, er ekstinksjonsadgangen begrunnet ut fra hensynet til å motvirke kreditorsvik.<sup>38</sup> Fordi det eldre avtaleervervet i et slikt tilfelle risikerer å tape i konkurranse med kreditorene, taler en her om såkalt kreditorekstinksjon.<sup>39</sup>

Oppgaven skal utelukkende konsentrere seg om kreditorekstinksjon, og det avgrenses derfor mot godtroervervstilfellene. Videre foretas det ingen sontring mellom såkalt fellesforfølgning og enkeltforfølgning, all den tid hovedtrekkene i konkursboets og utleggstakers beslagsrett er nokså like.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 553, Lilleholt i *JV*, 2000 s. 49-60 s. 52.

<sup>34</sup> Brækhus, *Omsetning og kreditt* s. 26, Lilleholt, *Allmenn Formuerett* s. 27.

<sup>35</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 25.

<sup>36</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 719.

<sup>37</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 26-30.

<sup>38</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 33, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 719.

<sup>39</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 156.

<sup>40</sup> Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* s. 188, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 725.

For å forstå hvorfor kreditorekstinksjon har sin årsak i hensynet til å motvirke kreditorsvik, må en se nærmere på kreditorenes beslagsrett. Hovedregelen om kreditorenes beslagsrett fremgår av dekningsloven § 2-2 (lov 8. juni 1984 nr. 59), som fastslår at kreditorene har «rett til dekning i ethvert formuesgode som *tilhører* skyldneren på beslagstidspunktet» (min utheving).

At kreditorene kan ta beslag i alt som «tilhører» konkursskyldner, innebærer at det er de reelle eierforholdene som avgjør beslagsrettens rekkevidde.<sup>41</sup> Har selger ikke rett til å utøve eierbeføyelser over en gjenstand, eksempelvis fordi denne allerede er solgt, kan heller ikke boet utøve slike beføyelser. Selger kan ikke overføre større rett enn det han selv har, og bestemmelsen i § 2-2 samsvarer dermed med det grunnleggende kø-prinsippet.

Å begrense kreditorenes beslagsrett til det som «tilhører» konkursskyldner, vil imidlertid ikke alltid fungere som en fornuftig løsning. Fordi situasjonen ved konkursåpning ofte vil være at skyldner ønsker å unndra verdier til dekning, enten for å tilgodese seg selv eller andre nærstående, kan boet bli møtt med uriktige påstander om at formuesgodet allerede er solgt, pantsatt, eller på annen måte overdratt. På denne måten risikerer konkursboet å bli ført bak lyset, og konsekvensen er at dets dekningsmuligheter reduseres.<sup>42</sup>

Av denne grunn er boet gitt en utvidet adgang til beslag der rettsvern ikke er etablert for det yngre rettsvervet. Dette følger uttrykkelig av dekningslovens forarbeider hvor det fremgår at «(d)en nærmere grense for beslagsretten» må suppleres av «reglene om (...) rettsvern», jf. NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 255.

For å bøte på faren for kreditorskadelige disposisjoner, kan boet foreta kreditorekstinksjon. At denne adgangen er avskåret hvor rettsvern er etablert, har sin forklaring i at rettsvernsakten i tilstrekkelig grad motarbeider kreditorsvik, slik at ekstinksjon ikke er påkrevd. Av denne grunn må det kunne kreves at en eventuell ulovfestet rettsvernsregel for løsørekjøp oppfyller hensynet til å motvirke kreditorsvik.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 75.

<sup>42</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 718 og s. 565-566, Brækhus/Hærem s. 477.

<sup>43</sup> Tilsvarende Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 27.

## 1.5 Fremstillingen videre

Foruten avgrensningene foretatt i forbindelse med oppgavens problemformulering, skal oppgaven heller ikke berøre disposisjoner som rammes av omstøtelsesreglene i dekningslovens kapittel 5. I slike tilfeller vil disposisjonens illojale preg gjøre at den kan omstøtes uavhengig av om rettsvern er oppnådd,<sup>44</sup> forutsatt at den er foretatt innen lovens angitte tidsfrist.<sup>45</sup>

Fordi spørsmålet om rettsvern ved kjøp av ikke-realregistrerbart løsøre må løses på grunnlag av ulovfestet rett, starter oppgaven med en gjennomgang av de grunnleggende hensynene bak rettsvernsreglene i kapittel 2. Den sentrale posisjonen til reelle hensyn gjør det hensiktsmessig å ha kjennskap til de hensyn rettsvernsreglene er tuftet på.

I kapittel 3 skal det foretas en kort redegjørelse for de historiske utviklingslinjene til avtale- og tradisjonsprinsippet. Dette for å belyse hvilken innflytelse samfunnsforholdene har hatt på praktiseringen av rettsvernsregelen. Et historisk tilbakeblikk vil også kunne avdekke rettslige endringer som kan ha fått betydning for hvordan en vektlegger de tilgjengelige rettskildene i dag. For å øke forståelsen for den avveiningen som skal foretas mellom avtale- og tradisjonsprinsippet, vil overleveringskravets materielle innhold klarlegges i kapittel 4.

Vurderingen av om det gjelder et krav om fysisk overlevering for å oppnå rettsvern starter i kapittel 5. Her vil de tilgjengelige rettskildene gjennomgås i tråd med alminnelig rettskildelære. Oppfatningene i juridisk litteratur vil allikevel ikke gjennomgås eksplisitt, da disse langt på vei vil bli belyst gjennom den avveiningen av reelle hensyn som skal foretas. I likhet med juridisk teori vil hovedfokuset i denne delen av fremstillingen være en tolkning og analyse av de grunnleggende hensynene bak rettsvernsreglene (som redegjort for i kapittel 2). Til forskjell fra juridisk teori skal jeg imidlertid forsøke å vurdere de reelle hensynene mer i lys av samfunnssituasjonen, slik denne er i dag. Dette for å se om endringer i samfunnet også har hatt innflytelse på hvordan de reelle hensynene gjør seg gjeldende, og derved også for hvorvidt oppfatningene i juridisk teori kan sies å være fyllestgjørende.

---

<sup>44</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 720.

<sup>45</sup> Jf. tidsfristene i dekningsloven kapittel 5.

Kapittel 6 er viet til interesselæren og dennes betydning for fastleggingen av gjeldende rett. Drøftelsen i kapittel 6 følges opp av kapittel 7, hvor det foretas en mer inngående vurdering av hvilke faktiske og rettslige konsekvenser et utelukkende fokus på interesselæren vil kunne gi.

Redegjørelsene i kapittel 5-7 danner grunnlaget for oppgavens konklusjon som presenteres i kapittel 8. Selv om målet er å klarlegge rettstilstanden *de lege lata*, gjør rettskildesituasjonen at en muligens må nøye seg med en avklaring *de lege ferenda*.

## 2 Grunnleggende hensyn bak rettsvernsreglene

Fordi de reelle eierforholdene hos konkursskyldner ikke alltid er slik de hevdes å være, er boet gitt adgang til å beslaglegge også eiendeler som *tilsynelatende* ikke lenger tilhører konkursskyldner. På denne måten søker en å hindre at konkursskyldner reduserer konkursboets dekningsrett, blant annet gjennom konstruksjon av antedateringer og fiktive avtaler.<sup>46</sup>

Kreditorekstinksjon skal bidra til å sikre at hovedregelen om konkursboets beslagsrett etter dekningsloven § 2-2, faktisk følges. De reelle eierforholdene *skal* være avgjørende for boets beslagsrett, og den som er først i tid skal som utgangspunkt også ha best rett.

Bevisvansker tilknyttet de reelle eierforholdene er årsaken til boets ekstinksjonsadgang.<sup>47</sup> For at etablering av rettsvern skal kunne avskjære denne ekstinksjonsadgangen, er det oppstilt et krav om at rettsvernsreglene i tilstrekkelig grad sikrer notoritet ved de disposisjonene som er foretatt.

Med notoritet menes at noe er etterprøvbart, at det kan kontrolleres i ettertid.<sup>48</sup> Brækhus omtaler notoriteten som et krav om at det skal foreligge «så gode bevis for den (disposisjonen) at ingen kan være i tvil om at den har funnet sted».<sup>49</sup> Kan det i ettertid kontrolleres at den påståtte kjøpsavtalen faktisk er reell, er det heller ikke fare for at konkursboet blir ført bak lyset, og ekstinksjon er dermed ikke påkrevd. Det er sikringen av notoriteten som omtales som en rettsvernsakt.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 565.

<sup>47</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 162-163.

<sup>48</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 33.

<sup>49</sup> Brækhus/Hærem s. 493.

<sup>50</sup> Lilleholt, *op.cit.*

At hensynet til notoritet er det som hovedsakelig begrunner rettsvernsreglene, er kommet til uttrykk både i parallell lovgivning<sup>51</sup>, i høyesterettspraksis<sup>52</sup>, og i en samstemmig juridisk teori.<sup>53</sup> I juridisk teori er notoritetshensynet også årsaken til at et flertall hevder at rettsvernsakten ved kjøp av løsøre må være fysisk overlevering av den aktuelle gjenstanden.<sup>54</sup>

Selv om notoritetshensynet står helt sentralt i formueretten, kan Høyesteretts praksis tas til inntekt for at det allikevel er lite rom for konkrete vurderinger av om notoritetshensynet er ivaretatt i det enkelte tilfellet, jf. her særlig premissene nedfelt i Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter) og Rt. 1997 s. 1050 (Momentum).

I begge avgjørelser var spørsmålet om en kunne gjøre unntak fra lovfestede rettsvernsregler ut fra den omstendighet at faren for kreditorsvik ikke var tilstedeværende. Høyesterett tillot imidlertid ikke slike unntak, og i Momentumdommen ble dette særlig begrunnet med at:

«(d)et klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister».

En lignende begrunnelse ble lagt til grunn i Cruise Charter-dommen, og begge avgjørelser ble senere fulgt opp i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1997 s. 645 (Vest-Kran). Uttalt at det er «viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å holde seg til», og at det er «vanskelig (...) å ha full oversikt over de reelle hensyn som kan gjøre seg gjeldende», kom retten i denne saken til at reelle hensyn ikke kunne få avgjørende vekt på formuerettens område.

Høyesteretts positivistiske tilnærming signaliserer at hensynet til forutberegnelighet står helt sentralt i formueretten, og i enkelte tilfeller også vil kunne trumfe hensynet til notoritet. Høyesterett er regelorientert, og ser det ikke som en løsning at hvert enkelttilfelle skal vurderes konkret. Det kan imidlertid spørres om ikke Høyesteretts restriktive holdning må

---

<sup>51</sup> Jf. bestemmelsen om håndpant i panteloven § 3-2.

<sup>52</sup> Jf. Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter) og Rt. 1997 s. 1050 (Momentum).

<sup>53</sup> Jf. bl.a. Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 33, Andenæs, *Konkurs* s. 245, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 565.

<sup>54</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 291, Andenæs, *Konkurs* s. 260, Lindebrække, *Eiendomsrett og konkursbeslag* s. 209-210, Brækhus/Hærem s. 506, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 726.

forbeholdes de lovregulerte tilfellene, og at en på ulovfestet område bør ha større adgang til en pragmatisk rettsanvendelse.

Også på ulovfestet område har en behov for forutberegnelighet. Det er derfor et viktig argument at rettsreglene skal være retts teknisk enkle og håndhevbare. På ulovfestet område er det imidlertid min mening at en også må ha et større rom for å kunne foreta konkrete rimelighetsvurderinger når en skal fastlegge gjeldende rett.<sup>55</sup> Det er ikke tale om å gjøre unntak fra allerede eksisterende rettsvernsregler, men å etablere en ny regel om rettsvern for løsørekjøp. I et slik tilfelle bør en, etter min mening, ha friere tøyler til å vurdere mer konkret hvilken rettsregel som best ivaretar både hensynet til notoritet og forutberegnelighet.<sup>56</sup>

Et annet hensyn som også er hevdet å ha en sentral plass i vurderingen av rettsvernsreglene, er hensynet til publisitet. Publisitetshensynet ivaretar kreditorenes interesse ved å gjøre konkursskyldners disposisjoner synbare utad. Ved å synliggjøre konkursskyldners disposisjoner vil kreditorene bli varslet dersom verdigjenstander er på vei ut av konkursskyldners formuesmasse, og de vil på denne måten kunne begjære konkurs åpnet.<sup>57</sup> All den tid synbarhet også kan bidra til en etterkontroll av de rettsstiftelsene som er foretatt, sikrer publisiteten også notoritet ved rettsstiftelsen.

Til slutt er det også viktig å fremheve at målet om å motvirke kreditorsvik ikke bør gå på bekostning av omsetningslivets interesse. Samtidig som en skal motvirke kreditorsvik, bør en derfor ikke hindre økonomiske disposisjoner som har gode grunner for seg.<sup>58</sup> Når en vurderer rettsvernkravet ved løsørekjøp, er det særlig hensynet til forhåndsbetaling som finansieringsform som må vektes opp mot hensynet til å motvirke kreditorsvik. Avgjørende blir å finne en balanse mellom de motstående hensyn som gjør seg gjeldende på rettsområdet.

---

<sup>55</sup> Tilsvarende Andenæs, *Rettskildelære*, s. 77.

<sup>56</sup> Tilsvarende Lilleholt i *JV*, 2000 s. 49-60 s. 54.

<sup>57</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 567, Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 34.

<sup>58</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 291.

### 3 Historisk kontekst

Jussens dynamiske karakter gjør at det kan være fruktbart å sette diskusjonen om løsørekjøpers rettsvern i en historisk kontekst, med sikte på å belyse hvilken påvirkning samfunnsutviklingen har hatt på rettsvernsspørsmålet.

Tradisjonskravet kan spores tilbake til romerretten, hvor krav om fysisk overlevering lenge ble ansett avgjørende for eiendomsrettens overgang. Hvorfor dette ble hevdet å være hovedregelen er rettshistorikerne noe usikre på. En mulig årsak er at det fremstod som naturlig å la en overføring komme fysisk til uttrykk på denne måten.<sup>59</sup>

Allerede i romerretten gjennomgikk imidlertid tradisjonskravet en rekke modifikasjoner. Fordi det ble for tungvint å kreve fysisk overlevering i enhver situasjon, innførte romerne en rekke tradisjonssurrogat. Tradisjonssurrogatene innebar en tilsidesettelse av det fysiske momentet til fordel for partsviljen. Tilstrekkelig til overlevering var det blant annet at selger og kjøper hadde avtalt at selger skulle sitte med tingen på vegne av kjøper, såkalt konstruert besittelse («constitutum possessorium»)<sup>60</sup>.

Med Hugo Grotius og naturretten fikk partsviljen sitt virkelige gjennombrudd på 1600-tallet.<sup>61</sup> Avtalen ble ansett tilstrekkelig til å oppnå eiendomsrett, og med kravet om positiv skreven rett sørget Frankrike og deres Code Civil for at avtaleprinsippet ble spredd til resten av verden.<sup>62</sup>

I norsk rett har diskusjonen omkring løsørekjøpers rettsvern vært influert av både romerrettslig og naturrettslig tenking. Flere av de synspunkt som ble gjort gjeldende den gang har aktualitet også i dag. En viktig forskjell fra tidligere tiders diskusjon, er imidlertid at rettsvernsspørsmålet i dag *ikke* knytter seg til spørsmålet om eiendomsrettens overgang.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Göranson, *Traditionsprincipen* s. 39.

<sup>60</sup> Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 5.

<sup>61</sup> Göranson, *Traditionsprincipen* s. 79.

<sup>62</sup> Berg *op.cit.* s. 5-6.

<sup>63</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 49-50.



Fordi en tidligere betraktet eiendomsretten som en substansiell størrelse, som samlet kunne gå over på kjøper på ett bestemt tidspunkt, mente en at etablering av rettsvern også var betinget av at en hadde oppnådd eiendomsrett til den aktuelle gjenstanden.<sup>64</sup> På slutten av 1800-tallet begynte imidlertid skandinaviske forskere å kritisere denne oppfatningen av eierskap, og hevdet den kun var en teoretisk konstruksjon uten empirisk grunnlag i virkeligheten.<sup>65</sup> Særlig Torp var en sterk tilhenger av denne kritikken, og i sin bok «Dansk tingsrett» (1892) forkastet han den tradisjonelle oppfatningen av eiendomsretten.<sup>66</sup> Det var imidlertid på det tiende nordiske juristmøtet at Torp introduserte en helt ny tilnærming til eiendomsrettsbegrepet. Eiendomsretten var en funksjonell størrelse, bestående av flere beføyelser. Av denne grunn kunne eiendomsrettens overgang vanskelig fikses til ett bestemt tidspunkt, og en måtte i stedet vurdere rettsvirkningene i hver enkelt relasjon.<sup>67</sup> Torp ble møtt med kraftig kritikk for sin tilnærming,<sup>68</sup> men regnes i dag som en forgjenger for den rettsrealismen som preger skandinavisk rett.<sup>69</sup>

Med ønske om at jussen skulle være tettere knyttet til de reelle samfunnsforholdene oppstod rettsrealismen som en motreaksjon til den konstruktive metode. Den konstruktive metoden (også omtalt som «begrepsjurisprudens»<sup>70</sup>) la for mye fokus på systematikk i retten, og tok for lite hensyn til virkningene av jussen i samfunnet.<sup>71</sup> Fra å diskutere *når* en hadde oppnådd eiendomsrett, ble det etter hvert viktigere å diskutere *når* en hadde *vern* for sin rett. En fikk et stadig større fokus på, og innslag av, tredjemannsproblem. Konkurs ble mer aktuelt, og dermed også hensynet til selgers kreditorer. Som følge av faren for kreditorsvik, og bevisvansker tilknyttet skyldners disposisjoner, fikk notoritetshensynet en sentral plass i vurderingen av kjøpers rettsvern. Fysisk overlevering ble igjen hevdet å være hovedregelen.<sup>72</sup>

Helt siden romerretten har samfunnsforholdene påvirket praktiseringen av rettsvernkravet ved løsørekjøp, og både tradisjons- og avtaleprinsippet har gjennomgått en rekke

---

<sup>64</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 73-76.

<sup>65</sup> Lilja i «National Report on the Transfer of Movables in Europe volume 5» s. 28-29.

<sup>66</sup> Torp, *Dansk tingsrett* s. 324.

<sup>67</sup> Det Tiende Nordiske Juristmøde, 1902 Bilag VI, s. 7 flg.

<sup>68</sup> Særlig Hagerup mente tilnærmingen var både «praktisk farlig» og «princielt uholdbart», jf. Det Tiende Nordiske Juristmøde, 1902 s. 169.

<sup>69</sup> Lilja, *op.cit.* s. 29.

<sup>70</sup> Graver i *LOR*, 1999 s. 579-603 s. 582.

<sup>71</sup> Lilja, *op.cit.* s. 28, Graver, *op.cit.* s. 581.

<sup>72</sup> Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 9 med videre henvisning til Torp i *TfR*, 1894 s. 1-31. Se også Brækhus, *Omsetning og kreditt* s. 5-11.

modifikasjoner som følge av dette. Spørsmålet som aktualiserer seg i denne forbindelse er om oppfatningene omkring rettsvernskravet ved løsørekjøp fremdeles reflekterer samfunnsforholdene, slik disse er i dag.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 162-170.

## 4 Innholdet i et krav om overlevering

Begrepet overlevering tilsier isolert sett at det må skje en fysisk besittelsesovergang mellom selger og kjøper, for at kjøper skal oppnå rettsvern. I juridisk teori er det imidlertid enighet om at et eventuelt overleveringskrav for løsørekjøp må samsvare med de parallelle rettsvernsbestemmelsene i panteloven § 3-2 og dekningsloven § 5-2.<sup>74</sup> Særlig den vanskelige grensedragningen mellom salg og pantstillelser tilsier en tilsvarende løsning for kjøp som for håndpantsettelse.<sup>75</sup>

Etter begge bestemmelsene er det avgjørende for rettsvern at avhenderen «taper rådigheten over» formuesgodet. For gaver fremgår ikke dette direkte av bestemmelsen i dekningsloven § 5-2, men det er lagt uttrykkelig til grunn i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1988 s. 1327 (Rekstendommen).

Noen forfattere har hevdet at godtroervervsloven § 1 (lov 2. juni 1978 nr. 37) også kan anvendes for å begrunne besittelsesfratakelse som avgjørende for overleveringskravet. En slik parallelltolkning har sin forklaring i ønsket om et klart skjæringstidspunkt, som oppnås ved å la sikringsakten og rettsvernsakten ved løsørekjøp være sammenfallende.<sup>76</sup>

Etter min mening bør en imidlertid være varsom med å foreta sammenligninger mellom to regelsett som skal ivareta vidt forskjellige hensyn. At en er vernet mot yngre avtaleerververe, bør ikke uten videre medføre at en også har vern overfor avhenderens kreditorer. Etterprøvbarheten vil ikke nødvendigvis alltid være like god som legitimasjonsvirkningen.<sup>77</sup>

At besittelsesfratakelse er avgjørende for om overlevering har funnet sted, medfører at det ikke kan godtas som overlevering at selger kun besitter tingen på vegner av kjøper (såkalt «constitutum posessorium»)<sup>78</sup>. Når det allikevel er tilstrekkelig til overlevering at selger taper

---

<sup>74</sup> Lilleholt, *Godtroerverv og Kreditorvern* s. 190, Andenæs, *Konkurs* s. 262-263, Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 16-17.

<sup>75</sup> Berg, *op.cit.* s. 13-14.

<sup>76</sup> Berg, *op.cit.* s. 16-17, Lilleholt *op.cit.* s. 69.

<sup>77</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 157-158.

<sup>78</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 155.

besittelsen av gjenstanden, åpner dette for at også andre former for fysisk besittelsesovergang aksepteres som overlevering.

At tredjeperson tar imot tingen på vegne av kjøper, må anses tilstrekkelig til rettsvernsmessig overlevering.<sup>79</sup> Hvor tredjeperson allerede sitter med tingen på vegne av selger, har en i teorien stilt spørsmål om det er nødvendig å notifikere tredjeperson for å oppnå rettsvern, eller om det er tilstrekkelig at tingen er fravendt selger.

Det synes vanskelig å skulle basere et eventuelt kreditorbeslag på manglende notifikasjon av tredjeperson, når avgjørende for kreditorenes beslagsrett tilsynelatende er selgers fysiske besittelse av gjenstanden. I disse tilfellene må det derfor være tilstrekkelig til overlevering at tingen fravendes selger.<sup>80</sup>

Hva angår tidspunktet for overlevering er det klart at dersom kjøper skal ha rettsvern mot konkursboet, må et potensielt krav om fysisk overlevering være gjennomført senest ved konkursåpningen. Regler om at rettsvernet må etableres dagen før, slik som ved salg av fast eiendom, har vi ikke.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Jf. bl.a. Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 155.

<sup>80</sup> Tilsvarende Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 19, Andenæs, *Konkurs* s. 150-151, motsatt Lilleholt, *Godtruervern og kreditorvern* s. 190.

<sup>81</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 726.

# 5 En hovedregel om fysisk overlevering?

## 5.1 Lovregler

I juridisk teori har en hevdet at en hovedregel om overlevering kan baseres på analogislutninger fra allerede eksisterende lovbestemmelser. Særlig regelen om håndpant i panteloven § 3-2 er blitt trukket frem som grunnlag for slik analogi.<sup>82</sup>

Etter denne bestemmelsen gjelder det et krav om overlevering for at panthaver skal ha vern for sin panterett. Om en slik regel er overførbar på kjøpstilfellene, må imidlertid bero på graden av likhet mellom de to tilfellene. Herunder må det undersøkes om de samme hensyn som begrunner overlevering ved avtalepant, også gjør seg gjeldende i kjøpstilfellene. Kvaliteten på håndpantregelen vil også være av betydning for dens egnethet til analogislutninger.<sup>83</sup>

Analogi fra håndpantregelen er hovedsakelig blitt begrunnet med notoritets hensynet. Et hensyn som kan hevdes å gjøre seg like sterkt gjeldende ved pantsettelse som ved overdragelser. Som Brækhus beskriver det: faren for at konkursboet skal bli møtt med svikaktige påstander om salg, er like store som faren for å bli møtt med svikaktige påstander om pantsettelse.<sup>84</sup> På denne bakgrunn har en ment at et krav om overlevering bør gjelde også for overdragelser til eie.

Regelen om overlevering i panteloven § 3-2 har imidlertid også sitt grunnlag i et ønske om å begrense realkreditten. Et hensyn som ikke er like treffende for kjøpstilfellene, da en ikke ønsker å begrense omsetningen av løsøre på tilsvarende måte som for pantsettelse.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Brækhus/Hærem s. 506, motsatt Andenæs, *Konkurs* s. 262.

<sup>83</sup> Andenæs, *Rettskildelære* s. 71 og 72.

<sup>84</sup> Brækhus/Hærem s. 506.

<sup>85</sup> Brækhus/Hærem s. 506.

Selvsagt vil kreditorene være interessert i å begrense adgangen til salg på et tidspunkt hvor kreditor er insolvent,<sup>86</sup> men dette kan vanskelig tas til inntekt for et generelt krav om overlevering ved løsørekjøp. I disse situasjonene har en også andre mekanismer som kan bøte på faren for salg i det kritiske tidsrom, jf. blant annet reglene om omstøtelse i dekningsloven kapittel 5.

Hensynene bak håndpantregelen har begrenset overføringsverdi til de rene kjøpstilfellene, noe som begrenser dens egnethet for analogi. At en i dag har akseptert vidtrekkende unntak fra regelen om håndpant gjør den også mindre aktuell for analogisering.<sup>87</sup>

Kvalitet- og likhetsbetraktninger tilsier at en ikke kan basere et krav om overlevering på analogislutninger fra håndpantregelen i panteloven § 3-2.

I teorien har en imidlertid hevdet at en bør ha et tilsvarende krav om overlevering for løsørekjøp for å hindre at en egentlig pantsettelse kamoufleres som et kjøp.<sup>88</sup> Hvor et salg i realiteten utgjør en pantsettelse, bør en imidlertid kunne ramme dette tilfellet *alene* med en direkte anvendelse av panteloven § 3-2. Enten i form av en utvidende fortolkning, eller ved en analogisering fra bestemmelsen.<sup>89</sup> Å begrunne et generelt krav om overlevering med denne omgåelsesfaren, synes å være å strekke håndpantregelen utover sitt eget formål.

Foruten håndpantregelen i panteloven § 3-2, kunne kanskje dekningsloven § 5-2 om omstøtelse av gaver også fungert som et mulig grunnlag for analogislutninger. Her må imidlertid analogi være avskåret allerede av den grunn at rettsreglene omhandler svært ulike typer rettsverv.

Parallell lovregulering gir ikke særlig veiledning i spørsmålet om rettsvern for løsørekjøp, og en må se hen til andre rettskilder for tolkningsbidrag.

---

<sup>86</sup> Brækhus/Hærem s. 507.

<sup>87</sup> Jf. den vide adgangen til å avtale underpant i løsøre i medhold av panteloven §§ 3-4, 3-11 og 3-14.

<sup>88</sup> Brækhus/Hærem s. 506, Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 13-14, Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 192-193.

<sup>89</sup> Augdahl, *Forelesninger i konkurs* s. 22.

## 5.2 Rettspraksis

### 5.2.1 Høyesterettspraksis

Den første rettsavgjørelsen hvor spørsmålet om rettsvern for løsørekjøper kan hevdes å være berørt er en Høyesterettsdom inntatt i Rt. 1878 s. 1412.

Dommen gjaldt et tilfelle av salg og tilbakeleie av møblement, hvor formålet var å skaffe selgeren likvide midler. Etter salget grep selgerens husvert inn og gjorde beslag i de solgte møblene som følge av manglende husleiebetaling. Retten ga husverten medhold i sitt beslag, og la avgjørende vekt på at det ikke hadde funnet sted en reell eiendomsoverdragelse av møblene.

Dommen kan tilsi at rettsvern fordrer fysisk overlevering. Sakens spesielle faktum, med partenes åpenbare proformaarrangement, gjør det imidlertid vanskelig å trekke noen generell rettssetning fra denne. Hadde samme saksforhold kommet opp i dag, ville en nok mest sannsynlig ha underkjent avtalen av nevnte grunn, uavhengig av hva som måtte være hovedregelen for rettsvernkravet ved overdragelse.<sup>90</sup>

På tidlig 1900-tallet avsier Høyesterett tre nye avgjørelser om løsørekjøpers rettsstilling i konkurs. I alle tre avgjørelser var det sentrale spørsmålet om kjøper hadde separatistrett til salgsgjenstanden.

I den første dommen, Rt. 1909 s. 734 (Tømmerdommen), hadde en selger ved avtale overdratt alt av sitt tømmer i ulike skoger til kjøper. Før levering fant sted gikk imidlertid selger konkurs, og boet nektet kjøperne deres rett etter avtalen. Domstolen la avgjørende vekt på at det allerede ved avtaleinngåelsen forelå en reell eiendomsoverdragelse mellom selger og kjøper, og boet fikk ikke medhold sin påstand.

Avtalen ble ansett tilstrekkelig for rettsvern, men prejudikatsverdien av dommen må muligens begrenses til den aktuelle saks faktum. Hvor det er tale om tømmer lokalisert ute i det fri kan

---

<sup>90</sup> Brækhus/Hærem s. 501.

et krav om overlevering stille seg vanskelig. Samtlige rettsinstanser var også enig i at det i et slik tilfelle ikke krevdes fysisk overlevering, og uenigheten mellom fraksjonene knyttet seg primært til individualiseringskravet.<sup>91</sup>

Rt. 1910 s. 231 (Kudommen) gjaldt en avtale om salg av 11 kyr til slakt. Etter avtalen skulle kyrne overleveres kjøper etter at de var ferdig utmelket. Da selger gikk konkurs var kun én ku overlevert kjøper, og boet mente de kunne ta beslag i de resterende 10 som fortsatt befant seg hos selger på konkurstidspunktet.

Et flertall i Høyesterett ga boet medhold i dette, og avgjørende for flertallets votum var at den foreliggende avtalen manglet «karakteren af en virkelig eiendomsoverdragelse». Dette ble videre sagt å ha sin årsak i at «(k)jøberen erholdt sig ikke dyrene overladt, men sælgeren (...) betingede og beholdt i sin interesse raadigheden over kreaturene i flere maaneder». For å effektuere en reell eiendomsoverdragelse måtte en senere overlevering ha funnet sted.

Mindretallet på sin side la avgjørende vekt på partenes hensikt ved avtaleinngåelsen, som de mente «tilsigtet en øieblikkelig definitiv eiendomsoverdragelse med dertil hørende eiendomsraadighed for kjøberen».

Det kan synes som om flertallet argumenterer for et krav om tradisjon, mens mindretallet på sin side argumenterer for et avtaleprinsipp. Mindretallets votum må imidlertid også tas til inntekt for et krav om tradisjon, all den tid de omtaler avtalearrangementet mellom selger og kjøper som et tradisjonssurrogat, et «constitutum posessorium».

Uenigheten mellom mindretallet og flertallet synes å bunne i en ulik forståelse for hva som kan aksepteres som en konstruert besittelsesfratakelse. Mindretallet synes å mene at selgerens bruksrett er i begge parters interesse, og derfor bør godkjennes som et alternativ til overlevering. Flertallet på sin side mener bruksretten utelukkende er i selgers interesse, og at eiendomsretten dermed ikke kan sies å ha gått over på kjøper. Den parallelle diskusjonen som foregikk i juridisk teori på det aktuelle tidspunkt, støtter også opp om en slik forståelse.

---

<sup>91</sup> Jf. Byrettens uttalelse som både Overretten og Høyesterett sluttet seg til: «en fysisk besiddelsestagelse er unødvendig», men «naar kravet til egentlig tradition opgives» kreves til gjengjeld «skarpe krav til overdragelseserklæringens tydelighed og løsøregegenstandens individuelle bestemmelse».



Særlig Ernst Møller drøfter hvorvidt et «constitutum posessorium» også kan foreligge hvor selger har betinget seg en midlertidig bruksrett til den solgte gjenstanden.<sup>92</sup>

Siste gang spørsmålet om løsørekjøpers rettsvern kom opp for Høyesterett var i Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen). Et skipsverft solgte det samlede skrapavfallet sitt for ett år til en av sine avtaleparter. Det betalte skrapavfallet befant seg i en haug på verftets eiendom, hvor kjøper med jevne mellomrom hentet og gjorde opp dette. Før alt var hentet gikk imidlertid verftet konkurs, og boet hevdet å kunne beslaglegge det gjenværende skrapavfallet.

Fordi det solgte skrapet var tilstrekkelig individualisert, og befant seg hos selger for kjøpers egen «regning og risiko», kom et flertall i Høyesterett til at eiendomsretten var gått over på kjøperen, og boets beslagsrett dermed avskåret.

Av dommen fremgår at overlevering i alle fall ikke utgjør et ubetinget vilkår for kjøpers rettsvern. I likhet med Kudommen synes det også å være av betydning hvorfor overleveringstidspunktet utsettes. At skrapet befant seg hos selger på kjøpers egen regning og risiko, kunne tilsi at det forelå en konstruert besittelsesfratakelse som tilfredsstilte kravet til overlevering. Noe klart svar på hva som er hovedregelen for rettsvern ved løsørekjøp gir dommen imidlertid ikke.

Selv om enkelte av de nevnte dommene kan synes å antyde et krav om overlevering, er verken tradisjonsprinsippet eller avtaleprinsippet klart fastslått i avgjørelsene.<sup>93</sup> Noen allmenngyldig regel for hva som kreves for å ha rettsvern ved løsørekjøp, gir dermed Høyesterett neppe anvisning på. At dommene er gamle, og preget av sterk dissens, svekker også rettskildevekten av disse.

Videre må også fremheves at premissene i de tre siste avgjørelsene i stor grad bærer preg av den eldre oppfatningen av eiendomsretten som en substansiell størrelse.<sup>94</sup>

Hovedargumentasjonen i dommene knytter seg til spørsmålet om det er skjedd en virkelig eiendomsoverdragelse, og dette blir dermed avgjørende for hvorvidt rettsvern er oppnådd eller

---

<sup>92</sup> Jf. bl.a. Møller i *TfR*, 1896 s. 85-122 s. 102-112.

<sup>93</sup> Tilsvarende Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 7.

<sup>94</sup> Oppfatningene i juridisk teori kan belyses gjennom diskusjonen mellom Ussing og Torp på slutten av 1800-tallet. Ussing i *TfR*, 1890 s. 181-206, og *TfR*, 1893 s. 338-350, Torp i *TfR* 1894 s. 1-31 og s. 32-49.

ikke. All den tid rettsvern i dag er løsrevet fra eiendomsrettens overgang, er det tvilsomt om premissene i dommene er tilstrekkelig fyllestgjørende til å kunne vektlegges utelukkende i relasjon til rettsvernsspørsmålet.

## 5.2.2 Underrettspraksis

I forhold til høyesterettspraksis må underrettspraksis sies å utgjøre en større bidragsyter i spørsmålet om rettsvern for løsørekjøp.

I en dom fra Agder lagmannsrett, inntatt i LA-2005-38803, var spørsmålet hva som skulle til for å oppnå rettsvern for kjøp av et kunderegister. Et kunderegister er å anse som en løsøregjenstand,<sup>95</sup> og spørsmålet var derfor om det krevdes overlevering for etablering av rettsvern. Saksforholdet i dommen bar klart preg av å være et proforma-arrangement, all den tid selger kort tid etter overdragelsen fikk leie kunderegisteret tilbake igjen av kjøper.

Lagmannsretten tok imidlertid ikke stilling til dette, men la i stedet til grunn at «hovedregelen om overlevering må gjelde». Grunnlaget for denne «hovedregelen» drøftes ikke, men baseres utelukkende på oppfatningene i juridisk teori.<sup>96</sup>

I 2011 ble det avsagt en ny dom i Frostating lagmannsrett, LF-2010-133423 («Why Worry»). Saken gjaldt kjøp av en fritidsbåt som skulle leveres først etter at den var ferdig pusset. Før båten var klar til levering gikk imidlertid selger konkurs, og boet beslagla båten. For lagmannsretten var det avgjørende spørsmålet om kjøper kunne sies å ha oppnådd rettsvern for sitt erverv. Til dette spørsmålet sluttet lagmannsretten seg til tingrettens uttalelse om at «overlevering i alle fall er tilstrekkelig for å få rettsvern».

Fysisk overlevering hadde imidlertid ikke funnet sted i den aktuelle saken, og etter å ha fastslått at eventuelle unntak fra overleveringskravet heller ikke kunne gjøres gjeldende, fastslår retten at «[h]ovedregelen må være at det kreves overlevering for å være sikret». Også her hefter imidlertid påfallende mangel på henvisninger til rettskilder som støtter en slik påstand.

---

<sup>95</sup> Jf. Rt. 1992 s. 1629 (Kunderegisterdommen).

<sup>96</sup> Særlig vises det til Andenæs, *Konkurs* s. 152.

En voldgiftsdom, avsagt av Carsten Smith som enedommer i RG. 1972 s. 53, synes også å legge til grunn et krav om fysisk overlevering. I stedet for å foreta en utførlig drøftelse av rettsvernskrevet, nøyer imidlertid Smith seg med en tilslutning til Brækhus' og Hærens avhandling i Norsk tingsrett (1964). En begrunnelse som implisitt også innebærer en tilslutning til fysisk overlevering som hovedregel.

Praksis fra underrettene synes å være klare i sine konklusjoner. Premissene bærer imidlertid preg av en ukritisk tilslutning til oppfatningene i juridisk teori, og synes derfor også å være mangelfullt begrunnet. Dens status som underrettspraksis,<sup>97</sup> og det faktum at det er tale om et fåtall avgjørelser, svekker også rettskildevekten av denne rettspraksisen.

### 5.3 Annen praksis

I mangel av en klar og entydig rettspraksis omkring spørsmålet om løsørekjøpers rettsvern, kan det diskuteres om ikke praksisen mellom aktørene på rettsområdet bør få betydning. Etablert praksis mellom private parter kan veie tungt på et område hvor en ikke har sikre holdepunkter for rettstilstanden i øvrig rettskildemateriale.<sup>98</sup>

For at publikumspraksis skal få betydning som rettskilde må en imidlertid kunne påvise et empirisk grunnlag for denne. Praksisen må være både utbredt, allment akseptert og rimelig. I tillegg må den være tuftet på rettslige, ikke bare prosessøkonomiske, vurderinger.<sup>99</sup>

Holdepunkter for en slik publikumspraksis har en ikke, og det kan da vanskelig tillegges vekt hvordan bobehandlingen kan tenkes å skje i praksis.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Eckhoff, *Rettskildelære* s. 162.

<sup>98</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 23.

<sup>99</sup> Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 9.

<sup>100</sup> Andenæs, *Konkurs* s. 262, Lilleholt i *JV*, 2000 s. 49-60 s. 52.

## 5.4 Reelle hensyn

### 5.4.1 Faren for kreditorsvik

Hovedformålet bak rettsvernsreglene er å forhindre debitor fra å redusere konkursboets dekningsrett ved svikaktige disposisjoner. Faren for kreditorsvik vil best kunne motarbeides ved å sikre at konkursskyldners disposisjoner er etterprøvbare. Ved å pålegge et krav om etterprøvbarehet må boet ved beslag kunne se bort fra disposisjoner som ikke lett lar seg kontrollere i ettertid. Poenget er at en enkelt skal kunne påvise at de reelle eierforholdene er slik de hevdes å være.<sup>101</sup>

Et krav om tradisjon vil kunne begrense kreditorskadelig atferd på mer enn en måte. For det første vil et krav om fysisk overlevering vanskeliggjøre unndragelse av eiendeler. Fiktive salg vil bli mindre attraktivt for konkursdebitor da disse må gjennomføres på en slik måte at selger mister besittelse over dem. Fysisk overlevering vil også til en viss grad vanskeliggjøre antedateringer av disposisjoner, og da også omgåelser av omstøtelsesfristene i dekningsloven. At det blir vanskeligere å underbygge en falsk påstand om at gjenstanden er solgt, gjør at en også kan oppnå et sikrere utgangspunkt for fristberegningen.<sup>102</sup>

Fysisk overlevering innebærer også en ytre markering av rettsendringen, og disposisjonen gjøres dermed synlig utad. På denne måten skaper en publisitet over rettsforholdene, noe som videre bidrar til å gjøre disposisjonen notorisk.

At fysisk overlevering alltid vil synliggjøre rettsforholdene utad, kan imidlertid diskuteres. Av betydning er det selvsagt hva slags type formuesgode en står overfor, men generelt sett kan det ikke være særlig problematisk å forhindre innsyn i de overdragelser en velger å foreta seg. Overlevering sikrer ikke nødvendigvis publisitet i alle situasjoner, og dermed heller ikke klarhet i hvilken type rettighet som overdras, og på hvilket tidspunkt denne overdras.<sup>103</sup> Av denne grunn vil ikke overlevering alltid fylle sin funksjon i relasjon til formålet om å motvirke kreditorsvik.

---

<sup>101</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 27 og 156.

<sup>102</sup> Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* s. 192.

<sup>103</sup> Lilleholt i *JV*, 1996 s. 69-97 s. 90, Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 12, Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 158.

Et alternativ til overlevering vil være å falle tilbake på avtalen mellom partene, og kreve at denne er tilstrekkelig notorisk og publik. I denne sammenheng vil det i realiteten være tale om å erstatte overleveringskravet med prosessuelle bevisregler.<sup>104</sup>

Problemet med bevisregler er imidlertid at de kan virke prosessskapende ved at det åpnes opp for en omfattende bevisvurdering i hvert enkelttilfelle.<sup>105</sup> Dette vil føre til økt arbeidsbelastning for domstolene, og være både tid- og kostnadskrevende. Effektivitetshensyn taler dermed mot en slik løsning.

Omfattende bevisvurderinger aksepteres imidlertid langt på vei i andre tilfeller. Hvor konkursboet blir møtt med innsigelse om at det aktuelle formuesgodet er lånt, leid, eller kun befinner seg hos konkursskyldner proforma, må en godta at løsningen baseres på en bevisvurdering.<sup>106</sup> Noe paradoksalt er det også å bruke effektivitetshensynet som et argument *mot* avtaleprinsippet, når en tilsynelatende har godtatt vanskelige grensdragninger i henhold til den såkalte interesselæren.

Svikaktige disposisjoner fra konkursskyldners side fordrer at han har noen å alliere seg med. Av denne grunn har flere juridiske forfattere hevdet at det ved inn i boet-innsigelse er langt lavere risiko for kreditorsvik, enn hvor det er tale om påstander om formuesgode på vei ut av boet.<sup>107</sup> Denne oppfatningen skyldes at en har ment det vanskeligere for konkursskyldner å alliere seg med tidligere hjemmelsmann, all den tid denne da rent faktisk også må ha vært rette eier. Hvor det er tale om å fingere et salg har konkursskyldner større valgfrihet når hans medsamsvorne skal velges ut.

Et slik synspunkt kan ha gode grunner for seg hvor det eksempelvis er tale om tidligere innehaver av grunnbokshjemmel. Etter min mening er det imidlertid ikke like treffende hvor det er snakk om løsøre. All den tid fysisk besittelse hevdes å være avgjørende for rettsvern ved løsørekjøp, kan det ikke være særlig problematisk for konkursskyldner å velge ut sin

---

<sup>104</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 35, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 566.

<sup>105</sup> Lilleholt, *op.cit.* s. 291.

<sup>106</sup> Lilleholt, *op.cit.* s. 36.

<sup>107</sup> Andenæs, *Konkurs* s. 245, Lindebrække, *Eiendomsrett og konkursbeslag* s. 209, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 566, Brækhus/Hærem s. 477.

allierte. Det eneste som kreves er å finne noen som er villig til å utgi seg for å være tidligere innehaver av den aktuelle gjenstanden.

Av denne grunn kan det rettes enda større betenkeligheter ved det å akseptere at rettsvern baserer seg på en bevisvurdering i disse situasjonene, men ikke hvor det er tale om ut av boet-påstander.<sup>108</sup> Til dette kommer at det også kan være helt tilfeldig om skyldner påstår at han har solgt eller lånt en gjenstand.

At avtaleprinsippet vil påføre domstolsystemet en merbelastning kan også hevdes å ha vært mer i tråd med tidligere tiders samfunnsforhold, all den tid utviklingen frem til i dag må sies å ha ført til en forenkling av den bevisvurderingen avtaleprinsippet legger opp til. Mer om dette under punkt 5.4.5.

Videre må det fremheves at prosessøkonomiske hensyn ikke har hindret våre naboland fra å operere med et avtaleprinsipp. I Danmark er det opp til domstolene å vurdere hvorvidt det har funnet sted en reell eiendomsoverdragelse. Göransons vurdering er at domstolene har mestret denne oppgaven på en god måte, og at det sjeldnere oppstår tvist omkring disse spørsmålene i dag.<sup>109</sup> Sverige, som lenge forfektet et strengt krav om tradisjon,<sup>110</sup> fikk i 2002 en lovfesting av avtaleprinsippet som rettsvernsregel for forbrukerkjøp,<sup>111</sup> og i 2015 ble det fremmet et nytt lovforslag om å avskaffe overleveringskravet fullstendig.<sup>112</sup> Det svenske lovutvalgets mening er at et avtaleprinsipp ikke vil påføre domstolsystemet noen merbelastning, fordi det i stor grad allerede må foretas bevisvurderinger tilknyttet konkurssituasjonen.<sup>113</sup>

Ut fra det ovennevnte må det være forsvarlig å legge til grunn at en ikke har holdepunkter for å hevde at overlevering, i større grad enn avtalen, vil sikre hensynet til notoritet og publisitet. Årsaken til at overlevering foretrekkes foran avtalen synes derfor i all hovedsak å være retts teknisk, ut fra hensynet til en effektiv og forutsigbar rettstilstand. En inkonsekvent begrunnelse om en sammenligner med aksepten av andre skjønnsmessige vurderinger i formueretten.

---

<sup>108</sup> Tilsvarende Røsæg i Festskrift til Mads Henry Andenæs, s. 253-265 s. 257.

<sup>109</sup> Göranson, *Traditionsprincippet* s. 94-95.

<sup>110</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 159.

<sup>111</sup> Jf. Konsumentköplag (1990:932) § 49.

<sup>112</sup> SOU 2015: 18 Lösöreköp och registerpant.

<sup>113</sup> SOU 2015: 18 Lösöreköp och registerpant s. 97-98.

## 5.4.2 Et klart skjæringstidspunkt

Behovet for forutberegnelighet står sterkt i formueretten. Aktørene skal kunne handle raskt og effektivt, uavhengig av hvilke verdier som er i omløp.<sup>114</sup> Av denne grunn er det behov for et klart skjæringstidspunkt som aktørene i kredittlivet kan forholde seg til.<sup>115</sup> Et klart skjæringstidspunkt bidrar også til å gjøre reglene retts teknisk enkle og håndhevbare, noe som er vektlagt tungt i Høyesteretts praksis.<sup>116</sup>

Et krav om fysisk overlevering innebærer at kreditorene kan ta beslag i alt av verdigjenstander som befinner seg hos skyldner på tidspunktet for beslag. Det er dermed ikke tvilsomt at et krav om overlevering bidrar til en klar og forutsigbar rettsstilstand sett fra boets ståsted.

Forutberegnelighet forutsetter imidlertid at rettsregelen også er tilgjengelig for samtlige aktører på rettsområdet, og i en slik sammenheng vil et krav om fysisk overlevering muligens komme til kort. En undersøkelse foretatt av den svenske «Utredningen om konsumentrettslige spørsmål», bekrefter dette for Sveriges vedkommende.<sup>117</sup> Svenske forbrukere har liten eller ingen kunnskap om overleveringskravet, og det er liten grunn til å anta at kunnskapen om overleveringskravet er større blant norske forbrukere. Også blant allmennheten for øvrig er kunnskapen om overleveringskravet lite utbredt, ifølge den svenske Lösöreköpskommitténs vurdering i SOU 2015:18.<sup>118</sup> Fra den alminnelige kjøpers ståsted kan det derfor tenkes å være avtaletidspunktet som skaper størst forutberegnelighet.

Ved avtaleinngåelsen vil nok kjøper føle seg trygg på at han har gjort en risikofri handel, noe selve forhåndsbetalingen også gir en god indikasjon på. Av denne grunn bør en kanskje la løsørekjøperens vern mot beslag samsvare med hva vedkommende selv oppfatter som naturlig.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Lilleholt i *JV*, 1996 s. 69-97 s. 70.

<sup>115</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 46.

<sup>116</sup> Jf. Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter), Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) og Rt. 1997 s. 645 (Vest Kran).

<sup>117</sup> SOU 1995:11 bilag 3 del D Sakrättslig skydd, s. 269.

<sup>118</sup> SOU 2015:18 s. 10-11.

<sup>119</sup> Tilsvarende SOU 2015:18 s. 90.

En slik argumentasjon lar seg imidlertid vanskelig forsvare, all den tid en alminnelig kjøper sjelden vil ha noen formening om hvordan en prioritetskonflikt ved konkurs skal avklares.<sup>120</sup> Til det skorter det på kunnskap om konkurssituasjonen. Kjøpers kunnskap og forventning vil først og fremst knytte seg til rettsforholdet mellom kjøper og selger, *inter partes*. Videre er det også vanskelig å avgjøre hva som på generell basis oppfattes som *naturlig* for den alminnelige kjøper. En undersøkelse foretatt av det europeiske samarbeidet Draft Common Frame of Reference (DCFR), hvis formål var å formulere hovedlinjer i en felleseuropeisk formuerett, viser at det er for store variasjoner i allmennhetens oppfatning til at det kan fastslås hva som fremstår som naturlig for en kjøper i konkurssituasjon.<sup>121</sup>

Et annet moment som kan fremheves i tradisjonsprinsippets favør, er at fysisk overlevering også vil forhindre vanskelige grensdragninger i tråd med individualiseringskravet. Dette var også en av begrunnelsene som gjorde at forskerne bak DCFR-prosjektet falt tilbake på et krav om tradisjon.<sup>122</sup> Da denne fremstillingen drøftes under forutsetning om at individualiseringskravet er innfridd, vil et slikt argument imidlertid ikke vektlegges.

Rettsteknisk kan det hevdes at overlevering i størst grad sikrer hensynet til forutberegnelighet. En hovedregel om fysisk overlevering bør imidlertid betinges av at den også gjøres alminnelig kjent for de som berøres av denne.

### 5.4.3 System- og konsekvenshensyn

Formueretten utgjør et finmasket rettssystem, med ulike regler for når en oppnår vern for sin rettighetsposisjon. Dette gir en fordel ved at en kan tilpasse de formuerettslige reglene til de hensyn som gjør seg gjeldende i det enkelte typetilfelle. Ulempen er imidlertid at dette også kan bidra til en komplisert og uoversiktlig rettsanvendelse.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Andreasson m.fl. i *Svensk Juristtidning*, 2015, s. 709-748 s. 717-720.

<sup>121</sup> DCFR commented, s. 4027-4028.

<sup>122</sup> Andreasson m.fl. *op.cit.* s. 724-725 med videre henvisning til DCFR commented s. 4029.

<sup>123</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 26.



Av denne grunn er det særlig viktig å betrakte formueretten som et system, et hele, og unngå ytterligere fragmentering av denne.<sup>124</sup> System- og konsekvenshensyn står helt sentralt i norsk formuerett, og rettsområdet kan av denne grunn hevdes å utgjøre en slags motpol til den pragmatiske rettsanvendelsen som ellers særpreger nordisk rett.<sup>125</sup>

Med system- og konsekvenshensyn menes sammenhengen mellom rettsreglene i formueretten, og ønsket om en koherent og forutberegnelig rettstilstand.<sup>126</sup> Systemhensyn tilsier at like tilfeller skal behandles likt, og retningsgivende for rettsvernsreglene ved løssørekjøp, kan da være hvilke rettsvernskrav lovgiver har stilt i relasjon til andre formuesgoder.

Andre typer av formuesgoder får stort sett vern ved rettsregistrering og notifikasjon. Løssøremsetningens store omfang og variasjonsbredde vil imidlertid vanskeliggjøre en registreringsordning for løssørekjøp, og gjøre dette til en kostnadskrevenende operasjon. Fordi notifikasjon forutsetter en tredjepart å notifisere, vil denne ordningen også vanskelig kunne gjennomføres for løssørekjøp, som ofte kun involverer to parter.<sup>127</sup>

Overlevering fungerer imidlertid også som en ytre markering av rettshandelen, og kan derfor sies å samsvare med de rettsvernsreglene som ellers gjelder for andre formuesgoder.<sup>128</sup> Å kreve overlevering ut fra en slik betraktning må allikevel være å trekke systemhensynet for langt. Like viktig som system- og konsekvenshensyn må det være at regelen er materielt egnet til å regulere de aktuelle typetilfellene. Det bør dermed ikke være avgjørende for valg av rettsvernsregel, hvilke rettsvernsakter som ellers gjelder for andre formuesgoder.

---

<sup>124</sup> Tørum i *JV*, 2002 s. 314-339 s. 338.

<sup>125</sup> Tørum, *op.cit.* s. 314. Se også Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter ) og Rt. 1997 s. 1050 (Momentum).

<sup>126</sup> Tørum, *op.cit.*

<sup>127</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 726.

<sup>128</sup> Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* s. 193.

#### 5.4.4 Forskuddsbetaling som finansieringsform

Fordi forskuddsbetaling i svært mange tilfeller vil fungere som en praktisk finansieringsform uten illojale preg over seg, kan det diskuteres hvor hensiktsmessig et ubetinget krav om fysisk overlevering er.

Et eksempel er tilvirkningskontraktene. Kanskje skal en dress sys, et kunstverk males, eller et spisebord bygges. Slike avtaler forutsetter ofte at kjøper overlater selger kjøpesummen forskuddsvis i terminer,<sup>129</sup> slik at selger kan finansiere de materialene som trengs for å tilvirke gjenstanden.

Også i detaljhandelen forekommer det ofte at en forhåndsbetaler. Ved fjernsalg vil dette være aktuelt, og da særlig ved kjøp over internett.<sup>130</sup> Internettkjøp er et utbredt fenomen i dag, og blir stadig mer vanlig både blant privatpersoner og næringsdrivende. Riktignok vil individualiseringskravet alene kunne sette begrensninger for kjøpers rett ved denne typen handel. Er imidlertid gjenstanden tilstrekkelig individualisert, vil kravet om overlevering gjøre kjøp over internett svært usikkert, og dermed begrense denne form for betalingsoppgjør. Dette vil selvsagt være uheldig for kjøper, men også for selger, som av konkurransemessige årsaker ofte vil være helt avhengig av å kunne selge produktene sin på et internasjonalt marked.

Ofte er det også tilfældigheter som gjør at gjenstanden forblir hos selger etter at betaling har funnet sted. Kanskje mangler kjøper lagerplass, eller kanskje er det kun transporten av varen som gjenstår. Går selger konkurs i mellomtiden, lar en disse tilfældighetene avgjøre prioritetskonflikten mellom konkursboet og kjøper.

Det er ikke tvilsomt at et ubetinget krav om fysisk overlevering vil begrense omsetningslivets interesse i forhåndsbetaling som finansieringsform. Praktiske finansieringsformer utelukker imidlertid ikke faren for kreditorsvik, og det er dermed ikke urimelig at en også i disse tilfeller krever overlevering. Ved å operere med et ubetinget krav om fysisk overlevering vil en imidlertid også pålegge et krav om ytre rettsvernsakt i de tilfeller hvor det ikke foreligger

---

<sup>129</sup> Brækhus/Hærem s. 510.

<sup>130</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 293.

fare for kreditorsvik. På denne måten lar en overleveringskravet virke utover sitt eget formål, noe som kan føre til urimelige resultat. I juridisk teori har en imidlertid forsøkt å imøtekomme dette ved å oppstille unntak fra overleveringskravet hvor faren for kreditorsvik ikke er tilstedeværende.<sup>131</sup>

Det er for det første hevdet at unntak må gjøres ved større tilvirkningskontrakter.<sup>132</sup> I disse tilfellene vil kontraktstørrelsen og antall involverte parter gjøre forholdene rundt kontraktinngåelsen såpass transparente, at faren for kreditorsvik er relativt liten. Det bør derfor være tilstrekkelig til separatistrett i disse tilfellene at avtale er inngått.<sup>133</sup> Det samme er lagt til grunn for mindre entreprisekontrakter, jf. Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt).<sup>134</sup>

Videre er det av noen forfattere også hevdet at det bør gjøres unntak for forbrukerkjøp. Ved forbrukerkjøp har en ment at faren for kreditorsvik er relativt liten, all den tid kjøper sjelden vil ha særlig kunnskap om situasjonen i konkurs. I tillegg vil det ofte være tale om forholdsvis små verdier.<sup>135</sup>

Det er klart at en unngår tilfeldige og urimelige utslag av overleveringskravet ved å oppstille unntak. Ved å operere med en hovedregel som fordrer vidtrekkende unntak får en imidlertid ikke den samme forutsigbarheten som ved et ubetinget overleveringskrav. At enkelte unntak også legger opp til vanskelige grensedragninger,<sup>136</sup> tilsier at behovet for klare og forutberegnelige rettsregler ikke blir tilstrekkelig ivaretatt med en slik ordning. I denne sammenheng må avtalen muligens utgjøre et bedre alternativ.

---

<sup>131</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 291.

<sup>132</sup> Lilleholt, *op.cit.* s. 292 med videre henvisninger i fotnote 648, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 728-729, Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 23.

<sup>133</sup> Lilleholt *op.cit.*

<sup>134</sup> Rettsavgjørelsen gjaldt direkte spørsmålet om ekstinksjon av salgspant, men domspremissene har dannet grunnlaget for bustadoppføringslova § 47, som gir byggherren vern mot entreprenørens kreditorer uten overlevering, jf. NOU 1992: 9 s. 96.

<sup>135</sup> Lilleholt *op.cit.* s. 293.

<sup>136</sup> Unntak for større tilvirkningskontrakter fordrer blant annet en distinksjon mellom store og små tilvirkningskontrakter. Av denne grunn har enkelte teoretikere ment at en ikke bør ha en slik sonndring, jf. Andenæs, *Konkurs* s. 267-268.

### 5.4.5 Sporbare kontantstrømmer og digitalisert kommunikasjon

Frem til i dag har det funnet sted en enorm teknologisk utvikling i samfunnet. Det er få handlinger en kan foreta seg uten å etterlate tekniske spor, og de fleste former for kommunikasjon foregår i dag i digitalisert form. Betalingskommunikasjon er intet unntak.

Ved salg vil kontoutskrifter kunne avsløre hvorvidt den aktuelle kjøpesummen er godskrevet selgers konto, og på hvilket tidspunkt pengene ble overført. Resultatet er at det er blitt lettere å etterprøve kontantstrømmer, og dermed også om en disposisjon er reell eller ikke.<sup>137</sup> Går påstanden til selger ut på at gjenstanden er solgt til tredjeperson, kan en gjennomgang av bankutskrifter og e-postkorrespondanse fort påvise påstandens holdbarhet. Ofte vil avtaler fremforhandles via e-post, og avtalens tilblivelse frem til binding kan dermed rekonstrueres i ettertid.

Har betaling funnet sted, og denne knytter seg til en bestemt gjenstand, er det lite sannsynlig at en står overfor en kreditorskadelig disposisjon, med mindre disposisjonen de facto er et lån fra «kjøper». I disse tilfellene må imidlertid håndpantregelen i panteloven § 3-2 kunne anvendes analogisk for å motvirke kreditorsvik.

Den teknologiske utviklingen kan imidlertid også sies å ha gjort det enklere for konkursskyldner å konstruere fiktive avtaler og antedateringer. At det er blitt lettere å påvise hvorvidt en disposisjon er reell eller ikke, må allikevel sies å ha gjort slike forfalskninger vesentlig vanskeligere å gjennomføre. Sjansen for å bli avslørt er større, og forfalskning dermed langt mindre attraktivt for selger. Hertil kommer at svikaktige og kreditorskadelige handlinger er straffbare, jf. straffeloven kapittel 29 (lov 20. mai 2005 nr. 28).

Usikkerhet ved de disposisjoner som er foretatt knytter seg først og fremst til de tilfeller hvor betaling er skjedd kontant. Kontant betaling foretas imidlertid i stadig mindre utstrekning, og er bortimot en utdatert betalingsform i dag. Kontantbetaling er også mest aktuelt ved mindre løsørekjøp hvor verdien, og dermed også risikoen, er lavere.

---

<sup>137</sup> Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 164.

Med den samfunnssituasjonen vi har i dag, er det ikke helt treffende når enkelte fortsatt hevder at avtaleprinsippet «hverken gir tilfredsstillende notoritet eller publisitet».<sup>138</sup> Tvert imot er det kanskje avtalen som best vil sikre kravet om «så gode bevis for (disposisjonen) at ingen kan være i tvil om at den har funnet sted».<sup>139</sup>

Riktignok kan en stå overfor flere omfattende kontrakter som vil kunne vanskeliggjøre bevissituasjonen. Allikevel er bevismulighetene i dag langt bedre enn det de var før, og bevisvurderingen kan ikke sies å være mer krevende enn den som må foretas i tilknytning til inn i boet-innsigelser.

Den forenklete bevissituasjonen gjør at hensynet til notoritet og publisitet i større grad vil være ivaretatt allerede ved avtaleinngåelsen, og de samme begrunnelser som tilsier unntak for tilvirkningskjøp og forbrukerkjøp, gjør seg gjeldende også for de alminnelige kjøpene. Bedre bevismuligheter gjør også avtalen til et forutsigbart og retts teknisk enkelt alternativ til overleveringskravet.

Ettersom faren for kreditorsvik effektivt kan motvirkes ved avtaleinngåelsen, synes det unødvendig med et krav om overlevering, og det kan spørres hvorfor rådende lære fremdeles synes å forfekte en slik hovedregel. En gjennomgang av juridisk teori på området gir inntrykk av at hovedårsaken ligger i hensynet til likebehandling av kreditorene.<sup>140</sup>

#### 5.4.6 Likebehandling av kreditorene

Tidligere var oppfatningen i juridisk teori at forhåndsbetaling også ga et sterkere vern om kjøpers rett til den betalte gjenstanden. Betaling indikerte at eiendomsretten var gått over, og i tråd med det substansielle eiendomsrettsbegrepet innebar dette også vern overfor tredjeperson.<sup>141</sup> Ved overgangen til det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet mente en imidlertid at forskuddsbetalingen også ga en større grunn til å beskytte kreditorene. Fordi forskuddsbetaling kunne fremstå som en alminnelig kredittytelse var kjøper ikke mer

---

<sup>138</sup> Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 726.

<sup>139</sup> Brækhus/Hærem s. 493.

<sup>140</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 291, Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 13-14, Brækhus/Hærem s. 508.

<sup>141</sup> Brækhus/Hærem s. 507.

beskyttelsesverdig enn selgers øvrige kreditorer, og det krevdes derfor fysisk overlevering for å være vernet.<sup>142</sup>

Likebehandling av kreditorene utgjør et grunnleggende hensyn i konkursinstituttet. Det er blant annet årsaken til at alle krav på konkursdebitor i utgangspunktet skal dekkes i form av dividende, og årsaken til boets omstøtelsesadgang i dekningsloven kapittel 5.<sup>143</sup> Allikevel kan det diskuteres hvilken betydning dette hensynet bør ha for ekstinksjonsadgangen til kreditorene.

Kreditorenes ekstinksjonsadgang skal først og fremst søke å sikre at beslagsretten til kreditorene baserer seg på de reelle eierforholdene, og hensynet til likebehandling kan ikke sies å gi noe bidrag i denne retning. Likebehandlingshensynet har en sentral rolle for hvordan fordelingen mellom de *usikrede* kreditorene skal skje, men er dermed ikke også avgjørende for prioritetsforholdet mellom kreditorene. Hvorfor dette hensynet allikevel blir vektlagt i relasjon til rettsvernspørsmålet, må muligens besvares med den sentrale plass interesselæren er viet i den juridiske diskusjonen.

---

<sup>142</sup> Brækhus/Hærem s. 508.

<sup>143</sup> Kai Krüger i *JV*, 1969 s. 57-82 s. 61-62.

# 6 Interesselæren

## 6.1 Innhold og bakgrunn

Interesselæren er utformet som et unntak fra kravet om overlevering, og går i korthet ut på at overlevering ikke er påkrevd hvor den solgte gjenstanden befinner seg hos selger utelukkede i kjøpers interesse.

Læren er utformet av Brækhus, som beskriver den slik:

*"...kjøperens rett bør være beskyttet mot selgerens kreditorer hvor salgsgjenstanden er stillet til kjøperens disposisjon eller det bare beror på ham selv når han skal få gjenstanden i sin besittelse. Det samme bør muligens være tilfelle hvor det bare er transporten som gjenstår, eller hvor selgeren skal utføre visse tilleggsarbeider på gjenstanden som i og for seg er ferdig til levering."<sup>144</sup>*

Ved forhåndsbetaling fravikes det kjøpsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse,<sup>145</sup> og etter interesselæren er det sentrale hva som er årsaken til at prinsippet fravikes. Er årsaken utelukkende begrunnet i kjøpers interesse, gjøres det unntak fra overleveringskravet. Som Berg understreker dreier det seg her ikke om en avveining av motstridende interesser. Har selger interesse i at overleveringstidspunktet utsettes, er det tilstrekkelig til å la kreditor vinne, uavhengig av hvor stor denne interessen måtte være.<sup>146</sup>

Bakgrunn for læren er hensynet til likebehandling. Hvor selger har interesse av at gjenstanden ikke blir overlevert kjøper med det samme, er tanken at kjøper i realiteten yter selger kreditt, og han er da ikke beskyttelsesverdige.<sup>147</sup> Kjøper kan i disse situasjonene skaffe seg sikkerhet ved pant eller annen garanti. Selv om dette er vesentlig tyngre for kjøper, er det en merbelastning andre sikrede kreditorer er villig til å påta seg.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Brækhus/Hærem s. 513.

<sup>145</sup> Jf. tilbakeholdsretten til kjøper og selger i kjøpsloven §§ 10 og 43.

<sup>146</sup> Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 21.

<sup>147</sup> Brækhus/Hærem s. 508.

<sup>148</sup> Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern* s. 193.

Kredittmomentet ved forhåndsbetaling er imidlertid ikke alltid like fremtredende, og det kan by på vanskelige grensedragninger med tanke på når overlevering faktisk er påkrevd. I denne sammenheng fremhever Brækhus særlig de tilfellene hvor salget kombineres med at selger skal utføre tilleggsytelser for kjøper, eksempelvis lagerhold eller utbedringer. I disse tilfellene kan det fort bli en flytende overgang til de situasjonene hvor gjenstanden ennå ikke er ferdig til levering.<sup>149</sup>

Den omtalte lagmannsrettsdommen inntatt i LF-2010-133423 illustrerer dette. Når retten diskuterer hvorvidt eventuelle unntak fra overleveringskravet kan gjøres gjeldende, er det interesselæren som vurderes. Det sentrale for retten var om pussingen av fritidsbåten fremstod som en tilleggsytelse utelukkende i kjøpers interesse, eller om pussingen var en del av hovedytelsen. Etter en inngående drøftelse kom retten til at pussingen utgjorde en del av hovedytelsen, og kjøper fikk dermed ikke rettsvern.

Hvor gjenstanden enda ikke er klar til levering, er det også i selgers interesse at denne ikke leveres med det samme. Etter Brækhus' mening er det her ikke stor forskjell på en forskuddsbetaling og et alminnelig lån.<sup>150</sup>

## 6.2 Rettskildevekt

Interesselærens rettskildeforankring må først og fremst søkes i juridisk teori, hvor den også har sitt opphav. Gjennom fremstillingen i «Norsk tingsrett» (1964) formulerte Brækhus interesselæren, og fikk i ettertid stor oppslutning for sine synspunkt i annen juridisk litteratur.<sup>151</sup>

Læren har fremdeles stor støtte i litteraturen, og er av enkelte også hevdet å være allment akseptert.<sup>152</sup> Den store oppslutningen læren har fått i juridisk teori kan ha sin forklaring i at

---

<sup>149</sup> Brækhus/Hærem s. 508-510.

<sup>150</sup> Brækhus/Hærem s. 508.

<sup>151</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 290 med videre henvisninger i note 645.

<sup>152</sup> Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 22, Falkanger, *Tingsrett* s. 611. Noe mer skeptisk: Falkanger/Falkanger s. 726, hvor det uttales at interesselæren er «antatt» å innebære et unntak fra overleveringskravet. Se også Andenæs, *Konkurs* s. 264-265 note 61.



læren også er hevdet å basere seg på de to høyesterettsavgjørelsene inntatt i Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen), og Rt. 1910 s. 231 (Kudommen). Støtten her har imidlertid sitt grunnlag i *resultatene* i dommene, ikke premissene, som hovedsakelig knytter seg til spørsmålet om eiendomsrettens overgang.

At det er resultatet i dommene som står sentralt, forklarer også hvorfor litterære fremstillinger av rettskildelæren betegner interesselæren som et konstruert ratio decidendi.<sup>153</sup> Ved konstruert ratio decidendi tar en utgangspunkt i domskonklusjonen, og forsøker å forklare denne med en mer rasjonell begrunnelse enn den dommen bygger på.<sup>154</sup> Brækhus har med andre ord benyttet Ku- og Jernskrapdommen for å *konstruere* interesselæren i ettertid. Dette blir også tydelig når en ser på Brækhus' tidligste fremstillinger av læren. Her benytter han seg ikke av Ku- eller Jernskrapdommen for å underbygge læren, men for å forklare hva som skal til for at individualiseringskravet skal være innfridd. I denne relasjon påpeker han at domspremissene i de to avgjørelsene i det vesentligste bygger på det substansielle eiendomsrettsbegrepet, og gir derfor liten veiledning.<sup>155</sup>

Et konstruert ratio decidendi fordrer en inngående analytisk vurdering av Høyesteretts avgjørelse. Av denne grunn kan denne form for tolkning fort gli over i ren teoribygging, og dermed også over i spørsmålet om juridisk teori som rettskildefaktor.<sup>156</sup> Dette er nok også årsaken til at Fleischer reserverer seg med at tolkningsmetoden kun kan brukes «i visse tilfeller».<sup>157</sup> Til tross for at det er rettet kritikk mot denne formen for tolkning, synes den allikevel å være alminnelig akseptert i de tilgjengelige fremstillingene av metodelæren.<sup>158</sup>

I underrettspraksis må støtten til interesselæren sies å være klarere. Særlig den omtalte voldgiftsdommen av Carsten Smith, inntatt i RG 1972 s. 53, synes å slutte seg til interesselæren. I juridisk teori har en imidlertid hatt delte meninger om rettskildevekten til avsagte voldgiftsavgjørelser. Noen hevder voldgiftsavgjørelser må få en viss betydning hvor de er avsagt av en anerkjent jurist,<sup>159</sup> mens andre mener de ikke har noen selvstendig

---

<sup>153</sup> Fleischer i *JV*, 1965 s. 146-208 s. 190, Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 80.

<sup>154</sup> Nygaard, *op.cit.*

<sup>155</sup> Brækhus, *Tingsrett* s. 41.

<sup>156</sup> Nygaard, *op.cit.*, Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* s. 715.

<sup>157</sup> Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* s. 189.

<sup>158</sup> Eckhoff, *Rettskildelære* s. 164-165, Nygaard, *op.cit.* s. 79-80.

<sup>159</sup> Andenæs, *Rettskildelære* s. 101 med videre henvisninger. Nygaard, *op.cit.* s. 326-327.

rettskildevekt utover sin rent saklige tyngde.<sup>160</sup> Interesselæren synes imidlertid også å ha vært utslagsgivende i lagmannsrettsavgjørelsen inntatt i LF-2010-133423 (Why Worry), hvor drøftelsen primært baserte seg på spørsmålet om pussing av båten var en tilleggsytelse eller en del av hovedytelsen.

Selv om de to nevnte avgjørelsene klart støtter opp om interesselæren, er rettskildevekten svak, og det er dermed begrenset hvilke slutninger som kan trekkes fra disse. Noen klar støtte i Høyesterett har læren heller ikke, om enn ingen, da det kan hevdes at denne i realiteten knytter seg til én teoretikers oppfatning av hvordan dommene burde vært begrunnet.

Det kan ikke være tvilsomt at interesselæren har sin hovedsakelige rettskildeforankring i juridisk teori. Den konsensus som tidligere preget teorien er imidlertid ikke like sterk som den en gang var, og rettskildevekten kan derfor også hevdes å være mindre tungtveiende enn før.<sup>161</sup> Da det også er min mening at interesselæren i liten grad samsvarer med de grunnleggende hensynene bak rettsvernsreglene, kan rettskildevekten av læren ikke sies å være annet enn høyst begrenset.

### **6.3 Forholdet mellom likebehandlingshensynet og hensynet til å motvirke kreditorsvik**

Fordi kravet om en ytre rettsvernsakt ikke bør rekke lenger enn det hensynene bak kravet tilsier, er unntak fra kravet om fysisk overlevering begrunnet med fraværet av faren for kreditorsvik.

Etter interesselæren kan imidlertid unntak også gjøres hvor likebehandling av selgers kreditorer tilsier det. At kredittmomentet på denne måten blir avgjørende for om unntak kan gjøres, og derved også for om hovedregelen om overlevering skal følges, kan i praksis føre til urimelige resultat. Det kan blant annet tenkes tilfeller hvor notoritetshensynet er ivaretatt, men

---

<sup>160</sup> Andenæs, *Rettskildelære* s. 101 med videre henvisninger.

<sup>161</sup> Andenæs, *Konkurs* s. 264-265 note 61, og Falkanger/Falkanger s. 726.

overlevering allikevel påkrevd, fordi selger kan ha interesse av at gjenstanden ikke overleveres med det samme.

Et bilkjøp kan være illustrerende. Kjøper får et godt tilbud av bilselger under forutsetning av at betaling skjer med det samme, og at selger får ha bilen stående noen dager på utstilling. Dette passer også kjøper bra ettersom garasje plass enda ikke er fremskaffet. Til tross for at denne løsningen er i begge parter interesse, og kanskje også i størst interesse for kjøper, taper allikevel kjøper sin rett, og da uavhengig av om betaling kan påvises og notoritet er sikret ved avtaleinngåelsen.

Fravær av konkrete vurderinger knyttet til notoritetshensynet kan kanskje hevdes å samsvare med den restriktive holdning Høyesterett har inntatt i sin praksis.<sup>162</sup> At det ikke er ønskelig med konkrete vurderinger av om notoriteten er innfridd i det enkelte tilfelle, har imidlertid sin årsak i ønsket om en retts teknisk enkel rettstilstand, et hensyn interesselæren ikke kan sies å ivareta i større grad enn avtalen mellom partene.

All den tid aksept av interesselæren som unntak samtidig sier noe om når hovedregelen om overlevering er påkrevd, kan det hevdes at det i realiteten er interesselæren og kredittmomentet som er avgjørende for rettsvern ved løsørekjøp. Å begrunne kravet om en ytre rettsvernsakt med hensynet til likebehandling av selgers kreditorer, vil i imidlertid kunne medføre at kreditorene gis en langt mer vidtrekkende beslagsrett enn de opprinnelig var tiltenkt. Ved å la boet ekstingvere tredjepersons rett også hvor det ikke er fare for kreditorsvik, lar en ekstinksjonshjemmelen virke utover sitt eget formål.

Faren for kreditorsvik skal avbøtes ved å sikre notoritet og publisitet ved rettshandelen. Valget mellom avtale og tradisjon baseres imidlertid ikke på en vurdering av hvilke av de to prinsippene som best er egnet til å vareta disse hensynene, men kun på spørsmålet om kjøper har ytt selger kreditt. Et utelukkende fokus på kreditthensynet vil dermed ikke tilfredsstille de materielle og retts tekniske hensynene som rettsvernsreglene er tuftet på.

---

<sup>162</sup> Se Rt. 1997 s. 1050 (Momentum).

Selv om fysisk overlevering er betegnet som «hovedregelen», synes det heller ikke å hefte særlig motstand mot å begi seg ut på vurderingstemaet etter interesselæren hvor overlevering ikke har funnet sted.<sup>163</sup> Det er jo nettopp i de tilfeller hvor hovedregelen om overlevering er fraveket, at kredittmomentet også blir satt på spissen. *Unntaket* kommer dermed i fokus, og *hovedregelen* får mindre selvstendig betydning.

En slik forståelse kan også hevdes å ha støtte i Brækhus' tidligere fremstillinger av læren. Her opererer han ikke med interesselæren som et unntak fra kravet om overlevering, men som en mellomløsning. De lege lata hevder han at det ikke kan oppstilles et krav om overlevering, men at man må kunne operere med en mellomløsning hvor overlevering i alle fall må kunne kreves hvor kjøper yter selger kreditt.<sup>164</sup>

Til tross for at Brækhus i sine senere fremstillinger gikk over til å kreve overlevering som hovedregel,<sup>165</sup> må det ha betydning at den opprinnelige tanken var at interesselæren kunne fungere som en mellomløsning hvor forskuddsbetalingen bar preg av en kredittytelse.

Forutsatt at interesselæren er avgjørende for kjøpers rettsvern, kan det spørres om dette også vil utgjøre en god regel

---

<sup>163</sup> Den omtalte underrettspraksisen kan blant annet tas til inntekt for dette.

<sup>164</sup> Brækhus, *Materiell konkurs og eksekusjonsrett*, 2. utgave s. 79. Tilsvarende 4. utgave s. 53.

<sup>165</sup> Brækhus/Hærem s. 513-514. De lege ferenda mener Brækhus «de beste grunner tale(r) for å nekte kjøper separasjonsrett» hvor overlevering ikke har funnet sted.

# 7 En god regel å la kredittmomentet avgjøre prioritetskonflikten?

## 7.1 En uoverensstemmende rettstilstand

Interesselærens sterke fokus på likebehandling av kreditorene innebærer at separatistrett vil være avskåret ved kredittgiving, uavhengig av hvor minimal og tilfeldig denne måtte være. En inkonsekvens i denne sammenheng er da at kredittgiving allikevel aksepteres i andre tilfeller.

Både tilvirkningskontrakter og den vide adgangen til å avtale underpant i løsøre, er klare eksempler på at kredittgiving ikke avskjærer etablering av separatistrett til gjenstanden. Hvorfor en i disse tilfellene har akseptert kredittgiving, og derved også unntak fra prinsippet om likebehandling, er i teorien blitt besvart med samfunnets behov for praktiske finansieringsmodeller.<sup>166</sup> Kjøpers kredittgiving vil ofte være en helt nødvendig forutsetning for gjennomføringen av tilvirkningskontrakter, og salgspant har åpnet opp for en avbetalingshandel som har hatt stor betydning for norsk omsetnings- og produksjonsliv.<sup>167</sup>

Fordi salgspanthaver ved en eventuell konkurs kan beslaglegge den solgte gjenstanden, er han også forpliktet til å tilbakebetale til boet det kjøper har betalt i avdrag på gjenstanden. Av denne grunn er det hevdet at salgspant også utgjør en form for oppsparing, og er derfor ikke særlig urimelig overfor de øvrige usikrede kreditorene.<sup>168</sup> Argumentet er fornuftig, men kan neppe brukes som et argument *mot* forskuddsbetaling ved alminnelige løsørekjøp, all den tid andre former for kredittgiving aksepteres uten også å representere en tilsvarende oppsparing.

Med den samfunnsutviklingen en har hatt frem til i dag, må forhåndsbetaling av allerede ferdigstilte varer også anses som en praktisk finansieringsmodell samfunnet har behov for. Den teknologiske utviklingen har ført til en enorm globalisering, og handel over landegrenser, og derved også forhåndsbetaling, er blitt langt mer utbredt enn før.

---

<sup>166</sup> Brækhus/Hærem s. 487-488.

<sup>167</sup> *Op.cit.*

<sup>168</sup> *Op.cit.*

At praktiske samfunnshensyn har gjort at en har tilkjent kjøper separatistrett, selv hvor hans forhåndsbetaling i realiteten har utgjort en kredittytelse, kan også tilsi at likebehandlingshensynet ikke står like sterkt som interesselæren først synes å indikere. Av denne grunn bør en muligens også være tilbakeholden med å tillegge dette hensynet avgjørende vekt i vurderingen av hva som skal til for å oppnå rettsvern.

## 7.2 Formelt kreditt, reelt et kjøp

Om en tar interesselæren på ordet, vil kjøper tape sin rett i enhver situasjon hvor selger har interesse av at overlevering ikke finner sted samtidig med at kjøpesummen blir betalt. Tanken er at likhetstrekkene til den alminnelige kredittytelsen er så store, at det ikke er grunn til å la kjøper stille sterkere enn de øvrige kreditorene.<sup>169</sup> Selv om kjøpers forhåndsbetaling objektivt sett kan fremstå som en kredittytelse, er det allikevel flere faktorer som begrenser en sammenligning med den alminnelige kredittgiver i disse situasjonene.

Det første som må kunne påpekes er motivasjonen for at betaling i det hele tatt finner sted. Er det snakk om å yte selger kreditt vil denne handlingen som oftest være motivert ut fra et tilsvarende ønske. Hvor kjøper selv oppnår en fordel ved å betale på forskudd, er det imidlertid vanskelig å finne andre årsaker til kredittytelsen enn nettopp dette. Hva som er intensjonen bak forskuddsbetalingen vil også fort kunne avdekkes ved en gjennomgang av den aktuelle kjøpsavtalen, og det vil dermed raskt kunne avsløres om en i realiteten står overfor en kredittytelse.

Selv om intensjonen til kjøper ikke er å yte selger kreditt, kan det allikevel hevdes at han selv må bære risikoen for å ha betalt selger uten å gjøre krav på motytelsen. Argumentet er fornuftig, all den tid kjøper har adgang til å kreve oppfyllelse med det samme betaling finner sted, jf. kjøpsloven § 42. Hvorvidt argumentet lar seg forsvare i enhver kjøpsituasjon kan allikevel diskuteres.

---

<sup>169</sup> Brækhus/Hærem s. 508.

Løsøreomsetningens store variasjonsbredde medfører at en må gå ut fra at kjøper ikke vil kunne tilregnes de samme forutsetningene i enhver kjøpssituasjon. Argumentet om at kjøper selv må bære risikoen for sin forhåndsbetaling, er mindre treffende hvor en står overfor en kjøper som ikke har forståelse for at forhåndsbetaling også innebærer en risiko. Å sammenligne kjøper med en finansinstitusjon som både har som mål å yte selger kreditt, og som også er bevisst over hvilken risiko slik kredittgiving innebærer, synes derfor lite rimelig i disse tilfellene.

Riktignok kan selger ha ufrivillige kreditorer, eksempelvis hvor han er gjort erstatningsansvarlig, og i disse tilfeller vil hensynet til likebehandling stå sterkere. Det kan imidlertid vanskelig rettferdiggjøre et generelt krav om likebehandling i enhver situasjon.

Særlig ved forbrukerkjøp, hvor kunnskapen om konkurs må regnes for å være lav, kan det hevdes lite rimelig å la rettsvern bero utelukkende på kredittmomentet. Forbrukervernet er vektlagt tungt både i nasjonal og internasjonal kjøpslovgivning,<sup>170</sup> og det kan spørres om ikke dette også bør reflekteres i formueretten. Kanskje bør forbrukerkjøpene skilles ut i en egen kategori.

For Sveriges vedkommende ble dette gjort ved lov i 2002.<sup>171</sup> Hovedargumentasjonen for slik utskillelse var forbrukerens manglende kunnskap om konkurssituasjonen, vanskeligheter knyttet til det å skulle skaffe seg sikkerhet for sin rett, og til slutt faren for kreditorsvik, som en mente var mindre ved denne typen handel enn ellers.<sup>172</sup>

Forbrukerens svake forutsetninger gjør det rimelig å sette forbrukerkjøpene i en særstilling. Kjøpers forutsetninger påvirkes imidlertid ikke av hvem som opptrer som kontraktspart, og kjøper kan derfor være like beskyttelsesverdig uavhengig av om selger er privatperson eller næringsdrivende. Handel mellom private aktører er i dag svært utbredt, særlig som følge av det stadig voksende bruktmarkedet på internett.<sup>173</sup> Å gjøre unntak ved forbrukerkjøp synes fornuftig, men bøter ikke på det faktum at urimelige resultat også vil kunne oppstå utenfor forbrukerkjøpstilfellene.

---

<sup>170</sup> Jf. bl.a. forbrukerkjøpsloven, avtaleloven § 36 og Directive on Consumer Rights (2011/83/EC).

<sup>171</sup> Jf. Konsumentköplag (1990:932) § 49.

<sup>172</sup> Propositition 2001/02:134, Ändringar i konsumentköplagen, s. 74-77.

<sup>173</sup> Jf. bl.a. nettsamfunn som «Ebay», «Amazon» og vår egen «Finn».

Det sterke forbrukervernet, som ellers gjelder i privatretten, må også sies å ha sin primære årsak i ønsket om å kompensere for det ubalanserte styrkeforholdet som ofte preger forbrukerkjøp. At styrkeforholdet mellom kjøper og selger også skal ha betydning for prioritetsforholdet mellom selgers kreditorer er imidlertid ikke like selvsagt, all den tid det her er andre hensyn som står i fokus.<sup>174</sup>

Å skille forbrukerkjøpene ut som en egen kategori vil ikke være et tilstrekkelig virkemiddel for å motvirke urimelige utslag av likebehandlingshensynet, og kanskje er det også dette som har motivert svenskenes nye lovforslag, som forkaster tradisjonskravet i sin helhet.

Riktignok kan en stå overfor tilfeller hvor kjøper burde forstått at forskuddsbetalingen også innebar en risiko. Å skulle distingvere mellom tilfeller hvor kjøper er å bebreide for sin forskuddsbetaling og hvor han ikke er det, vil imidlertid være retts teknisk vanskelig. Kan det påvises at betaling har funnet sted, og at denne knytter seg til en individuelt bestemt gjenstand, er det uansett lite som minner om alminnelig kredittgiving. All den tid rettsvernsreglene skal bidra til å klargjøre de reelle eierforholdene, kan en også stille seg undrende til at et så klart indisium som betaling av gjenstanden utgjør, ikke skal tillegges vekt ved vurderingen, men tvert imot tale for at overlevering er påkrevd.

Foruten å undergrave de hensyn som ligger bak selve rettsvernsreglene, synes likebehandlingshensynet å være lite egnet til å sikre en materielt og retts teknisk god løsning på prioritetskonflikten mellom kjøper og selgers kreditorer. Forhåndsbetaling vil ikke være sammenlignbart med alminnelig kredittgiving i enhver situasjon, og et unyansert fokus på likebehandling av kreditorene fremstår da heller ikke som en forsvarlig løsning.

---

<sup>174</sup> Tilsvarende Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 24.



## 8 Konklusjoner

Fastlegging av gjeldende rett fordrer en overvekt av rettskilder som trekker i favør av én bestemt løsning på det aktuelle rettsspørsmålet.<sup>175</sup> Med den rettskildesituasjonen en har i dag har en imidlertid ingen klare holdepunkter for hva som kreves for at løsørekjøper skal oppnå rettsvern for sitt erverv. Verken lov eller høyesterettspraksis gir noe klart svar på hva som kreves for å oppnå rettsvern, og de rettskildene som er tilgjengelig gir ikke noe entydig svar.

Underrettspraksis og juridisk teori kan riktignok tas til inntekt for et krav om tradisjon. Rettsavgjørelsene er imidlertid mangelfullt begrunnet, og den konsensus som tidligere preget juridisk teori er ikke like sterk som før.<sup>176</sup> Anerkjennelsen av interesselæren gjør det også vanskelig å benytte disse kildene til å underbygge en hovedregel om tradisjon eller avtale. Interesselæren lar kredittmomentet være bestemmende for hva som kreves for etablering av rettsvern, og selv om denne læren kunne tenkes å være den praktiserende hovedregelen mellom formuerettens aktører, er allikevel rettskildeforankringen for svak til at den kan hevdes de lege lata.

I lys av den samfunnssituasjonen en står overfor i dag, med digitalisert kommunikasjon og sporbare kontantstrømmer, må det trygt kunne hevdes at de reelle hensyn som tidligere talte for et krav om fysisk overlevering, ikke gjør seg like sterkt gjeldende som før. I et samfunn hvor teknologien har gjort at omsetningen av løsøre skjer i stadig nye former, og i stadig større utstrekning, kan det ikke være tvilsomt at avtaleprinsippet er det mest tilpasningsdyktige. Avtalen vil i tilstrekkelig grad kunne motarbeide faren for kreditorsvik, uten også å sette begrensninger på forskuddsbetaling som finansieringsform. At en stor andel av norsk utenrikshandel foregår med land som opererer med et avtaleprinsipp, heriblant våre nordiske naboland, må også ha en viss innflytelse på diskusjonen i norsk rett. En rettslikhet når det gjelder rettsvernsregler kan i denne sammenheng bidra til å redusere rettslige forskjeller som ellers kan være konkurransebegrensende, samt bidra til å redusere transaksjonskostnader ved handel over landegrensene.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> Boe, *Innføring i juss* s. 182-183.

<sup>176</sup> Se bl.a. Berg i *JV*, 1999 s. 1-30 s. 29, og det nyeste bidraget med Marthinussens bok, «Tredjemannsproblemene». I kapittel 8 stiller Marthinussen spørsmål ved selve behovet for kreditorekstinksjonsregler.

<sup>177</sup> Tilsvarende SOU 2015: 18 Lösöre köp och registerpant s. 10-11.

Fordi de endrede samfunnsforholdene har påvirket innholdet i de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, har en også fått en endring i den rettskildesituasjonen som preger rettsvernsspørsmålet ved løsørekjøp. Å hevde at det i dag er avtaleprinsippet som best ivaretar de grunnleggende hensynene bak rettsvernsreglene, må være et forsvarlig standpunkt.

Til tross for dette gjør allikevel det øvrige rettskildematerialet at avtaleprinsippet vanskelig kan hevdes de lege lata. Det er fremdeles et flertall av juridiske forfattere som forfekter et krav om fysisk overlevering, og som hevder støtte for dette i både underretts- og høyesterettspraksis. Sett bort fra de mangelfulle begrunnelsene, er resultatene i underrettspraksisen også forholdsvis klare. Til slutt er det også blitt hevdet at overleveringskravet må ha en viss egenvekt som festnet rettsoppfatning blant aktørene i formueretten. Noe empirisk grunnlag for en slik festnet rettsoppfatning, drøftes imidlertid ikke.<sup>178</sup>

Skulle problemstillingen komme på spissen for rettsapparatet i dag er det min mening at domstolene vil stå forholdsvis fritt i fastleggingen av gjeldende rett. De lege ferenda mener jeg kjøper bør oppnå rettsvern, og separatistrett, for sitt erverv allerede ved sin betaling og avtaleinngåelse med selger. Fysisk overlevering bør kun være påkrevd hvor faren for kreditorsvik ikke motvirkes allerede ved avtaleinngåelsen.

---

<sup>178</sup> Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 290-291.

# Litteraturliste

## Bøker og artikler

- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 1993)
- Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave (Oslo 2009)
- Andreasson, Jens m.fl., «Prioritet för köpare — en fråga om tradition eller princip?», *Svensk Juristtidning*, 2015, s. 709-748
- Augdahl, Per, *Forelesninger i konkurs* (Oslo 1959)
- Baldersheim, Erlend, «Til spørsmålet om eighedsrettens overgang», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2012 s. 137-167
- Berg, Borgar Høgetveit, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?», *Jussens Venner*, 1999 s. 1-30
- Bergo, Knut, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (Oslo 2002)
- Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss – juridisk tenkning og rettskildelære* (Oslo 1996)
- Boe, Erik Magnus, *Grunnleggende juridisk metode – en introduksjon til rett og rettstenking*, 3. utgave (Oslo 2012)
- Brækhus, Sjur, *Tingsrett – Forelesningsreferat* (Oslo 1952)
- Brækhus, Sjur, *Materiell konkurs og eksekusjonsrett*, 2. utgave (Oslo-Bergen 1962)
- Brækhus/Hærem – Sjur Brækhus/Axel Hærem, *Norsk tingsrett* (Oslo 1964)
- Brækhus, *Materiell konkurs og eksekusjonsrett i utdrag*, 4. utgave (Oslo-Bergen 1971)
- Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 og 4 – Omsetningskollisjoner I og II* (Oslo 1998)
- Falkanger, Thor, *Tingsrett*, 5. utgave (Oslo 2000)
- Falkanger/Falkanger – Thor Falkanger/Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave (Oslo 2013)
- Fleischer, Carl August, «Anvendelse og fortolkning av dommer», *Jussens Venner*, 1965 s. 146-208
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode* (Oslo 1998)
- Forhandlingerne paa Det Tiende Nordiske Juristmøde, 1902
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)
- Graver, Hans Petter, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap», *Lov og Rett*, 1998 s. 579-603
- Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen* (Uppsala 1985)
- Krüger, Kai, «Kontrakt og konkursbeslag», *Jussens Venner*, 1969 s. 57-82

Lindebrække, Sjur, *Eiendomsrett og konkursbeslag* (Bergen 1946)

Lilja, Martin, "National Report on the Transfer of Movables in Sweden", *National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 5*, s. 28-29

Lilleholt, Kåre, «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens Venner*, 1996 s. 69-97

Lilleholt, Kåre, «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner*, 2000 s. 49-60

Lilleholt, Kåre, *Godtroerverv og kreditorvern*, 3. utgave (Oslo 2007)

Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett* (Oslo 2012)

Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene* (Oslo 2016)

Møller, Ernst, «Ogsaa lidt om Løsøreoverdragelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1896 s. 85-122 og s. 129-164

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

Røsæg, Erik, «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eigedom», Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs, s. 253-265

Torp, Carl, *Dansk tingsrett* (København 1892)

Torp, Carl, «Om Overdragelse af individuelt bestemte Løsøregenstande», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1894 s. 1-31 og s. 32-49

Tørum, Amund Bjøranger, «Konsekvens i formueretten», *Jussens Venner*, 2002 s. 314-339

Ussing, Carl, «Løsøres Overdragelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1890 s. 181-206

Ussing, Carl «Endnu lidt om Løsøreoverdragelse – svar til Professor Torp», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1893 s. 338-350

## **Lover**

### **Norsk lov**

Lov 31. mai 1918 nr. om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeseerklæringer (avtaleloven)

Lov 01. juli 1927 nr. 1 om registrering av elektriske kraftledninger (kraftledningsregisterloven)

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

Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre (godtroervervloven)

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

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

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven)

Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.  
(bustadoppføringslova)

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

### **Svensk lov**

1990 Konsumentköplag (1990:932)

2002 Lag (2002:587) om ändring i konsumentköplagen

### **Forarbeider**

#### **Norske forarbeider**

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov

#### **Svenske forarbeider**

SOU 2015: 18 Lösöreköp och registerpant

SOU 1995:11 Nya konsumentregler

Proposition 2001/02:134, Ändringar i konsumentköplagen

### **Rettspraksis**

#### **Rettstidende**

Rt. 1878 s. 1412

Rt. 1909 s. 734 (Tømmerdommen)

Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)

Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen)

Rt. 1988 s. 1327 (Rekstendommen)

Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt-dommen)

Rt. 1992 s. 1629 (Kunderegisterdommen).

Rt. 1997 s. 645 (Vestkran-dommen)

Rt. 1997 s. 1050 (Momentumdommen)

Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter-dommen)

### **Rettens Gang**

RG 1972 s. 53 (Voldgift)

### **Upubliserte Avgjørelser**

LF-2010-133423

LA-2005-38803

### **Internasjonale rettskilder**

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Directive on Consumer Rights (2011/83/EC).

