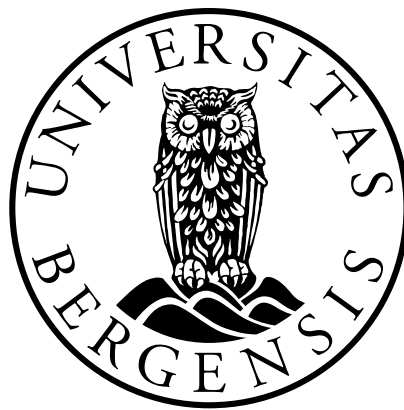


Skjøtets betydning for selgers hevingsrett ved salg av fast eiendom

Kandidatnummer: 3

Antall ord: 14 956



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Temaets aktualitet.....	6
1.3 Avgrensning.....	8
1.4 Kort om rettskildebildet.....	8
1.5 Veien videre.....	9
2 Generelle hensyn.....	11
3 Skjøtets betydning for selgers hevingsrett etter avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd	15
3.1 Innledning.....	15
3.2 Konkrete hensyn	15
3.3 Ordinær hevingsavskjæring etter § 5-3 fjerde ledd første punktum.....	19
3.3.1 Rammene for ordinær hevingsavskjæring etter § 5-3 fjerde ledd første punktum 19	
3.3.2 Kritikk	20
3.4 Kan tilbakeholdelse av skjøtet være tilstrekkelig til å anses som et «atterhald» om utvidet hevingsrett i § 5-3 fjerde ledd andre punktum?.....	22
3.4.1 Innledning.....	22
3.4.2 Vilkåret «atterhald» isolert.....	22
3.4.3 Vilkåret «atterhald» i lys av de alternative vilkårene i første punktum	24
3.5 Foreligger det et klarhetskrav i utformingen av et «atterhald» om utvidet hevingsrett etter avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd?.....	27
3.5.1 Innledning.....	27
3.5.2 Eksistensen av klarhetskravet.....	27
3.5.3 Terskelen for klarhetskravet.....	34
3.5.3.1 <i>De lege lata</i>	34
3.5.3.2 <i>De lege ferenda</i>	37
4 Skjøtets betydning for selgers beskyttelse overfor kjøpers øvrige kreditorer ved konkursbo	40
4.1 Innledning.....	40
4.2 Konkrete hensyn	41
4.2.1 Tinglysingsloven § 23 første ledd	41
4.2.2 Tinglysingsloven § 21 tredje ledd	42

4.3	Hvilken betydning vil et «atterhald» etter avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd få i relasjonen mellom selger og kjøpers konkursbo?.....	44
4.3.1	Forholdet mellom «atterhald» i avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd og «forbehold» i tinglysingsloven § 21 tredje ledd.....	44
4.3.2	Betenkeligheter knyttet til selgers rett til ensidig å utvide hevingsretten	46
4.4	Er det mulig å se på tilbakeholdelsen av skjøtet som en form for pantesikkerhet for kravet til selger i den faste eiendommen?.....	48
5	Avslutning.....	53
	Litteraturliste	54
	Lovregister	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven tar utgangspunkt i reglene for salg av fast eiendom. Temaet for oppgaven er selgers posisjon overfor kjøper og kjøpers konkursbo når selger holder tilbake skjøtet ved salg av fast eiendom. Den konkrete problemstillingen oppgaven skal besvare består av to underproblemstillinger, hvor den første underproblemstillingen som skal behandles er om selgers tilbakeholdelse av skjøtet ved salg av fast eiendom der kjøper har overtatt bruken av eiendommen, kan anses som et forbehold om utvidet hevingsrett etter avhl. § 5-3 fjerde ledd. Den andre underproblemstillingen som skal behandles er om en slik tilbakeholdelse gir rettigheter som har rettsvern overfor kjøperens konkursbo der kjøper går konkurs, jf. tingl. § 23, jf. § 21 tredje ledd.

Vi ser for oss følgende situasjon: en huseier (selger) har inngått avtale om salg av sin faste eiendom med en kjøper. Partene har avtalt overtakelsesdato 22. mars, hvor kjøper skal motta nøkkel til huset, kjøpesummen skal overføres, samt selger skal tinglyse og overlevere skjøtet til kjøper. Selger flytter inn i sin nye bolig allerede 5. mars, og er på dette tidspunktet ferdig utflyttet av den gamle boligen. Kjøper på sin side har planlagt oppussing av sin nye bolig, og ønsker å komme i gang så fort som mulig slik at han kan flytte inn tidligere. Dette har selger ingen problemer med, og tillater at kjøper starter oppussingen før avtalt overtakelsesdato har kommet. Som ukyndig selger har han hørt at tinglysing av skjøtet har essensiell betydning for partenes rettsstilling, og tenker at han har alle rettigheter i behold så lenge han selv sitter med skjøtet. Han har tross alt bare vært grei og latt kjøper bruke huset frem til kjøpesummen er betalt. Partene forsikrer hverandre om at den formelle overtakelsesdatoen 22. mars fortsatt er avtalen. Den 15. mars går imidlertid kjøper konkurs, og har ikke midler til å betale kjøpesummen. Selger ønsker å heve kjøpet når han forstår at han ikke vil få betaling etter avtalen, og ønsker på denne måten å få huset tilbake.

Selgers hevingsadgang reguleres av avhl. § 5-3, hvor selger etter fjerde ledd taper hevingsretten dersom «skøyte er tinglyst eller gitt kjøparen, eller kjøparen har overteke

bruken av eiedomen». Vilkårene «skøyte er tinglyst», «skøyte er ... gitt til kjøperen» og «kjøperen har overteke bruken av eiedomen» er alternative vilkår, hvor selger taper hevingsretten der kun ett av alternativene er oppfylt. Det er enkelte unntak fra utgangspunktet om hevingsavskjæring etter de alternative vilkårene i avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum ved brudd på avtale om naturalytelse, husvære eller lignende personlig rett, men disse unntakene skal jeg ikke gå nærmere inn på i denne oppgaven.

Av avhl. § 5-3 fjerde ledd fremgår det altså at selger taper hevingsretten der kjøper har overtatt bruken av eiendommen, dette selv om selger fortsatt sitter med skjøtet. Dette kan komme overraskende på selger, og fremstå som lite forutberegnelig og rimelig. Ser vi på eksempel-situasjonen presentert innledningsvis kan det dermed synes at de alternative vilkårene i avhl. § 5-3 fjerde ledd medfører at selger taper hevingsretten i det han tillater kjøper å starte oppussingen før betalingsdatoen har kommet. Selv om bruk av megler underveis vil kunne avbøte risikoen for at partene taper rettigheter på bakgrunn av manglende kunnskap, vil jeg i oppgaven ta utgangspunkt i situasjonen der partene ikke benytter seg av megler gjennom hele avhendelsen. Bakgrunnen for dette valget kommer jeg tilbake til i kapittel 1.2. Situasjonen hvor kjøper overtar bruken av den faste eiendommen før selger mottar betaling vil være sentral i den videre drøftelsen.

Etter avhl. § 5-3 fjerde ledd siste punktum fremgår det unntak fra tap av hevingsretten, som innebærer at selger beholder hevingsretten dersom han «har teke atterhald om det». Bestemmelsen oppstiller tilsynelatende ikke nærmere krav til formen av «atterhaldet», noe som taler for at det råder formfrihet i etableringen av forbeholdet. Ved tilsynelatende formfrihet kan det stilles spørsmål om ikke tilbakeholdelsen av skjøtet i seg selv kan tolkes som et «atterhald» fra selger. Om det foreligger nærmere krav til etablering av forbehold etter § avhl. § 5-3 fjerde ledd er et spørsmål som skal behandles i kapittel 3.

Der bakgrunnen for kjøperens utestående betaling er at han mangler betalingsevne, kan dette medføre at det åpnes konkursbo hos kjøper (se kkl. §§ 60 flg.). Her oppstår spørsmålet om selgers tilbakeholdelse av skjøtet, og et eventuelt hevingsforbehold etter avhl. § 5-3 fjerde

ledd, får betydning overfor kjøperens konkursbo. Spørsmålet reguleres i hovedsak av tingl. §§ 23, jf. 21 tredje ledd.

Om selgers hevingsforbehold står seg overfor konkursboet er av stor betydning, da dette vil avgjøre selgers stilling i konkurransen med kjøperens øvrige kreditorer. Selgers hevingsadgang har herunder betydning for om selger har separatistrett i kjøperens konkursbo (dekl. § 7-7 andre ledd), eller må nøye seg med dividende på lik linje med kjøperens usikrede kreditorer (dekl. § 9-6).¹ Dersom selger taper hevingsretten etter avhl. § 5-3 fjerde ledd til tross for at han sitter med skjøtet, vil spørsmålet være om tilbakeholdelse av skjøtet kan gi en form for sikkerhet for selger i den faste eiendommen. En slik sikkerhet kan være en pantesikkerhet, eller dersom kjøpesummen anses som en heftelse på den faste eiendommen. Dersom selger har sikkerhet for kjøpesummen vil han gå foran de andre kreditorene, og slik få sikret sitt krav til tross for at han ikke kan ta tilbake huset. Hvilke sikkerheter som kan være aktuelle kommer jeg nærmere inn på i kapittel 4.4. Redegjørelse for reglene og vurdering av disse spørsmålene vil inngå som en del av oppgavens andre underproblemstilling i kapittel 4.

1.2 Temaets aktualitet

Rammene for selgers hevingsrett ved salg av fast eiendom er et tema som har stor betydning for partene, ettersom faste eiendommer ofte er den største verdien privatpersoner sitter med. Tap av hevingsrett vil få store konsekvenser for selger, mens tilbakeføringen av den faste eiendommen vil få konsekvenser for kjøper der selger har hevingsretten i behold etter overlevering av eiendommen.

Situasjonen der selger ikke har forbeholdt seg retten til utvidet hevingsrett etter avhl. § 5-3 fjerde ledd før hevingsretten går tapt, vil oftere oppstå i tilfeller av private salg (altså ved avtale om salg som inngås direkte mellom selger og kjøper, uten bruk av megler), enn i tilfeller hvor selger benytter seg av eiendomsmegler. Ved bruk av eiendomsmegler (eventuelt

¹ Andenæs, s. 155, om skillet mellom separatistrett og dividendekrav.

advokat) vil både selger og kjøper stå sikrere, samt få veiledning underveis.² Ved private salg er det imidlertid lettere for partene å gjøre feil, hvor det er fort gjort å overse en bestemmelse som regulerer rettsstillingen deres annerledes enn det de selv har antatt.³ Problemet med private salg skal likevel ikke overdrives, ettersom brorparten av eiendomssalgene gjøres ved bruk av megler: av sakene om eiendomssalg lagmannsretten behandlet mellom 1995 og 2012 var det kun i 3 % opplyst at det ikke var brukt megler.⁴ Antall private salg vil nok i realiteten være større, ettersom partene ved private salg oftere kjenner hverandre, og derfor hyppigere løser tvister i minnelighet. Likevel vil nok de fleste synes bruk av megler er en trygghet, slik at tallet ikke vil være mye høyere enn 3 %.⁵ Private salg vil imidlertid likevel være hovedfokuset i oppgaven; der det først foreligger et privat salg vil selger og kjøper sjeldent ha full oversikt over regelverket, og vil oftere trå feil. Selv om det normalt vil bli brukt mellommann i tilknytning til selve det økonomiske oppgjøret mellom partene også ved private salg, er det mange steder å gjøre feil før man har kommet til dette tidspunktet (eksempelvis der selger tillater kjøper å starte oppussing før betalingen finner sted).

Tap av hevingsretten vil ikke bare ha betydning i relasjonen mellom selger og kjøper, men vil også få konsekvenser for selger der kjøper går konkurs, hvor selgers rettigheter står i konkurranse med kjøpers konkursbo. Dersom selger anses ikke å ha særlig sikkerhet for kjøpesummen eller mulighet til å heve kjøpet, vil selger tape retten til huset, og kun ha krav på dividende av konkursboets verdier.⁶ Dette kan ramme hardt, hvor selger kan sitte igjen med tilnærmet lik null i de tilfeller hvor konkursboet tømmes i dekningen av sikrede kreditorer.

Videre er problemstillingen aktuell å drøfte, ettersom rettsstillingen ikke er betydelig behandlet verken i juridisk teori eller i rettspraksis. Dette vil jeg utdype nærmere i kapittel 1.4. Det kan synes vanskelig for partene å bedømme den juridiske situasjonen hva gjelder rettsvirkninger av bruksovertakelse, særlig i lys av skjøtets sentrale betydning i relasjon til rettsvern ved eiendomsoverførsel.

² Smith/Glærum, s. 76 og 121.

³ Smith/Glærum, s. 76.

⁴ Anderssen 2014, s. 102-103.

⁵ Anderssen 2014, s. 102-103 med videre henvisninger.

⁶ Hov/Høgberg 2016, s. 215

1.3 Avgrensning

Anvendelsesområdet til avhendingslovens bestemmelser fremkommer av § 1-1, hvor det fremgår at loven gjelder ved avhendelse av fast eiendom når denne skjer ved frivillig salg, bytte eller gave, jf. første ledd. I den videre behandlingen vil fokuset være på avhendelse av faste eiendom mot vederlag (altså salg), ettersom det er ved krav på motytelse selger har størst behov for å sikre seg.

Videre vil spørsmålet om selgers beskyttelse mot tredjemenn avgrenses til relasjonen mellom selger og kjøpers kreditorer ved konkursbo hos kjøper, og jeg vil ikke behandle selgers stilling overfor kjøperens etterfølgende avtalesuksessorer. Kjøperens frivillige avtalesuksessorer vil likevel bli omtalt der hensynet til disse har spilt en rolle for utformingen av reglene som regulerer selgers posisjon overfor kjøper og kjøpers konkursbo.

1.4 Kort om rettskildebildet

Spørsmålet om hevingsavskjæring ved bruksovertakelse er ikke særlig inngående behandlet i juridisk teori. Mange forfattere kommenterer regelen om tap av hevingsrett ved bruksovertakelse, men de nærmere grensene for reguleringen har ikke fått særlig fokus. I løpet av fremstillingen vil jeg likevel belyse ulike teoretikers oppfatning av problemstillingen i den grad det lar seg gjøre.

Som det fremgår av drøftelsen nedenfor i kapittel 3.3.1 vil ordlyden i avhl. § 5-3 fjerde ledd i de fleste tilfeller gi klart svar (enten har bruken blitt overtatt av kjøper, eller det kommer tydelig frem at selger har tatt et «atterhald» om utvidet hevingsrett), noe som begrunner at skjøtets betydning for hevingsavskjæring ved bruksovertakelse heller ikke har vært grundig behandlet av domstolene. Ettersom bestemmelsen i sitt kjerneområde sjelden gir grunnlag for tvil og konflikter, har det heller ikke vært særlig foranledning til å behandle yttergrensene av vilkårene som en forlengelse av slike tvister. Rettspraksis gir derfor lite bidrag til analysen, men belyses der det er aktuelt.

Ettersom skjøtets betydning for selgers hevingsrett er lite drøftet i teori og rettspraksis, vil hovedvekten i oppgaven ligge på hensynene og begrunnelsene bak reguleringen rundt selgers hevingsrett i konkurranse med kjøper og kjøpers konkursbo. Hensynene vil benyttes aktivt i argumentasjonen om hvordan løsningen er og bør være. Her vil også relasjonen og ulikhetene mellom hensynene innenfor obligasjonsretten og konkursretten bli belyst.

Videre vil ikke internasjonal rett være i fokus i drøftelsen, ettersom regulering rundt temaet fast eiendom i stor grad anses som et nasjonalt anliggende.

For øvrig vil jeg i oppgavens drøftelser ta utgangspunkt i den tradisjonelle rettsdogmatiske metoden.

1.5 Veien videre

Som nevnt i kapittel 1.4 vil hensynene som ligger bak de ulike reglene oppgaven tar for seg (avhl. § 5-3 fjerde ledd og tingl. §§ 23 første ledd og 21 tredje ledd) ha en sentral rolle i den videre drøftelsen. Oppgavens hoveddel vil i kapittel 2 starte med en presentasjon av de generelle hensynene som gjør seg gjeldende i tvisten mellom selger og kjøper, og i tvisten mellom selger og kjøpers kreditorer. De spesifikke hensynene bak de ulike bestemmelsene vil drøftes senere under kapittel 3.2 og 4.2.

Deretter vil kapittel 3 drøfte avhl. § 5-3 fjerde ledd, hvor det er relasjonen mellom selger og kjøper som står sentralt. Dette kommer allerede i kapittel 3, da drøftelsen rundt «atterhald» i avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum langt på vei vil utgjøre viktige forutsetninger for oppgavens øvrige drøftelser vedrørende selgers stilling overfor kjøper og kjøpers konkursbo. I kapittel 3.3 skal rammene for når opprinnelig hevingsrett går tapt etter avhl. § 5-3 fjerde ledd vurderes, og i kapittel 3.4 og 3.5 skal det søkes å utlede hva terskelen for hva som anses som

et «atterhald» er. Fokuset vil ligge på hvilken betydning selgers tilbakeholdelse av skjøtet har for disse spørsmålene.

Videre vil drøftelsen i kapittel 4 fokusere på selgers stilling overfor kjøpers øvrige kreditorer. Her vil tingl. §§ 23 første ledd, jf. 21 tredje ledd være utgangspunktet for analysen. Problemstillingen vil være hvordan tilbakeholdelsen av skjøtet beskytter selger overfor kjøperens øvrige kreditorer ved konkursbo.

I kapittel 4 vil det oppstilles to underproblemstillinger. Under den første underproblemstillingen skal jeg drøfte hvilken betydning et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd vil få i relasjonen mellom selger og kjøpers kreditorer der kjøper går konkurs. Under den andre underproblemstillingen vil jeg drøfte om tilbakeholdelsen av skjøtet gir selger en form for sikkerhet i den faste eiendommen for sitt krav på kjøpesummen, som et alternativ dersom tilbakeholdelsen ikke gir utvidet hevingsrett.

2 Generelle hensyn

Spørsmålet om selger har rett til å heve salget av den faste eiendommen etter at eiendommen er overtatt av kjøper gjør seg gjeldende både i situasjonen der kjøper er solvent, og i situasjonen der kjøper går konkurs. For å avgjøre selgers hevingsrett må hans interesser vurderes opp mot interessene til de øvrige involverte partene: kjøpers interesser der denne er solvent, og interessene til kjøpers kreditorer i tilfelle kjøper er konkurs. De ulike hensynene til partene gjør seg gjeldende i tre relasjoner: For det første må interessene til kjøper og selger vurderes i de tilfellene kjøper er solvent. For det andre må interessene til selger og kjøpers kreditorer vurderes i tilfelle kjøper går konkurs. Og for det tredje må det vurderes om kjøpers interesser kan være av betydning der kjøper går konkurs. Videre er det aktuelt å vurdere om interessene til kjøpers kreditorer er av betydning for løsningen av tvisten mellom selger og kjøper i de tilfellene kjøper er solvent, men dette vil jeg drøfte nærmere i kapittel 3.2.

Jeg skal først behandle relasjonen mellom selger og kjøpers interesser der kjøper er solvent. Ser man på hensynet til selger, vil det viktigste for ham når han selger huset sitt vanligvis være å motta den avtalte pengesummen, hvor han ellers normalt ikke vil ønske å gi fra seg huset til kjøper. Ønsket om motytelse for eiendomsoverføringen er grunnleggende avtalerett,⁷ og interessen forsterkes i lys av at fast eiendom ofte utgjør en stor del av selgers formue, særlig der selger er privatperson. Å tape retten til huset uten å motta kjøpesummen (eller en tilsvarende sikkerhet for senere mottakelse) vil dermed påføre selger risiko for store tap. Ved stor tapsrisiko er det viktig at selgers interesser ivaretas, og at han har tilstrekkelig rettslig beskyttelse. Herunder vil forutberegneligheten være viktig for selger for å forutse egen rettsstilling, kunne ta en overveid vurdering av risikoen, og forsøke å beskytte seg best mulig.⁸

Videre er hensynet til kjøper aktuelt å vurdere i spørsmålet om selger beholder hevingsretten etter huset er overtatt, ettersom en slik heving fra selger vil medføre at kjøper på sin side taper retten til huset. Dersom kjøper har etablert seg i den nye boligen eller foretatt omfattende oppussing etter overtakelsen, kan det virke urimelig tyngende for kjøper om han senere må gi

⁷ Prinsippet om ytelse mot ytelse, se Giertsen, s. 12.

⁸ Om forutberegnelighetshensynet som tolkningsprinsipp, se bl.a. Monsen, s. 134.

fra seg eiendommen. Konsekvensene selgers heving har for kjøper er dermed relevant i utarbeidelsen og vurderingen av grensene for selgers hevingsadgang.

For både kjøper og selger er det også som et alminnelig prinsipp viktig at reglene som regulerer rettsstillingen fremstår som gode,⁹ herunder som rettferdige og forståelige for partene.

Jeg går så over til å behandle den andre relasjonen mellom interessene til selger og kjøpers øvrige kreditorer utenom selger (heretter omtalt som kjøperens øvrige kreditorer) ved åpning av konkursbo. Der kjøper er konkurs vil selgers interesser for beskyttelse være tilsvarende som der kjøper er solvent, ettersom hans ønske om enten å motta betaling eller å kunne heve vil foreligge uavhengig om det er kjøper eller kjøpers kreditorer han er i tvist med. Forskjellen er imidlertid at ved konkurs er det klart at kjøper ikke kan betale alle kreditorene sine fullt ut, og at selger ikke kan innkreve kravet sitt gjennom normale inndrivelsesprosesser.¹⁰ Dermed vil selger ha enda sterkere behov for beskyttelse der kjøper faktisk er insolvent.

Hva gjelder kjøpers øvrige kreditorer i tilfelle kjøper er konkurs, vil selgers hevingsrett ha betydning for kreditorfellesskapet. Heving for selger medfører at han har separatistrett til den faste eiendommen, slik at hevingsretten avgjør om selger kan ta huset ut av kjøperens formuesmasse,¹¹ eller om selger (dersom han ikke har annen sikkerhet for kravet sitt)¹² må ta til takke med dividendekrav av konkursboet på linje med kjøperens øvrige kreditorer.¹³ Mer om konsekvensene for konkursboet ved selgers heving i kapittel 4.3.2.

Et ledende hensyn for kjøperens kreditorer å unngå kreditorsvik. Å unngå kreditorsvik bidrar til å skaffe mest mulig verdier til dekningen av kreditorfellesskapet,¹⁴ som har grunnlag i hensynet til likefordeling for å motvirke vilkårlig og urettferdig fordeling av kjøperens

⁹ Boe, s. 59-60, og s. 149, og Marthinussen, s. 106-107.

¹⁰ Andenæs, s. 22 og 9.

¹¹ Lilleholt 2017, s. 319.

¹² Eksempelvis panterrett, jf. pantel. §§ 1-1 og 2-1.

¹³ Se dekl. §§ 7-7 og 9-6.

¹⁴ Lilleholt 2018, s. 35.

verdier.¹⁵ Dekningsadgangen for kreditorfelleskapet reguleres i dekl. § 2-2, jf. § 2-1 første ledd, hvor en fordringshaver har «rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Dette inkluderer blant annet alle eiendeler konkursdebitor faktisk eier, selv om debitor ikke har fått rettsvern for sine rettigheter enda.¹⁶ Den formelle hjemmelen er som utgangspunkt uten betydning.¹⁷ Videre vil tidspunktet for beslaget være avgjørende (i konkurs vil beslagstidspunktet være konkursåpningen),¹⁸ hvor formuesgoder på vei inn i debtors formuesmasse vil anses å tilhøre ham så lenge han har overtatt formuesgodet før konkursåpningen.¹⁹ Unntak fra beslagsretten etter at konkursdebitor har overtatt formuesgodet er dersom avhender har rettsvern for sine rettigheter, som for eksempel der han har rett til å ta gjenstanden ut av konkursboet ved heving.²⁰ En slik rett for avhender til å ta en fast eiendom ut av konkursboet til kjøper etter overtakelse fremgår av dekl. § 7-7 (mer om denne bestemmelsen i kapittel 4.3.1). I utgangspunktet vil beslagsretten altså innebærer et nylig overtatt hus, med mindre avhender har hevingsretten i behold (eller annet rettsvern for sine rettigheter). For å unngå kreditorsvik bør rettsgrunnlagene som tillater at den enkelte kreditor kan ta verdier ut av konkursboet oppstille høye krav til etterprøvbareheten.

Videre vil spørsmålet være om det er riktig at selger stilles i bedre posisjon enn kjøpers øvrige kreditorer, dersom man kan anse selger som en usikret kreditor. Anses selger som usikret kreditor ved at han overgir bruken av huset til kjøper, vil selger få en vilkårlig fordel dersom han kan trekke eiendommen ut av konkursboets masse. Dersom han derimot anses som en sikret kreditor ved at han holder skjøtet tilbake, er det rimelig at han stilles bedre enn de øvrige kreditorene, og kan trekke kravets verdi ut av bomassen. Om selger anses som en usikret eller sikret kreditor som følge av tilbakeholdelsen av skjøtet er det jeg søker å fastslå gjennom oppgavens drøftelse.

Til sist behandler jeg hensynene i den tredje relasjonen, hvor spørsmålet er om kjøpers interesser kan få betydning i tilfelle kjøper går konkurs, hvor tvisten i utgangspunktet står mellom selger og kjøpers konkursbo. I selgers tvist med kjøpers konkursbo vil kjøper få en

¹⁵ Andenæs, s. 10.

¹⁶ Aasebø/Madsen/Sandvik, s. 56.

¹⁷ Andenæs, s. 158.

¹⁸ Aasebø/Madsen/Sandvik, s. 55.

¹⁹ Aasebø/Madsen/Sandvik, s. 336.

²⁰ Aasebø/Madsen/Sandvik, s. 56, jf. s. 337.

mer sekundær rolle,²¹ ettersom kjøperen uansett vil måtte avstå sine verdier enten til selgeren som følge av avtalen, eller til dekning av sine øvrige kreditorer, se dekl. § 2-2. I tillegg er kjøpers interesser mindre beskyttelsesverdige i tvisten mellom selger og kjøpers kreditorer, all den tid han selv har inngått avtaler hvor kjøpers samlede ytelsesplikt overgår hans ytelsesevne, som medfører at kravene til hans kreditorer kommer i konflikt.²² Selv om kjøpers interesser vil være viktig i utarbeidelsen av reglene om beslag og beslagsforbud, vil ikke kjøperens hensyn spille en nevneverdig rolle i hvordan kjøpers formue fordeles mellom den enkelte avtalepart (her selger) og kreditorfellesskapet som en helhet.

²¹ Andenæs, s. 11.

²² Reglene for fordeling av konkursdebitors verdier fremgår av dekl. kapittel 8 og 9.

3 Skjøtets betydning for selgers hevingsrett etter avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd

3.1 Innledning

I kapittel 3 skal skilletets betydning for selgers hevingsrett i relasjon til kjøper drøftes med utgangspunkt i avhl. § 5-3. Bestemmelsen regulerer selgers adgang til heving ved mislighold fra kjøpers side, og begrensninger i denne adgangen. Av bestemmelsens fjerde ledd fremgår det at «[s]eljaren kan ikkje heve etter at skøyte er tinglyst eller gitt kjøparen, eller kjøparen har overteke bruken av egedomen [...]. Hevingsretten står og ved lag om seljaren har teke atterhald om det».

Innledningsvis i kapittel 3.2 vil de konkrete hensynene som begrunner hevingsavskjæringen etter avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum og unntaket i andre punktum presenteres. Deretter vil jeg drøfte rammene for den ordinære hevingsavskjæringen i avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum i kapittel 3.3. Videre skal jeg i kapittel 3.4 drøfte innholdet i unntaket fra hevingsavskjæring der selger har tatt «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum, hvor fokuset vil være på om tilbakeholdelse av skilletet alene kan være tilstrekkelig til å anses som et forbehold om utvidet hevingsrett. Til sist i kapittel 3.5 skal jeg drøfte hvilken betydning tilbakeholdelse av skilletet har i drøftelsen av om selger har tatt et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum dersom tilbakeholdelsen i seg selv ikke er tilstrekkelig. Dette formuleres som et spørsmål om det foreligger et klarhetskrav i selgers formulering av hevingsforbeholdet.

3.2 Konkrete hensyn

Hensynene bak avhl. § 5-3 har spilt en betydning for utarbeidelsen av bestemmelsen. Å se hen til hensynene bak regelen er viktig for å tolke bestemmelsen mest mulig lojalt overfor

lovgiver, og slik gi bestemmelsen dens tiltenkte mening, og forhåpentligvis dermed det mest hensiktsmessige innholdet.²³

Avhendingsloven regulerer frivillig avhending av fast eiendom, jf. avhl. § 1-1. Slik det fremgår av Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 1-2 sluttet komiteen seg til departementet²⁴ og sivillovbokutvalgets²⁵ ønske om en lovfesting av den tids ulovfestede regler om avhending av fast eiendom. En lovfesting var ønskelig for å gjøre reglene lettere tilgjengelige, redusere behovet for rettshjelp, og hindre rettstvister. Selv om disse formålene ikke nødvendigvis gjør seg sterkt gjeldende for tolkningen av avhl. § 5-3 fjerde ledd, vil det være et mål å tolke bestemmelsen objektivt etter ordlyden. Slik vil regelen fremstå lett tilgjengelig og forståelig for folk flest.

Videre fremgår det i Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 2 at hensynet til ukyndige parter står sentralt i utarbeidelsen og tolkningen av avhendingsloven, hvor uklare regler og usikkerhet rundt disse kan medføre problemer av stor økonomisk betydning for privatpersoner. Igjen ser vi at forståelige regler og forutberegnelighet er viktig, og at økonomiske konsekvenser for både selger og kjøper kan få betydning for tolkningen.

Innenfor avtaleretten gjelder det et generelt prinsipp om formfrihet, som blant annet fremgår av NL 5-1-1.²⁶ At prinsippet også gjelder ved inngåelse av avtale om avhendelse av fast eiendom fremkommer av Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 4-5.²⁷ Dette prinsippet er lovfestet i avhl. § 1-3, hvor både muntlig og skriftlig avtale aksepteres. Komiteen ønsket formfrihet for å gi rom for konkret vurdering av hele avtalesituasjonen ved bedømmelse om bindende avtale er inngått.²⁸ Dette tilsier at i tolkningen av partenes avtale etter § 5-3 fjerde ledd er det aktuelt å se på avtalesituasjonen i sin helhet, og en slik vurdering gjøres ut fra alminnelige avtalerettslige prinsipper.²⁹

²³ Boe, s. 112-114.

²⁴ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991), s. 17.

²⁵ NOU 1979: 48 Rådsegn 12, s. 7.

²⁶ Hov/Høgberg 2009, s. 43.

²⁷ Se også Anderssen 2008, s. 376.

²⁸ Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 4-5.

²⁹ Giertsen, s. 124-125.

Bestemmelsen i avhl. § 5-3 regulerer selgers hevingsadgang i tilfelle mislighold hos kjøper, og tar sikte på å ivareta selgers interesser ved avtalebrudd fra kjøper. Det fremgår imidlertid i Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 120 at ved vurderingen av om heving skal skje er det ikke bare relevant å se på konsekvenser for selger ved manglende heving, men også på konsekvensene heving vil ha for kjøper. Dette taler for at begge partenes interesser gjør seg gjeldende som moment i tolkningen av bestemmelsen, hvor både økonomiske og andre konsekvenser tas i betraktning.³⁰

Hva gjelder hensynet til tredjemenn har blant annet Bergsåker uttalt at hevingsavskjæringen i avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum er begrunnet i retts tekniske hensyn, og hensyn til tredjemenn.³¹ Dette synspunktet har støtte i Borgarting lagmannsretts dom LB-2014-103080, som henviser til Bergsåkers uttalelse og legger den til grunn.³² Også Sæbø viser til at hevingsavskjæring ved overlevering i norsk rett normalt blir begrunnet i hensynet til kjøperens øvrige kreditorer.³³ Ettersom hensynet til tredjepersoner står sentralt, synes fokuset å ligge på annet enn avtalepartene. Målet er å forhindre at selger gis fortrinnsrett fremfor kjøperens øvrige kreditorer,³⁴ og å unngå komplikasjoner dersom eiendommen selges videre. Dermed synes hensynet til tredjemenn å få betydning i tolkningen av bestemmelsen.

Bergsåker argumenterer imidlertid for at hensynet til tredjemenn egentlig bør holdes utenfor begrunnelsen bak heving innenfor kontraktsrettens område.³⁵ Ser man på situasjonen der tredjemann er et konkursbo, kan synspunktet være fornuftig ettersom kontraktsretten og konkursretten søker å ivareta ulike interesser og rettslige situasjoner. Der opprinnelig selger fortsatt sitter med skjøtet har heller ikke omsetningsserververe ved videresalg særlig beskyttelsesverdige interesser, ettersom opprinnelige kjøper ikke er rettslig legitimert som eier.

³⁰ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 120

³¹ Bergsåker, s. 481-482.

³² LB-2014-103080, s. 7.

³³ Sæbø, s. 132.

³⁴ Martinussen, s. 199-200.

³⁵ Bergsåker, s. 483.

Videre argumenterer Sæbø for at ivaretagelse av hensynet til kreditorer er lite forenlig med selgers adgang til å ta hevingsforbehold.³⁶ Etter avhl. § 5-3 fjerde ledd kan selger ensidig ta forbehold om utvidet hevingsrett, hvor tredjeparter etter tingl. § 21 tredje ledd mister sine rettigheter til huset, uten at hevingsforbeholdet trenger å bli publisert.³⁷ Hvordan dette står seg overfor kjøperens kreditorer ved konkurs drøftes nærmere i kapittel 4.3.1.

Ettersom selger ensidig kan tilsidesette tredjepersoners rettigheter, kan dette tilsi at interessene til tredjemenn ikke nødvendigvis er avgjørende for tolkningen av bestemmelsen.

Et argument for likevel å legge vekt på hensynet til tredjeparter også innenfor kontraktsretten er viktigheten av sammenheng i rettssystemet,³⁸ slik at bestemmelsene innenfor ett rettsområde ikke kan utformes uten hensyn til konsekvensene på andre rettsområder. Reglene innenfor kontraktsretten bør dermed utformes også med tanke på innvirkningene det vil ha for tredjemenn generelt og innenfor konkurs. Dermed vil altså hensynene til tredjemenn være relevant i tolkningen av avhl. § 5-3 fjerde ledd, men likevel med en mer sekundær rolle all den tid lovgiver tillater selger ensidig å tilsidesette tredjepersoners rettigheter. Se mer om rollen hensynene til tredjemenn har for regelen om hevingsavskjæring ved bruksovertakelse i kapittel 3.3.2.

Til slutt ligger det enkelte mer konkrete hensyn bak vilkårene i § 5-3 fjerde ledd. Leddet oppstiller begrensning i selgers hevingsadgang. Før avhendingsloven ble vedtatt var rettstilstanden om hva som medførte tap av hevingsrett for selger noe uklar,³⁹ men de eldre ulovfestede reglene om avhending av fast eiendom syntes å knytte tap av hevingsrett til overføring av skjøtet, og ikke til bruken av den faste eiendommen.⁴⁰ Da alternativet om bruksovertakelse ble innført i avhendingsloven, ble valget begrunnet med at dette tilsvarer kjøpslovens system, samt at tilsvarende tidspunkt gjelder for overgang av risiko og kostnader

³⁶ Sæbø, s. 133.

³⁷ Lilleholt 1996, s. 92.

³⁸ Nygaard, s. 163.

³⁹ Bergsåker, s. 65.

⁴⁰ Brækhus/Hærem s. 489. Se som eksempel Rt. 1971 s. 1049. Også NOU 1979: 48 Rådsegn 12 s. 56.

for eiendommen.⁴¹ Bruksovertakelse som hevingsavskjæring begrunnes også i at eiendommen kan ha endret verdi under tiden hos kjøper, hvor lovgiver ønsker å unngå kompliserte hevingsoppgjør. Eksempelvis vil verdiendringer medføre at tilbakeføringen av ytelsene må suppleres med fradrag og erstatning for å anses rettferdig.⁴²

Bestemmelsens fjerde ledd andre punktum åpner imidlertid for at selger kan beholde hevingsretten dersom han tar «atterhald» om det. Forarbeidene drøfter ikke denne muligheten nærmere. Adgangen synes likevel å ha todelt begrunnelse: avtalerettslig vil kjøpers kunnskap om hevingsforbeholdet gi han varsel om at overleveringen muligens ikke er endelig,⁴³ slik at han kan ta muligheten for tap av eiendommen i betraktning. I tillegg kan selger gjennom forbeholdet sikre kravet sitt på eiendommens verdi overfor tredjepersoner som har utledet rettigheter i huset gjennom kjøper, hvor disse må vike for selgers rettigheter ved heving.⁴⁴

Betydningen de ulike hensynene har for tolkningen av § 5-3 fjerde ledd vil drøftes løpende gjennom kapittel 3.

3.3 Ordinær hevingsavskjæring etter § 5-3 fjerde ledd første punktum

3.3.1 Rammene for ordinær hevingsavskjæring etter § 5-3 fjerde ledd første punktum

Ordlyden i vilkåret om at selger mister hevingsretten der kjøper har «overteke bruken» i avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum fremstår ganske klar isolert sett. Dersom selger har overgitt bruken av den faste eiendommen til kjøper, kan ikke selger heve etter den ordinære hevingsadgangen.

⁴¹ Se Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 122. Se også Løken, s. 83-88, om spørsmålet om bruksovertakelse tilknyttet risikoens overgang ved salg av fast eiendom.

⁴² Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 122.

⁴³ Hagstrøm, s. 708.

⁴⁴ Martinussen, Avhendingsrett, s. 199-201.

På hvilket tidspunkt en slik overlevering foreligger må vurderes konkret, men utgangspunktet i vurderingen er når den faktiske rådigheten ligger hos kjøper.⁴⁵ Her er avtalt overtakelsesdato i utgangspunktet uten betydning.⁴⁶ Videre fremgår det av forarbeidene at kjøperen anses for å ha overtatt bruken når han har «teke eiendomen fysisk i bruk», eller der «seljaren har flytta ut og kjøperen har fått nyklane».⁴⁷ Når kjøper har fått nøkkel og frie tøyler hva gjelder oppussingen i eksempelsituasjonen fra kapittel 1.1, regnes han dermed for å ha «overteke bruken» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum.⁴⁸

Vilkårene i første punktum er alternative. Kun ett av vilkårene «skøyte er tinglyst» eller «gitt kjøperen», eller kjøperen har «overteke bruken av eiedomen», er altså tilstrekkelig for at selgers hevingsrett avskjæres. Tilbakeholdelse av skjøtet er dermed ikke tilstrekkelig for at selger beholder hevingsretten etter avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum dersom bruken av eiendommen er overgitt. Om forbehold om utvidet hevingsadgang etter andre punktum kan endre dette utgangspunktet må dermed vurderes nærmere. Dette vurderes i kapittel 3.4 og 3.5.

3.3.2 Kritikk

Regelen i avhl. § 5-3 fjerde ledd om tap av hevingsrett ved bruksoverføring har blitt mye kritisert i juridisk teori. Lilleholt kaller regelen uheldig, og mener det beste hadde vært om loven ble endret til kun å knytte tap av hevingsrett opp mot hjemmelsoverføringen.⁴⁹

Ser vi hen til begrunnelsen bak regelen om hevingsavskjæring ved bruksovertakelse, fremheves som nevnt hensynene til tredjemenn. Med dette som utgangspunkt kan det synes betenkelig at selger kun gjennom et forbehold kan tilsidesette alle disse hensynene.⁵⁰

⁴⁵ Se bl.a. LE-2009-185660, og Bergsåker, s. 102.

⁴⁶ Bergsåker, s. 100-101.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 72. Se også Bergsåker, s. 106, samt Anderssen 2008, s. 375, jf. s. 67-68.

⁴⁸ Anderssen 2008, s. 68.

⁴⁹ Lilleholt 2018, s. 284, og Lilleholt 1996, s. 92.

⁵⁰ Sæbø, s. 133.

Videre har Bergsåker et fornuftig argument i at det er lite rimelig å ha hensynet til tredjemenn som avgjørende faktor i utformingen av reglene innenfor avtaleretten, all den tid bestemmelsen også regulerer hevingsadgangen mellom kjøper og selger i tilfellene kjøper er fullt solvent.⁵¹ Bergsåker tar til orde for at avtaleretten bør søke å løse tvisten mellom avtalepartene, mens relasjonen mellom selger og kjøpers kreditorer heller bør reguleres gjennom konkursrettslige regler.⁵²

Det synes dermed å være få argumenter som tilsier at hensynet til tredjepartene medfører at hevingsavskjæring ved bruksovertakelse er en nødvendig løsning. Riktignok kan visse betraktninger om usikret kreditt komme inn der selger gir kjøper bruken uten samtidig betaling. Særlig Martinussen synes å mene løsningen er fornuftig på bakgrunn av tanker om kreditt, for å ikke gi selger fordel fremfor kjøperens øvrige kreditorer.⁵³ Imidlertid kan ikke kjøper råde fullt over eiendommen uten den formelle hjemmelen, noe han ikke får med mindre selger overfører hjemmelen. Hva gjelder suksessorer til kjøper, har ikke de særlig beskyttelsesverdig interesse ettersom opprinnelige kjøper ikke er legitimert som eier. Videre vil heller ikke hensynet til konkursboet spille særlig inn, all den tid konkursboet må godta at selger kan ha rettigheter så lenge han fortsatt har skjøtet (jf. tingl. § 21 tredje ledd).

Selv om regelen om ordinær hevingsavskjæring ved bruksovertakelse er klar, vil disse kritikkverdige forholdene kunne få betydning for tolkningen av unntakene fra den ordinære hevingsadgangen.

⁵¹ Bergsåker, s. 483.

⁵² Bergsåker, s. 483.

⁵³ Martinussen, s. 199-200.

3.4 Kan tilbakeholdelse av skjøtet være tilstrekkelig til å anses som et «atterhald» om utvidet hevingsrett i § 5-3 fjerde ledd andre punktum?

3.4.1 Innledning

Paragraf 5-3 fjerde ledd andre punktum gir altså selger adgang til å beholde hevingsretten dersom selgeren tar «atterhald», selv om kjøperen har «overteke bruken» av eiendommen, jf. første punktum. Spørsmålet her er om selgers tilbakeholdelse av skjøtet kan anses som et «atterhald». I vurderingen skal vilkåret «atterhald» først vurderes isolert i kapittel 3.4.2, deretter i sammenheng med de alternative vilkårene i første punktum i kapittel 3.4.3.

3.4.2 Vilkåret «atterhald» isolert

Når avhl. § 5-3 fjerde ledd setter krav om at selgeren skal ha «teke atterhald», synes vilkåret å oppstille en form for aktivitetsplikt for selgers. Dette kan tyde på at passivitet, som eksempelvis stilltiende forventning om heving hos selger som følge av tilbakeholdelse av skjøtet, ikke er tilstrekkelig. Videre sier bestemmelsen at selger må ha tatt forbehold «om det», altså om utvidet hevingsrett. Slik kan formuleringen tyde på at forbeholdet må omhandle utvidet hevingsrett spesifikt, hvor generelle hevingsforbehold ikke nødvendigvis oppfyller bestemmelsens krav.⁵⁴ For øvrig gir ordlyden lite veiledning ved tolkningen av vilkåret «atterhald».

Når avhl. § 5-3 fjerde ledd oppstiller mulighet for selger å forbeholde seg utvidet hevingsrett, er det naturlig å dra paralleller til den gamle ulovfestede konstruksjonen om eiendomsforbehold.⁵⁵ Konstruksjonen innebar at selger ved avslutningen av et salg forbeholdt seg eiendomsretten til formuesgodet han solgte frem til betalingen var gjennomført. Et slikt eiendomsforbehold stod seg overfor kreditorene til kjøper ved salg av fast eiendom, noe som

⁵⁴ Bergsåker, s. 487.

⁵⁵ Se bl.a. Rt. 1971 s. 1049.

innebar at kjøperens kreditorer ikke kunne ta utlegg i eiendommen før kjøpesummen var betalt fullt ut.⁵⁶ Blant annet hevder Martinussen at hevingsforbeholdet etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum vil være et eiendomsforbehold.⁵⁷ Om konstruksjonene hevingsforbehold og eiendomsforbehold i teorien er det samme, er ikke en drøftelse jeg skal gå nærmere inn på her.⁵⁸ Det avgjørende i relasjon til oppgavens problemstilling er at virkningene av de to konstruksjonene for selger i all hovedsak vil være de samme,⁵⁹ og slik kan vi også se til eldre uttalelser tilknyttet eiendomsforbehold for å utlede rammene for hevingsforbeholdet etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Ses det hen til hensynene bak avhendingsloven, er prinsippet formfrihet i måten partene inngår avtaler (se drøftelse i kapittel 3.2). Formfrihet gjelder for alle deler av avtalen, og gjelder så lenge det ikke fremkommer spesifikke unntak fra prinsippet.⁶⁰ Ettersom ordlyden i avhl. § 5-3 fjerde ledd ikke oppstiller spesifikke unntak, taler det for at hovedregelen om formfrihet gjelder.⁶¹

Et av de grunnleggende avtalerettslige prinsippene er at det er partenes forståelse ved avtaleinngåelsen som er avgjørende.⁶² Dette innebærer at avtalen i utgangspunktet ikke tolkes ut fra hvordan en objektiv tredjeperson ville forstått avtalens ordlyd (derimot kan dette i praksis ofte bli et viktig tolkningsmoment).⁶³ For å finne partenes felles forståelse kan det ses hen til alle omstendighetene ved avtaleinngåelsen, ikke bare avtalens ordlyd. Her kan både muntlig og skriftlig enighet omfattes, men også annen overensstemmelse der partene har felles forståelse.⁶⁴ At lovgiver også etter avhendingsloven ønsket å gi rom for en konkret vurdering av hele avtalesituasjonen, fremgår av Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 4.

⁵⁶ Brækhus/Hærem, s. 486-487.

⁵⁷ Martinussen, s. 201.

⁵⁸ Se bl.a. Krokeide, s. 26 om eiendomsforbehold i dag.

⁵⁹ Lilleholt 2018, s. 282.

⁶⁰ Hov, s. 59.

⁶¹ Anderssen 2008, s. 376.

⁶² Se Rt. 1993 s. 564, s. 569: «Det primære formål ved all kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment».

⁶³ Giertsen, s. 117.

⁶⁴ Woxholth, s. 30-31

Prinsippet om formfrihet kan tyde på at dersom partene har en felles forståelse om at tilbakeholdelsen av skjøtet anses som forbehold om utvidet hevingsrett, burde tilbakeholdelsen alene være tilstrekkelig.⁶⁵ Her kan vi igjen se på eksempelet fra kapittel 1.1: selger tillater at kjøper begynner oppussingen av eiendommen før avtalt overtakelsesdato. I denne forbindelsen sier selger «du skal få lov å begynne oppussingen ettersom jeg uansett har flyttet ut, men vi beholder den formelle overtakelsesdatoen etter avtalen. Frem til oppgjøret er unnagjort, sitter jeg med skjøtet». Til dette svarer kjøper «flott; vi beholder selvfølgelig overtakelsesdato som planlagt».

Her ser vi at det kan være begge partenes intensjon at bruksovertakelsen ikke skal medføre noe rettighetstap for selger, som etter deres syn kan innebære at selger har hevingsretten i behold. Så lenge partene har felles forståelse om hva tilbakeholdelsen av skjøtet betyr, vil det avtalerettslig ikke være noen betenkeligheter i å tillegge tilbakeholdelsen nettopp denne betydningen.

Ser man vilkåret «atterhald» i avhl. § 5-3 fjerde ledd isolert kan det dermed synes at tilbakeholdelse av skjøtet er tilstrekkelig for at selger skal få utvidet hevingsrett, så lenge partene tillegger tilbakeholdelsen denne betydningen.

3.4.3 Vilkåret «atterhald» i lys av de alternative vilkårene i første punktum

Ser vi på de alternative vilkårene i § 5-3 fjerde ledd første punktum, oppstilles både overlevering og tinglysning av skjøtet, og bruksovertakelse som alternativer som alene medfører tap av hevingsrett. Dersom tilbakeholdelse av skjøtet i seg selv anses som et «atterhald» som medfører utvidet hevingsrett, synes alternativet om bruksovertakelse i første punktum å være overflødig. Ettersom lovgiver har oppstilt bruksovertakelse som selvstendig vilkår for hevingsavskjæring, er det nærliggende å anta at de ikke ønsket at stilltiende tilbakeholdelse av skjøtet i seg selv er tilstrekkelig for å utvide hevingsretten. Dette kan tale

⁶⁵ Woxholth, s. 30-31.

for at det kanskje ikke er tilstrekkelig med underforstått enighet mellom partene, slik at formfriheten i «atterhald» bør tolkes noe innskrenkende.⁶⁶

I dette kapittelet skal det vurderes om det i lys av vilkåret «overteke bruken» i avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum kreves noe mer enn stilltiende enighet om tilbakeholdelse av skjøtet for at selger anses å ha tatt «atterhald» etter andre punktum, før det i kapittel 3.5 skal vurderes hva innholdet i et slikt krav vil være.

Når det fremgår av avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum at hevingsretten står ved lag dersom selgeren «har teke atterhald om det», tilsier den språklige forståelsen at selger kan forbeholde seg hevingsrett selv der den i utgangspunktet ville gått tapt etter første punktum. Som det fremgår av drøftelsen i kapittel 3.4.2, synes ikke ordlyden å oppstille videre begrensninger i denne adgangen. Et forbehold kan tas på mange måter; når det ikke oppstilles uttrykkelige begrensninger, vil utgangspunktet være at det hersker formfrihet. Det kan imidlertid hevdes at det er en forskjell mellom å akseptere avtaleformen der partene inngår en avtale uttrykkelig muntlig, kontra å akseptere at avtale er inngått der partenes enighet har grunnlag i underforstått overensstemmelse uten at avtalen kommer tydelig til uttrykk. Om skillet mellom uttrykkelig muntlighet og underforstått overensstemmelse mellom partene har betydning for selgers adgang til å ta «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd vil jeg drøfte i kapittel 3.5.3.1.

Til tross for utgangspunktet om formfrihet, fremgår det i Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 122-123 at «[s]eljaren bør ikkje få ein utvida hevingsrett i desse tilfella berre fordi han eller ho held skøyte tilbake». Dette talar for at det ikke var meningen at tilbakeholdelse av skjøtet skulle være tilstrekkelig for å utvide hevingsadgangen.

En slik begrensning om at tilbakeholdelse av skjøtet i seg selv ikke anses tilstrekkelig for å gi utvidet hevingsadgang etter avhl. § 5-3 fjerde ledd kan imidlertid fremstå problematisk. Der utgangspunktet for stiftelse av «atterhald» er formfrihet, synes det å være en betydelig begrensning i partenes formfrihet om en av avtaleformene blir unntatt. Denne begrensningen

⁶⁶ Andenæs, s. 206.

og dens konsekvenser for partenes avtalefrihet problematiseres ikke i forarbeidene, noe som skaper usikkerhet rundt om lovgiver har begrenset formfriheten gjennomtenkt. Begrensningen kan få store konsekvenser for selgeren der partene seg imellom tror de har inngått bindende avtale på bakgrunn av felles forståelse vedrørende tilbakeholdets betydning.⁶⁷

Uttalelsen i forarbeidene om at «[s]eljaren bør ikkje få ein utvida hevingsrett i desse tilfella berre fordi han eller ho held skøyte tilbake» synes imidlertid være tilknyttet de alternative vilkårene i avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum.⁶⁸ Det er først etter denne presentasjonen av de alternative vilkårene det kommer en introduksjon av selgers mulighet til å «teke atterhald om [utvidet hevingsrett] i avtala», jf. Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 123. Slik synes utgangspunktet å være hevingsavskjæring ved bruksovertakelse selv om selger holder tilbake skjøtet, men slik at det åpnes for at et forbehold kan medføre annen løsning. Her kan det stilles spørsmål om felles forståelse mellom partene vedrørende selgers tilbakeholdelse av skjøtet kan være tilstrekkelig til å anses som avtale om «atterhald».

Uttalelsen i Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 122-123 tyder i alle fall på at det var meningen at det kreves noe mer enn bare tilbakeholdelsen før selger anses å sitte med hevingsrett etter bruksovertakelse. Hva dette 'noe mer' kan være fremgår imidlertid ikke klart av forarbeidene, og det er uklart om det kan oppstilles objektive krav til utformingen av forbeholdet, eller om partenes subjektive forståelse alene er avgjørende. Spørsmålet blir dermed om det er tilstrekkelig til å anses som et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd at selger holder tilbake skjøtet dersom partene faktisk tillegger tilbakeholdelsen denne betydningen.

Dette vil være et spørsmål om det foreligger et klarhetskrav i fastsettelsen av «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, noe som vurderes i kapittel 3.5.

⁶⁷ Bergsåker, s. 485.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 122.

3.5 Foreligger det et klarhetskrav i utformingen av et «atterhald» om utvidet hevingsrett etter avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd?

3.5.1 Innledning

Spørsmålet om felles forståelse rundt selgers tilbakeholdelse av skjøtet er tilstrekkelig til å anses som et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, vil som sagt være et spørsmål om det foreligger et klarhetskrav i selgers utforming av forbeholdet.

I kapittel 3.5.2 skal jeg drøfte om det foreligger et slikt klarhetskrav, og om et eventuelt klarhetskrav vil være en bevisregel eller et materielt formkrav i relasjonen mellom partene. Videre vil jeg i kapittel 3.5.3 vurdere hva innholdet i og terskelen for et slikt klarhetskrav vil være, hvor jeg både vil drøfte regelen de lege lata, og komme med betraktninger de lege ferenda.

3.5.2 Eksistensen av klarhetskravet

I dette kapitlet skal jeg først vurdere om et eventuelt klarhetskrav kan anses som en bevisregel om at et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd faktisk er tatt, eller om kravet vil være et materielt formkrav i relasjonen mellom partene. Deretter vil jeg avslutningsvis i kapitlet drøfte om det faktisk foreligger et slikt klarhetskrav for selger i hans utforming av et «atterhald».

Det første som vurderes er altså om et eventuelt klarhetskrav kan anses som en bevisregel eller et materielt formkrav. Et beviskrav vil foreligge der klarhetskravet er utformet for å ivareta etterprøvbareheten av at forbeholdet mellom partene faktisk er tatt, mens det vil være snakk om et materielt formkrav dersom klarhetskravet stiller krav til formen av forbeholdet, som et vilkår for at forbeholdet skal anses gyldig tatt av selger overfor kjøper.

I vurderingen om et eventuelt klarhetskrav vil være beviskrav, er utgangspunktet innenfor sivilrettslig område at det må være sannsynlighetsovervekt for en løsning for at denne skal legges til grunn, jf. Rt. 1992 s. 64 på s. 70.⁶⁹ Dette utgangspunktet står tilbake for særlige skjerpede eller lempede beviskrav som fremgår spesifikt i relasjon til en regel.⁷⁰ Spørsmålet om det det foreligger en bevisregel vil dermed være et spørsmål om det er grunnlag for å oppstille skjerpet beviskrav i vurderingen om selger har tatt «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Som utgangspunkt er hovedregelen innenfor konkursretten sannsynlighetsovervekt,⁷¹ og det fremgår ikke noe skjerpet beviskrav av ordlyden i avhl. § 5-3 fjerde ledd. Spørsmålet blir dermed om det finnes andre holdepunkter for å fravike sannsynlighetsovervektprinsippet. I en slik vurdering er det aktuelt å se hen til konsekvensene de ulike utfallene har for partene,⁷² samt å se om det finnes holdepunkter for skjerpet bevisbyrde i rettspraksis eller juridisk teori.

Tar man utgangspunkt i at partenes felles forståelse er avgjørende for om selger anses å ha tatt «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, kan det i tilfelle forståelsen ikke gir ytre uttrykk oppstå problemer hva gjelder etterprøvbareheten. Dette er særlig problematisk i relasjon til tredjepersoner, ettersom disse ikke har mulighet til å undersøke om slik hevingsrett foreligger. For fast eiendom vil hevingsrett innebære separatistrett for selger ved konkursbo hos kjøper, jf. dekl. § 7-7 andre ledd,⁷³ noe som medfører mindre verdier til kreditorfelleskapet.⁷⁴ Ettersom selger har rett til ensidig å utvide hevingsadgangen etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum, og dermed gjøre innhugg i rettighetene til kjøperens øvrige kreditorer, bør det stilles høye krav til etterprøvbareheten. Særlig der det foreligger risiko for kreditorsvik,⁷⁵ hvor partene i ettertid kan hevde at selgers tilbakeholdelse av skjøtet var ment som en utvidelse av hevingsadgangen, uten å ha tenkt over dette ved bruksovertakelsen. Regelen er her at hevingsforbeholdet må tas senest samtidig som at kjøperen overtar bruken.⁷⁶ Videre bør etterprøvbareheten være stor ettersom konkursboet i utgangspunktet går foran utinglyst

⁶⁹ Skoghøy, s. 681.

⁷⁰ Skoghøy, s. 681.

⁷¹ Andenæs, s. 160.

⁷² Skoghøy, s. 681 og 684.

⁷³ Aasebø/Madsen/Sandvik, s. 337.

⁷⁴ Andenæs, s. 155.

⁷⁵ Lilleholt 2018, s. 35.

⁷⁶ Lilleholt 2018, s. 284.

rettighet hos den enkelte kreditor, jf. tingl. § 23 første ledd. Tinglysingslovens regler kommer jeg nærmere inn på i kapittel 4. Hensynet til etterprøvbarhet og kreditorene kan tale for at det bør foreligge skjerpet beviskrav for «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Samme problem med etterprøvbarheten oppstår imidlertid også dersom det oppstilles krav om muntlig uttrykk av forbeholdet, ettersom det er enkelt for partene i ettertid å hevde at dette ble sagt uttrykkelig på avtaletidspunktet. Og det er klart at muntlig uttrykk fra selgers side oppfyller kravene til «atterhald».⁷⁷ Den eneste fordelen krav om muntlig uttrykk medfører er mer klarhet for partene, og utgjør lite forskjell overfor tredjepersoner. Et klarhetskrav synes dermed ikke å bidra til å skjerpe beviskravet til om selger har tatt «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, noe som kan tyde på at klarhetskravet er et formkrav og ikke et beviskrav.

Høyesterett uttalte i Rt. 1985 s. 1265 at ved påstand om muntlig inngåelse av avhendelse av fast eiendom må det «kreves meget sterke bevis». Dette skjerpede beviskravet ble lagt til grunn ettersom det er snakk om store verdier og store konsekvenser dersom en part blir bundet til avtale om kjøp eller salg av fast eiendom mot sin vilje, samtidig som det har formodning mot seg at man inngår såpass store avtaler på uformell måte. Selv om også vår sak omhandler avhendelse av fast eiendom, vil hensynene bak det skjerpede beviskravet ikke gjøre seg gjeldende hva gjelder bevisbyrden for om selger har tatt hevingsforbehold.

Hensynene gjør seg ikke gjeldene ettersom partene allerede har gått inn i avtale med store verdier, og kjøper etter avtalen uansett må gi fra seg husets verdi til selger. Videre har det nesten en formodning for seg at selger ønsker å ta hevingsforbehold, ettersom selger som regel ikke ønsker å la kjøper beholde huset uten å motta betaling. Hensynene som Høyesterett la til grunn for å oppstille et skjerpet beviskrav ved inngåelse av avtale om avhendelse av fast eiendom gjør seg dermed ikke gjeldende i vurderingen om selger har tatt «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Dermed er det ikke holdepunkter for et skjerpet beviskrav for å legge til grunn at selger har tatt et «atterhald», og vi må her falle tilbake på utgangspunktet om alminnelig

⁷⁷ Anderssen 2008, s. 376.

sannsynlighetsovervekt. Det tilsier at et klarhetskrav etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum ikke vil være krav til bevisstyrken.

I vurderingen om det foreligger et materielt klarhetskrav vedrørende formen på et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum, er hensynet til klarhet mellom partene relevant å ta i betraktning. Bakgrunnen for at selger må ta forbehold for å kunne heve etter bruksoverføring, er at kjøper skal bli klar over risikoen for å miste huset dersom han ikke betaler. Ettersom selger kan ta forbeholdet ensidig, kan kjøper uansett ikke forhindre at forbeholdet blir tatt. Kravet om å ta forbehold for å beholde hevingsretten ivaretar imidlertid kjøpers interesser om kunnskap og forutberegnelighet, hvor kjøperen får et varsel om at overleveringen muligens ikke er endelig.⁷⁸ Dermed vil kjøper kunne ta en mer overveid risikovurdering, og innrette seg deretter. Kjøper kan slik være mer tilbakeholden i hvilke ressurser han legger i huset frem til endelig oppgjør har funnet sted. Dette taler for at et eventuelt klarhetskrav vil være et materielt formkrav i relasjonen mellom kjøper og selger.

Videre vil et krav om uttrykkelig forbehold som materielt klarhetskrav mellom partene også være en sikkerhet for selger. Der det er usikkert om kjøper tolker atferd likt som selger, er det motsetningsvis vanskelig for kjøper å hevde i ettertid at han tolket et uttrykkelig forbehold fra selger annerledes enn meningen. Poenget her er at kjøper ikke alltid ønsker at avtalen skal tolkes i selgerens favør, og det for selger er en sikkerhet i klarhet rundt avtalen.

Dermed vil et eventuelt klarhetskrav være et materielt formkrav i selgers utforming av et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd overfor kjøper, og ikke en bevisregel som skjerper beviskravet.

Videre vil spørsmålet være om det er grunnlag for å oppstille et slikt klarhetskrav i form av et materielt formkrav for selgers utforming av et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

⁷⁸ Hagstrøm, s. 708.

Adgangen for selger til å ta hevingsforbehold er et unntak fra hovedregelen om hevingsavskjæring ved bruksovertakelse etter avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum, og et prinsipp innenfor alminnelig lovtolkning er å være forsiktig med å tolke unntak utvidende.⁷⁹ Dette særlig i tilfellene hvor utvidende tolkning får negative konsekvenser for andres rettigheter. Slik bør man være tilbakeholden med å påvise hevingsforbehold etter avhl. § 5-3 fjerde ledd dersom dette ikke fremgår klart.

I juridisk teori synes det å være bred enighet om at man oppstiller et klarhetskrav til forbeholdet før det medfører utvidet hevingsadgang. Anderssen skriver at det er tilstrekkelig at selger «muntlig eller skriftlig gir uttrykk for at han forbeholder seg retten til å heve kjøpet».⁸⁰ Her synes Anderssen å mene at selger må ha vært uttrykkelig i sitt forbehold. Likevel uttaler Anderssen kun at det anses «tilstrekkelig» med muntlighet og skriftlighet, men vurderer ikke nærmere om dette også anses nødvendig. Dermed må ytterpunktene for hva som anses nødvendig for at selger skal anses å ha tatt et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd drøftes, noe jeg kommer nærmere inn på i kapittel 3.5.3.

At hevingsforbeholdet må avtales særskilt støttes også av Andenæs, som hevder at det ikke lenger er holdbart å si at det ligger et «stilltiende hevingsforbehold i at selger behold[er] kjøpet», og at det nå kreves «et særlig forbehold».⁸¹ Slik synes Andenæs å mene at det ikke er tilstrekkelig med kun tilbakeholdelse av kjøpet, men at selger må være mer uttrykkelig i forbeholdet sitt etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Videre hevder Krokeide at på bakgrunn av konsekvensene ved utvidet hevingsrett, «bør det være klare holdepunkter for at en slik avtale foreligger».⁸² Dette kan tyde på at Krokeide mener at forbeholdet faktisk må avtales, og dette med en viss klarhet for at kravene til «atterhald» anses nådd.

⁷⁹ Boe, s. 160-162, og s. 44.

⁸⁰ Anderssen 2008, s. 376.

⁸¹ Andenæs, s. 206.

⁸² Krokeide, s. 27.

Bergsåker på sin side skriver at der det i kjøpsavtalen er inntatt en generell bestemmelse om hevingsrett, hvor det er usikkert om klausulen kan anses som et forbehold om utvidet hevingsrett etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, må man være forsiktig med å strekke tolkningen av hevingsklausulen for langt. En for utvidende tolkning ville vært lite lojalt overfor loven.⁸³ Her synes Bergsåker å mene at man må være restriktive i å påvise et «atterhald» etter § 5-3 fjerde ledd, hvor det i en generell hevingsklausul må fremkomme klart at det også er meningen å gi utvidet hevingsrett.

Lilleholt henviser til mindretallet i Rt. 1971 s. 1049, som uttalte at eiendomsforbehold for fast eiendom (tilsvarende dagens hevingsforbehold etter § 5-3 fjerde ledd andre punktum) var såpass uvanlig at det bare kunne gjøres gjeldende dersom det hadde blitt gjort helt klart for kjøperen. Til dette kommenterer Lilleholt at det riktignok må stilles krav til klarhet av forbeholdet, men at det ellers ikke synes å være grunnlag for noen generell skepsis ut fra den lovgivingen som nå gjelder.⁸⁴ Lilleholt mener altså at man må stille klarhetskrav til «atterhald» etter loven, men likevel at det ikke er grunnlag for å stille høyere krav her enn normalt. Det kan dermed synes at Lilleholt mener at alminnelige avtalerettslige prinsipper gjelder, herunder alminnelig avtale- og formfrihet, og avtalerettslige tolkningsprinsipper.

Sett i sammenheng kan forfatterens klarhetskrav tolkes dit at kravet gjelder i forholdet mellom avtalepartene. Så lenge det er klart for partene at selger har tatt hevingsforbehold, bør dette være tilstrekkelig. Ved uenighet mellom partene på bakgrunn av tolkningstvil, vil det etter alminnelig avtaletolkning gå utover parten som har formulert avtalen.⁸⁵ Etter avhl. § 5-3 fjerde ledd vil det som regel være selger som har utformet «atterhald[et]». Videre er det også selger som har nytte av hevingsforbeholdet, slik at det er hans ansvar at forbeholdet kommer tydelig nok frem.⁸⁶ På denne måten kan også eksempelvis Lilleholts uttalelse forstås som at klarhetskravet er tilknyttet klarhet i selve forståelsen partene imellom, uten nødvendigvis å oppsette spesifikke krav til formen for inngåelse av forbeholdet. Ved en slik oppfattelse burde underforstått avtale være tilstrekkelig, så lenge det er klart for begge parter at forbeholdet er tatt. Hva gjelder bevissspørsmålet kan eksistensen av et forbehold fremstå som tilstrekkelig

⁸³ Bergsåker, s. 487.

⁸⁴ Lilleholt 2015, s. 45.

⁸⁵ Woxholth, s. 440.

⁸⁶ Woxholth, s. 440.

bevist i lys av partenes etterfølgende oppførsel:⁸⁷ eksempelvis gjennom senere uttalelser, eller tilbakeholdenhet fra kjøpers side vedrørende verdiendringer på eiendommen.

Hensynet til klarhet mellom partene kan imidlertid utgjøre argument i begge veier. På den ene siden er det viktig at kjøper faktisk forstår at selger får utvidet hevingsrett, noe som kan tale for at det foreligger klarhetskrav hva gjelder utformingen. På den andre siden kan klarhetskensynet der partene står i sentrum tilsi at det er partenes forståelse som bør være avgjørende. Så lenge begge partene tolker tilbakeholdelsen av skjøtet som et hevingsforbehold, burde dette være tilstrekkelig.

Der begge partene tenker at «alle selgers rettigheter er i behold», er det imidlertid ikke sikkert kjøper har tenkt over muligheten for at dette innebærer utvidet hevingsrett for selger. Et krav om eksplisitt uttalelse av hevingsforbeholdet vil medføre sikkerhet om at kjøper er klar over muligheten for tap av eiendommen, noe man ikke kan være sikker på i tilfellene av underforstått enighet. Det er vanskelig å vite om kjøper forstår omfanget av «alle selgers rettigheter».

Slik det fremgår av en samlet oppfatning i teorien, og i lys av hensynet til at kjøper skal være informert om selgers utvidete hevingsrett, foreligger det altså et klarhetskrav i selgers utforming av hevingsforbeholdet etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Ettersom klarhetskravet ligger mellom selger og kjøper, vil kravet likevel knytte seg til forståelsen mellom partene, noe som medfører at det ikke nødvendigvis foreligger skarpe formkrav. Uten skarpe formkrav vil selgers tilbakeholdelse av skjøtet kunne spille en rolle i tolkningen av partenes avtale. Hvilken terskel klarhetskravet oppstiller, og herunder skjøtetets betydning for tolkningen av avtalen, skal drøftes i kapittel 3.5.3.

⁸⁷ Giertsen, s. 118. Også Rt. 1995 s. 821.

3.5.3 Terskelen for klarhetskravet

3.5.3.1 *De lege lata*

Ettersom det foreligger et klarhetskrav for selger i utformingen av hevingsforbehold etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, blir spørsmålet om hva terskelen for dette kravet er.

Hittil har vi hatt fokus på to ytterpunkter: enten om tilbakeholdelse av skjøtet kan være tilstrekkelig med kun underforstått enighet mellom partene, eller om selger må ha kommet med en eksplisitt uttalelse om at han forbeholder seg utvidet hevingsrett. Det kan imidlertid drøftes om terskelen for klarhetskravet bør ligge et sted mellom disse. Dette vil i så fall innebære at det ikke er nødvendig for selger eksplisitt å si at han forbeholder seg utvidet hevingsrett, men likevel at det er behov for at den felles forståelsen har fått ytre uttrykk.

Vi tar utgangspunkt i situasjonen som ble introdusert i kapittel 1.1: Selger og kjøper har avtalt overtakelsesdato 22. mars, hvor kjøper skal få nøkkel og full rådighet over huset, og samtidig motta skjøtet av selger. Til gjengjeld skal selger til samme tid få overført kjøpesummen. Dette planlegges å skje ved hjelp av oppgjørsmegler, slik at det ellers private salget skal skje så trygt som mulig. Selger godtar imidlertid at kjøper starter oppussing tidligere enn planlagt 5. mars. Partene er i denne forbindelsen tydelig på at de «beholder formell overtakelsesdato til avtalt tid den 22. mars, og selger sitter med skjøtet uten endringer frem til oppjøret er unnagjort». Det er klart at partene ikke mener at selger skal stå dårligere enn før.

I denne situasjonen kan selger imidlertid komme i en dårligere posisjon enn det partene antar seg imellom. Selger vil tape hevingsretten etter § 5-3 fjerde ledd første punktum der kjøper har «overteke bruken» av eiendommen. Her vil partene lett tenke at formell og avtalt overtakelsesdato er gjeldende, dette har de tross alt vært enige om. Som det fremkommer av den tidligere drøftelsen av vilkåret i kapittel 3.3.1, er det derimot den faktiske rådigheten som er avgjørende etter loven.⁸⁸ Avtalt overtakelsesdato er i utgangspunktet uten betydning.⁸⁹

⁸⁸ Hov/Høgberg 2016, s. 213.

⁸⁹ Bergsåker, s. 100-101.

Dersom partenes felles forståelse om at selger har alle rettigheter i behold gjennom tilbakeholdelse av skjøtet ikke er tilstrekkelig til å regnes som et «atterhald», får vi altså tilfellet hvor begge partene tror at selger står trygt gjennom deres avtale, imens lovens løsning medfører at selger mister hevingsadgangen. Dette fremstår som lite forutberegnelig for partene. Selv om det sjeldent oppstår tvist mellom partene der disse er enige, kan selgers tap av hevingsretten påberopes av andre parter, for eksempel av kjøpers konkursbo der kjøper går konkurs. Drøftelse om selgers rett overfor kjøpers konkursbo kommer jeg nærmere inn på i kapittel 4.

Poenget her er at partene har en intern forståelse om at selgers rettsstilling ikke skal bli dårligere enn dersom kjøper ikke hadde fått lov å starte oppussingen tidligere. Denne interne forståelsen er videre tydelig synlig ut fra situasjonen. Vi har dermed en situasjon hvor partenes forståelse er klart synlig, til tross for at selger ikke eksplisitt har tatt forbehold om utvidet hevingsrett. Spørsmålet blir om denne situasjonen kan være tilstrekkelig.

Vi ser at de ulike teoretikerne på den ene siden henviser til at forbeholdet kan være muntlig eller skriftlig, jf. drøftelsen i kapittel 3.5.2. De tar imidlertid ikke opp situasjonen hvor det er omstendighetene rundt som tilsier at det er tatt forbehold. På den andre siden oppstiller de et klarhetskrav, noe som kan tale for at formen på forbeholdet er irrelevant så lenge forbeholdet kommer klart nok frem. Dette kan både omfatte muntlighet og skriftlighet, men også der omstendighetene rundt er klare nok.

Dersom underforstått enighet er tilstrekkelig, vil det foreligge risiko for misforståelser og usikkerhet for partene. Riktignok foreligger det ikke usikkerhet der partene faktisk har samme oppfattelse, men risikoen for at selger og kjøper tillegger forskjellige betydninger i tilbakeholdelsen av skjøtet kan være stor der partenes forståelse ikke blir uttrykt overfor den andre.

Til tross for risikoen for misforståelse, synes hensynet til klarhet mellom partene og klarhetskravet fremstilt i teorien å oppstille klarhet mellom partene som det avgjørende i vurderingen av «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

På den ene siden av vurderingen står selgers uttalelser og oppførsel, hvor det ses til hva selger faktisk har ment. På den andre siden vil kjøper stå, hvor det vurderes hva kjøper har oppfattet ut fra selgers oppførsel. Dersom partene har tolket situasjonen likt om at selger har forbeholdt seg utvidet hevingsrett, vil dette være avgjørende. Her kan alle omstendigheter få betydning i partenes tolkning, deriblant selgers tilbakeholdelse av skjøtet.

Motsetningsvis vil selgers tilbakeholdelse av skjøtet ikke være tilstrekkelig dersom kjøper ikke oppfatter tilbakeholdelsen som et forbehold om utvidet hevingsrett. Videre er generelle forbehold ikke tilstrekkelig, dersom ikke partene tillegger forbeholdene betydning som utvidet hevingsadgang.

Momentet om kjøpers oppfattelse av situasjonen kan imidlertid ikke dras for langt, ettersom selger må anses å ta «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd der han uttrykkelig forbeholder seg retten, selv om kjøper oppfatter situasjonen feil.

Dermed synes klarhetskravet å kreve felles forståelse mellom partene, eller at selger uttrykkelig forbeholder seg utvidet hevingsrett etter avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Problemet med løsningen er at den ikke ivaretar hensynet til tredjemenn hva gjelder etterprøvnbarhet av avtaleinngåelsen. I en tvist mellom selger og tredjepersoner må imidlertid selger sannsynliggjøre at forbeholdet ble inngått, slik at notoritetshensynet i noen grad blir ivaretatt gjennom domstolens bevisvurdering.⁹⁰

⁹⁰ Sæbø, s. 136.

3.5.3.2 *De lege ferenda*

Under vurderingen om hvordan løsningen bør være kan det stilles spørsmål om det er grunn til å skille mellom situasjonene hvor selger gir kjøper adgang til å bruke huset som en type mellomløsning på lånt tid, og de situasjonene med sterkere preg av tradisjonelle kredittluffer. For å illustrere hva jeg mener med at kjøper sitter med eiendommen på 'lånt tid', vil jeg benytte eksempelet fra kapittel 1.1. Selger og kjøper har intern forståelse om at selger kun er grei og lar kjøper starte oppussingen før avtalt overtakelsesdato. Selv om loven i utgangspunktet avskjærer selgers hevingsadgang der kjøper overtar bruken av eiendommen, kan gode grunner tilsi at visse betraktninger om eiendomsforbehold kommer inn der overtakelsen kun er ment som en midlertidig løsning fra partenes side.⁹¹ Dette hvor det er tydelig at partene ikke har ment bruksovertakelsen som noen endring i eierforholdet, men mer som et midlertidig utlån av eiendommen fra selger til kjøper. At partene ikke har ment å gi kreditt, synes å ha vært avgjørende for kjøpers legalpanterett etter avhl. § 2-9 i den faste eiendommen for kjøpesummen han har betalt inn før han har overtatt rådigheten.⁹² Ettersom partene står fritt til å avtale hevingsforbehold etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum, eller eiendomsforbehold,⁹³ har det gode grunner for seg å tillate partene å avtale en mellomløsning hvor kjøpers bruk av eiendommen kun er midlertidig frem til betalingen er utført.

Denne situasjonen skiller seg fra de mer tradisjonelle kredittsituasjonene hvor selger lar kjøper flytte inn for godt som ledd i endelig gjennomføring av avtalen, uten å kreve samtidig betaling. Typisk kan dette være når avtalt overtakelsesdato kommer, og selger lar kjøper flytte inn på tross av kunnskap om forsinket betalingen. Eller der selger godtar gradvis nedbetaling av kjøpesummen på bakgrunn av kjøpers økonomi. I slike tilfeller hvor selgeren mer bevisst gir kjøper kreditt, er det mindre grunn til å beskytte selgeren.⁹⁴

Bakgrunnen for et slikt skille er at de øvrige omstendighetene ved et typisk «lånt tid»-tilfelle tydelig viser at partenes hensikten aldri var at kjøper skulle få rådigheten betingelsesløst, men heller slik at overleveringen ikke skulle være endelig før selger fikk betalingen. De beste grunner taler for å oppstille en lavere terskel for klarhetskravet i et «atterhald» i slike

⁹¹ Krokeide, s. 26.

⁹² Se Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s 76, jf. NOU 1979: 48 s. 62. Også Anderssen 2008, s. 374, jf. s. 80.

⁹³ Krokeide, s. 26.

⁹⁴ Bergsåker, s. 485.

situasjoner, ettersom tap av selgers hevingsrett vil komme overraskende på partene.⁹⁵ En slik lavere terskel ved bruksovertakelse på 'lånt tid' vil innebære at tilbakeholdelse av skjøtet vil være tilstrekkelig, ettersom de øvrige omstendighetene tydelig viser partenes intensjon.

Motsetningsvis ville det i de mer tradisjonelle kreditttilfellene stilles strengere krav til klarhet fra selgers side dersom han ønsker utvidet hevingsrett. I tradisjonelle kreditttilfeller vil selgeren enklere forstå at han yter kreditt, slik at han har større oppfordring til å ta steg for å sikre sin rettighet.⁹⁶ I slike tilfeller vil det kreves mer fra selger enn kun tilbakeholdelse av skjøtet. Dette kunne eksempelvis vært et eksplisitt uttalt forbehold om utvidet hevingsrett, eller at forbeholdet på annen måte får en tydelig utad synlig manifestasjon.

I enkelte tilfeller kan det være vanskelig å skille når bruken er overlevert på 'lånt tid', og når den er overlevert som ledd i gjennomføringen av avtalen. Et eksempel er ved oppdelt yteplikt, der selger skal tinglyse og overføre skjøtet og bruken til ulik tid, slik at det er vanskelig å sette ett tidspunkt for avtalt gjennomføring. Rettsteknisk ville det dermed vært lettere dersom fysisk bruk av eiendommen uansett var avgjørende, med lik terskel for hva som anses som hevingsforbehold etter § 5-3 fjerde ledd uavhengig av omstendighetene rundt bruksovertakelsen.

Riktignok er det rettsteknisk enklere dersom tilfellene blir behandlet likt, men det foreligger uansett behov for rettsanvenderen å tolke om selger faktisk har tatt et hevingsforbehold,⁹⁷ og å avgjøre på hvilket tidspunkt bruken av eiendommen anses overtatt av kjøper.⁹⁸ Der et skille mellom overføring på 'lånt tid' eller som ledd i gjennomføring av avtalen tidvis medfører mer arbeid for rettsanvenderen, vil det i andre tilfeller medføre mindre arbeid. Der rettsanvenderen tydelig står overfor bruksovertakelse på 'lånt tid', vil vurderingen om selger har tatt et utvidet hevingsforbehold kun innebære å se om selger fortsatt sitter med skjøtet eller ikke.

⁹⁵ Bergsåker, s. 485.

⁹⁶ Bergsåker, s. 485.

⁹⁷ Se som eksempel Rt. 1971 s. 1049.

⁹⁸ Anderssen 2008, s. 67-68.

Der det mellom partene er klart at kjøper besitter eiendommen på 'lånt tid' gjør klarhetshensynet mellom partene seg gjeldende, hvor de retts tekniske problemene som tidvis oppstår ved bevis for slike situasjoner ikke vil være sterke nok til å tilsidesette partenes avtalefrihet.

Et argument imot konstruksjonen 'lånt tid' vil være at dette ofte skjer for at kjøper skal få begynne å pusse opp, eller ellers ta i bruk eiendommen. Og det er nettopp med tanke på kompliserte hevingsoppgjør etter verdiendringer på eiendommen (som eksempelvis ved oppussing) regelen i avhl. § 5-3 fjerde ledd første punktum om hevingsavskjæring ved bruksovertakelse er utarbeidet.⁹⁹ Likevel veier ikke dette argumentet tungt imot konstruksjonen 'lånt tid' ettersom det er nettopp samme risiko for kompliserte hevingsoppgjør som oppstår dersom selger tar et uttrykkelig «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd. Og akkurat som ved uttalt hevingsforbehold vil partene ved overtakelse på 'lånt tid' være fullt klare over risikoen for at selger får tilbakeført eiendommen dersom kjøper ikke betaler ved avtalt betalingsdato. Poenget i begge situasjonene er at denne risikoen for tilbakeføring av eiendommen fremstår klart for kjøper. Vi ser at hensynet til forutberegnelighet dermed blir tilstrekkelig ivaretatt.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 66 (1991-1992) s. 122.

4 Skjøtets betydning for selgers beskyttelse overfor kjøpers øvrige kreditorer ved konkursbo

4.1 Innledning

I kapittel 4 skal det drøftes hvilken sikkerhet tilbakeholdelsen av skjøtet gir selger overfor kjøpers øvrige kreditorer i de tilfellene kjøper går konkurs. Denne drøftelsen er viktig ettersom det går et skille mellom reglene for det underliggende avtaleforholdet og rettsvernsreglene. Selv om partene seg imellom har inngått en bindende avtale etter reglene innenfor avtaleretten, er det rettsvernsreglene som styrer om denne avtalen har rettsvern overfor tredjepersoner.¹⁰⁰ At relasjonen mellom de avtalerettslige og de konkursrettslige virkningene der selger har forbeholdt seg utvidet hevingsrett etter avhl. § 5-3 fjerde ledd er problematisk, fremgår blant annet av Bergsåkers uttalelse om at «det er for øvrig ikke klart hvilken virkning et forbehold om hevingsrett forutsettes å ha for selgerens stilling i kjøperens konkurs».¹⁰¹

I hvilke tilfeller selgers rettigheter som er stiftet ved avtale vil ha rettsvern overfor kjøpers konkursbo, reguleres nærmere bestemt av tinglysingsloven, hvor § 23 første ledd oppstiller hovedregelen for når en rett stiftet ved avtale med konkursdebitor anses å nyte vern overfor et konkursbo, og § 21 tredje ledd oppstiller enkelte unntak fra kravene i § 23 første ledd. Innledningsvis i kapittel 4.2 skal jeg presentere de konkrete hensynene som begrunner reguleringen av selgers rettsvern overfor kjøpers konkursbo, hvor tingl. § 23 første ledd presenteres i kapittel 4.2.1, og tingl. § 21 tredje ledd i kapittel 4.2.2.

Videre skal jeg i kapittel 4.3 drøfte hvilken betydning et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd får i relasjonen mellom selger og kjøpers konkursbo. Til slutt i kapittel 4.4 skal jeg se på situasjonen der selger til tross for at han har holdt tilbake skjøtet ikke anses for å ha tatt et forbehold om utvidet hevingsrett etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, hvor jeg skal drøfte om

¹⁰⁰ Lilleholt 2018, s. 35.

¹⁰¹ Bergsåker, s. 484.

tilbakeholdelse av skjøtet kan gi selger en annen form for sikkerhet for kjøpesummen i den faste eiendommen.

4.2 Konkrete hensyn

4.2.1 Tinglysingsloven § 23 første ledd

For at rettigheter i fast eiendom stiftet ved avtale skal stå seg ved konkurs, fremgår det av tingl. § 23 første ledd at retten som utgangspunkt må være «registrert senest dagen før konkursåpningen».¹⁰² Etter tingl. § 23 første ledd skilles det mellom kjøperens konkrete avtalepart og det øvrige kreditorfellesskapet som et hele, hvor formålet er å løse situasjonen der disse rettigheter havner i konkurranse med hverandre.

For å sikre retter ervervet ved avtale må man etter tingl. § 23 første ledd «registrer[e]» rettighetene, noe som må gjøres «senest dagen før konkursåpning». Det er dermed registrering som avgjør om krav anses sikret, som medfører at rettigheten må respekteres også av kreditorfellesskapet ved konkursbo. Etter konkursåpningen er prinsippet at det ikke skal foretas endringer til skade for kreditorfellesskapet.¹⁰³ Registrering av krav tilknyttet den faste eiendommen vil skje gjennom tinglysing av et dokument i grunnboken, enten om rettigheten fremgår av eiendommens skjøte, eller at det tinglyses et annet dokument ved siden av skjøtet.¹⁰⁴

Ses kravet til registrering opp mot eksempelsituasjonen presentert i kapittel 1.1, vil selger som utgangspunkt måtte tinglyse sin utvidete hevingsrett sammen med skjøtet før det åpnes konkursbo hos kjøper den 15. mars. Ettersom selger ikke har tinglyst utvidet hevingsrett etter kjøpers overtakelse av eiendommen innen konkursboåpningen, vil selgers hevingsrett etter hovedregelen i tingl. § 23 første ledd ikke stå seg overfor konkursboet.

¹⁰² Andenæs, s. 248.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) s. 39. Se også kkl. § 100, og Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 102.

¹⁰⁴ Jf. tingl. § 5.

Disse skarpe vilkårene for å anse en rett som sikret har blant annet bakgrunn i prosessøkonomiske hensyn, ettersom kompliserte undersøkelser av faktiske eierforhold og tvister om dette er kostbare prosesser som foregår på konkursboets risiko og regning.¹⁰⁵ Et grunnleggende prinsipp innenfor konkursretten er et mål om mest mulig verdier til dekning av kreditorfellesskapet.¹⁰⁶

Videre gir tinglysning av rettigheter i eller sammen med skjøtet god etterprøvnbarhet, som er viktig ettersom notoritet er et sentralt hensyn innenfor konkursretten.¹⁰⁷ Ved krav om registrering for å sikre rettigheter unngås kreditorsvik, ved at kun rettigheter som fremgår av skjøtet eller tilsvarende registrerte dokumenter nyter beskyttelse overfor tredjeparter.¹⁰⁸ Lovens bestemmelser må altså tolkes med utgangspunkt i et strengt notoritetskrav, hvor tinglysning av rettigheter i skjøtet er hovedregelen for at rettighetene står seg overfor konkurs.¹⁰⁹

Det fremgår imidlertid et unntak fra kravet om registrering senest dagen før konkursåpningen i tingl. § 23 første ledd, for «de tilfeller som er nevnt i tingl. § 21 tredje ledd». Hensynene bak dette unntaket behandler jeg under kapittel 4.2.2.

4.2.2 Tinglysningsloven § 21 tredje ledd

Etter tingl. § 21 tredje ledd går rettsstiftelser som skjer gjennom «forbehold ved avhendelse eller annen eiendomsovergang» foran rettsserverv som utledes fra ny eier såfremt forbeholdet enten fremgår av den nye eierens hjemmelsdokument eller «registreres senest samme dag som dette». Som følge av henvisningen til tingl. § 21 tredje ledd i § 23 første ledd kommer førstnevnte bestemmelse også til anvendelse der selgers konkurrent ikke er en ny eier, men et

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 103.

¹⁰⁶ Lilleholt 2018, s. 35.

¹⁰⁷ Lilleholt 2018, s. 35-36.

¹⁰⁸ Andenæs, s. 248.

¹⁰⁹ Andenæs, s. 248-249.

konkursbo.¹¹⁰ Dette tilsier at forbehold inngått ved avtale står seg overfor konkursbo, dersom forbeholdet fremgår av det registrerte skjøtet, eller der det registreres senest samtidig med at skjøtet registreres.

Et spørsmål er om forbeholdet må være registrert ved åpningen av konkursboet, eller om det kan registreres i ettertid. Her synes ordlyden klar, hvor det ikke oppstilles andre krav enn at forbeholdet må «registreres senest samme dag» som skjøtet. Dette tilsier at dersom skjøtet enda ikke er tinglyst kan avhender fortsatt registrere forbeholdet sitt, uavhengig av om dette skjer før eller etter konkursåpningen.¹¹¹ Sett opp mot eksempelsituasjonen fra kapittel 1.1, vil selger kunne registrere et hevingsforbehold så lenge han fortsatt sitter med skjøtet. Denne muligheten har han i behold selv etter kjøper går konkurs 15. mars.

I tilfellene som omfattes av tingl. § 21 tredje ledd er det til motsetning fra tingl. § 23 første ledd den enkelte avtalepart uten tinglyst rettighet som går foran kreditorfellesskapet. Et viktig hensyn innenfor konkursretten er at konkursboet ikke vinner bedre rett enn det konkursdebitor hadde,¹¹² som for avtalemotparten innebærer at han ikke skal miste rettigheter når debitor går konkurs. Dersom selger fortsatt kan sikre sitt krav overfor kjøper, skal han ha samme mulighet i behold overfor kjøpers konkursbo – han har enda ikke gitt kjøper usikret kreditt.

Videre ville det vært en urimelig fordel om konkursboet kunne tatt kun de positive delene av den uregistrerte avtalen, og luke ut selgers rettigheter. Etter dekl. § 7-3 første ledd må konkursboet velge om de vil tre inn i debitors avtaler, hvor boet i utgangspunktet enten må tre inn i avtalen i sin helhet, eller ikke tre inn i det hele tatt, jf. dekl. § 7-4 første ledd. Dette ville stilt seg annerledes dersom selger hadde registrert avhendelsen gjennom tinglysing av skjøtet, uten samtidig å sørge for sikkerhet for sine rettigheter.¹¹³

¹¹⁰ Hov/Høgberg 2016, s. 216.

¹¹¹ Hov/Høgberg 2016, s. 216.

¹¹² Lilleholt 2018, s. 34.

¹¹³ Andenæs, s. 248.

Så lenge selger kan sikre sitt krav overfor kjøper gjennom besittelse av skjøtet, kan han dermed også sikre sitt krav overfor kjøpers konkursbo.¹¹⁴ I hvilke tilfeller selger fortsatt kan sikre kravet sitt overfor kjøper etter tingl. § 21 tredje ledd, drøfter jeg nærmere i kapittel 4.3.1.

4.3 Hvilken betydning vil et «atterhald» etter avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd få i relasjonen mellom selger og kjøpers konkursbo?

4.3.1 Forholdet mellom «atterhald» i avhendingsloven § 5-3 fjerde ledd og «forbehold» i tinglysingsloven § 21 tredje ledd

I dette kapittelet skal det drøftes om det er samme terskel for hva som omfattes av «forbehold» i tingl. § 21 tredje ledd som hva som anses som «atterhald» i avhl. § 5-3 fjerde ledd. Drøftelsen forutsetter at selger anses for å ha tatt et hevingsforbehold overfor kjøper etter avhl. § 5-3 fjerde ledd, og er viktig for å avgjøre om forbeholdet står seg overfor kjøpers konkursbo etter rettsvernsreglene i tingl. § 21 tredje ledd.

Ser vi på vilkåret «forbehold» i tingl. § 21 tredje ledd, skal forbeholdet bestå av en «[r]ettsstiftelse». Her er det ikke krav om at rettsstiftelsen skal angå finansieringen av kjøpet, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 311, slik at bestemmelsen åpner for alle typer rettsstiftelser. Slik vil utvidet hevingsrett tatt gjennom forbehold også være en «[r]ettsstiftelse» som omfattes av bestemmelsen.¹¹⁵

Ordlyden i tingl. § 21 tredje ledd gir lite veiledning til tolkningen av hva som anses som «forbehold». Det fremgår imidlertid at forbeholdet må gjøres «ved avhendelse eller annen eiendomsovergang», noe som gjør det naturlig å se på reguleringen rundt avhendelsen for veiledning. Formuleringen kan forstås som henvisning til at forbeholdet må være hjemlet innenfor avhendelsesreglene. Dette støttes av Falkangers uttalelse om at «forbehold» etter

¹¹⁴ Andenæs, s. 206.

¹¹⁵ Hov/Høgberg 2016, s. 216.

tingl. § 21 tredje ledd foreligger der et forbehold er «tatt i forbindelse med eiendomsovergang».¹¹⁶ Ut fra dette må man altså se hen til situasjonen for eiendomsovergangen, noe som i dag reguleres av avhl. § 5-3 fjerde ledd.

Ser vi videre hen til hevingsgrunnlaget for selger i tilfelle konkurs hos kjøper, dekl. § 7-7, fremgår det av andre ledd at dersom den annen part (konkursdebitors avtalemotpart, her selgeren) før åpning av konkursen helt eller delvis har levert sin ytelse, kan vedkommende for den leverte del fortsatt heve dersom det er «tatt gyldig forbehold om tilbakeføring av ytelsen». For at et forbehold skal være gyldig, må man se til hjemmelen for å ta et slikt forbehold, som i vår situasjon er avhl. § 5-3 fjerde ledd.¹¹⁷ At det er samme terskel for hva som er et «atterhald» etter avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum og «forbehold om tilbakeføring» etter dekl. § 7-7 andre ledd første punktum er videre antatt i teorien, se Lilleholt.¹¹⁸

På bakgrunn av hensynet til sammenheng innenfor konkursrettens område, bør terskelen for hva som anses som forbehold etter dekl. § 7-7 andre ledd og tingl. § 21 tredje ledd være den samme.¹¹⁹ En slik løsning gir også best forutberegnelighet for konkursdebitors avtalemotparter. Til slutt synes det å være forutsatt av Lilleholt at tingl. § 21 tredje ledd bare henviser til forbehold hjemlet i andre bestemmelser.¹²⁰ Slik oppsetter ikke tingl. § 21 tredje ledd selvstendig terskel for hva som er et forbehold, og man må se hen til opprinnelig hjemmel for forbeholdet og det underliggende avtaleforholdet.

Terskelen for «atterhald» i avhl. § 5-3 fjerde ledd andre punktum og «forbehold» i tingl. § 21 tredje ledd er dermed den samme.¹²¹

¹¹⁶ Falkanger, s. 154.

¹¹⁷ Aasebø/Madsen/Sandvik, s. 337. Jf. også NOU 1972: 20 s. 321.

¹¹⁸ Lilleholt 2015, s. 51.

¹¹⁹ Jf. også Andenæs, s. 206.

¹²⁰ Lilleholt 2015, s. 44-45.

¹²¹ I samme retning: Hov/Høgberg 2016, s. 216.

4.3.2 Betenkeligheter knyttet til selgers rett til ensidig å utvide hevingsretten

Etter avhl. § 5-3 fjerde ledd kan selger ensidig ta forbehold om utvidet hevingsrett overfor kjøper. Selv om det synes klart at slike forbehold står seg overfor kjøpers konkursbo i lys av drøftelsen av tingl. § 21 tredje ledd, jf. § 23 første ledd ovenfor i kapittel 4.3.1, er det visse betenkeligheter knyttet til selgers rett til å ta slike forbehold. I dette kapittelet skal jeg se på disse betenkelighetene knyttet til selgers adgang til ensidig å utvide hevingsretten, og om adgangen likevel kan rettferdiggjøres ut fra en avveining mellom interessene til selger og kjøpers øvrige kreditorer.

Ved ensidig å utvide hevingsretten og slik få separatistrett til eiendommen, vil selger begrense rettighetene til kreditorfellesskapet ved konkursbo.¹²² Dette kan han gjøre gjennom muntlig avtale med kjøper, en avtale som etter tingl. § 21 tredje ledd får midlertidig rettsvern fra øyeblikket den inngås frem til skjøtet blir tinglyst, uten krav til registrering av forbeholdet i mellomtiden.¹²³ Videre er det ikke krav om skriftlighet, noe som gjør det vanskelig å bevise hva som faktisk ble avtalt på avtaletidspunktet. I relasjonen mellom kjøper og selger gjør ikke disse betenkelighetene seg gjeldende, ettersom kjøper er fullt klar over avtalens innhold. Denne strukturen åpner imidlertid opp for kreditorsvik, hvor partene i ettertid kan hevde noe annet enn det som faktisk ble avtalt.

Innenfor konkursretten står hensynet til notoritet svært sentralt.¹²⁴ Hensynet innebærer at avtaler og rettigheter som begrenser kreditorfellesskapets verdier skal kunne etterprøves, og dette på en betryggende og retts teknisk enkel måte.¹²⁵ At selger etter avhl. § 5-3 fjerde ledd ensidig kan begrense kreditorfellesskapets rettigheter uten at dette engang er etterprøvbart kan dermed synes betenkelig.

På den andre siden har heller ikke overgangen av eiendomsretten til eiendommen blitt registrert der skjøtet enda ikke er tinglyst. Så lenge selger fortsatt kan sikre rettighetene sine

¹²² Deknl. § 7-7 andre ledd

¹²³ Hov/Høgberg 2016, s. 216.

¹²⁴ Lilleholt 2018, s. 35-36.

¹²⁵ Andenæs, s. 245.

etter tingl. § 21 tredje ledd, må avtalen ses på som en helhet. Dette må ses i lys av at selger enda ikke har gitt kjøper usikret kreditt.

Til slutt vil kreditorfellesskapet sjeldent komme mye dårligere ut ved avtaleheving enn dersom avtalen hadde blitt gjennomført. Hovedregelen i kjøpsforhold er at hevingen skjer med tilbakevirkende kraft (heving *ex tunc*), altså at partene leverer tilbake de ytelsene de har mottatt.¹²⁶ I tillegg er det bredt antatt i juridisk teori at kjøper kan kreve kompensasjon for eventuell verdiøkning han har tilført eiendommen. Dette på bakgrunn av berikelsesprinsipper og hensynet til et mest mulig rettferdig hevingsoppgjør.¹²⁷

Tidvis vil imidlertid kreditorfellesskapet tape ved heving fra selger. Et av hovedprinsippene bak hevingsretten er at den krenkede parten ved hevingsoppgjøret stilles økonomisk likt som om avtalen hadde blitt gjennomført (dog i dag finnes visse lovbestemte begrensninger fra dette utgangspunktet, men disse går jeg ikke nærmere inn på her).¹²⁸ Der eiendommen har blitt utsatt for verdiforringelse utover normal bruk,¹²⁹ der selger må foreta deknings salg av eiendommen for lavere sum enn avtalt med konkursdebitor,¹³⁰ samt der selger har krav på vederlag for nytteverdien kjøper har hatt i tiden han har brukt eiendommen (eksempelvis sparte boutgifter),¹³¹ får selger et erstatningskrav mot konkursdebitor, jf. avhl. § 5-4. I slike tilfeller kommer konkursboet dårligere ut enn dersom avtalen hadde blitt gjennomført.

Til tross for betenkelighetene knyttet til at selger ensidig kan forbeholde seg retten til heving etter overlevering av den faste eiendommen til kjøper, står hensynene til selger likevel sterkere enn konkursboet i slike tilfeller, ettersom selger ikke har gitt kjøper usikret kreditt så lenge han har hevingsretten i behold. Dette står i motsetning til kjøperens øvrige usikrede kreditorer, hvor de fleste selv har tatt risikoen med å gi konkursdebitor usikret kreditt, og dermed ikke har særlig beskyttelsesverdige interesser i konkurransen med selger (dog vil det i begrunnelsen være en forskjell mellom frivillige og ufrivillige kreditorer, men dette går jeg

¹²⁶ Hov/Høgberg 2016, s. 197.

¹²⁷ Hov/Høgberg 2016, s. 221.

¹²⁸ Hov/Høgberg 2016, s. 267.

¹²⁹ Lilleholt 2017, s. 319.

¹³⁰ Rt. 2011 s. 1299, avsnitt 34. Også Hov/Høgberg 2016, s. 272.

¹³¹ Hov/Høgberg 2016, s. 220.

ikke nærmere inn på her¹³²).¹³³ Regelen om at selger ensidig kan forbeholde seg utvidet hevingsrett fremstår dermed fornuftig til tross for at hevingsretten går på bekostning av kjøperens øvrige kreditorer der kjøper går konkurs.

4.4 Er det mulig å se på tilbakeholdelsen av skjøtet som en form for pantesikkerhet for kravet til selger i den faste eiendommen?

For denne drøftelsen forutsettes det at tilbakeholdelsen av skjøtet i seg selv ikke gir selger rett til utvidet hevingsadgang etter avhl. § 5-3 fjerde ledd. Der tilbakeholdelsen ikke gir utvidet hevingsadgang er utgangspunktet at selger ikke kan heve, men likevel at han som utgangspunkt heller ikke har plikt til å gi fra seg skjøtet før han mottar betaling.¹³⁴ At han ikke har slik plikt fremgår av avhl. § 5-5, hvor selger har rett til å holde tilbake skjøtet dersom kjøper ikke yter etter avtalen. Kjøper kan ikke kreve utlevert skjøtet der tilbakeholdelsen skyldes hans eget mislighold, jf. avhl. § 4-1 første ledd.¹³⁵ Dette står seg annerledes dersom selger har gitt kjøper kreditt, da kjøperens manglende betaling i slikt tilfelle ikke anses som et mislighold, jf. avhl. § 5-5. Spørsmålet blir hvilken trygghet tilbakeholdelse av skjøtet her gir overfor kjøpers konkursbo.

Som nevnt i kapittel 4.2.2 er utgangspunktet at konkursboet ikke får bedre rett overfor selger enn det konkursdebitor selv hadde, noe som har grunnlag i prinsippet om at ingen kan overføre større rett enn de selv har.¹³⁶ Dette tilsier at heller ikke konkursboet kan kreve skjøtet utlevert uten å innfri selgers krav på ytelse.¹³⁷

Konsekvensene av tilbakeholdsretten er at tilbakeholdelsen av skjøtet i utgangspunktet fungerer som et passivt pressmiddel fra selger for å få kjøper til å yte etter avtalen.¹³⁸

¹³² Sæbø, s. 134.

¹³³ Øyen, s. 745

¹³⁴ Krokeide, s. 27.

¹³⁵ Hov/Høgberg 2016, s. 111.

¹³⁶ Lilleholt 2018, s. 34.

¹³⁷ Lilleholt 2018, s. 34.

¹³⁸ Krokeide, s. 27.

Tilbakeholdelse av skjøtet gir ikke selger noen faktisk rådighet over huset, men hindrer at kjøper får full rådighet på sin side. Dermed får kjøper insentiv til å betale kjøpesummen. Et unntak fra selgers tilbakeholdsrett der kjøper ikke har betalt foreligger der selger har «gitt kjøparen utsettelse med betalinga», jf. avhl. § 5-5. Spørsmålet blir om selger har gitt kjøperen slik utsettelse ved å la kjøper overta bruken før han har betalt.

Ved å overlate bruken av eiendommen til kjøper før selger har mottatt betaling, kan det hevdes at selger har ytt sin del av avtalen uten krav til samtidig yting fra kjøper. Dette kan tyde på at selger har «gitt kjøparen utsettelse med betalinga». Se i denne retningen Martinussen, som hevder at ved å overføre bruken av eiendommen uten å motta betaling fra kjøper, har selger i realiteten gitt kjøper kreditt.¹³⁹ Selgers ytelse ved avhendelse av fast eiendom består imidlertid av to hoveddeler (selgeren kan ha andre sideplikter også, men disse er de to viktigste): både ytelse av den faktiske rådigheten (bruken av eiendommen), og ytelse av den formelle rådigheten (tinglysning og overlevering av skjøtet).¹⁴⁰ Det må her vurderes om selger taper retten til å holde tilbake skjøtet som følge av at han overleverer bruken av eiendommen.

Etter ordlyden vil tilbakeholdsretten medføre at selger ikke plikter å «gi skøyte eller overlate bruken av eiegdomen» til kjøper. Dette gir selger rett til å holde tilbake begge, eller én av delene, alt etter hva som er nødvendig for at kjøper oppfyller sine plikter.¹⁴¹ Dette taler for at selger ikke mister tilbakeholdsretten av skjøtet bare fordi han overleverer bruken.¹⁴²

Videre argumenterer Bergsåker for at det kreves «relativ klar tale og god dokumentasjon» for at noen skal anses for å ha gitt betalingsutsettelse.¹⁴³ Ved å se dette opp mot eksempelsituasjonen i kapittel 1.1, har partene avtalt at overlevering av skjøtet og betaling av kjøpesummen skal skje samtidig (22. mars). Selger har altså ikke «gitt kjøparen utsettelse med

¹³⁹ Martinussen, s. 199-200.

¹⁴⁰ Hov/Høgberg 2016, s. 98, og Bergsåker, s. 482.

¹⁴¹ Anderssen 2008, s. 383.

¹⁴² Krokeide, s. 27.

¹⁴³ Bergsåker, s. 493.

betalinga» i relasjon til utlevering av skjøtet, ettersom det er klart at selger ikke har levert eller tenkt å levere fra seg dette før kjøper betaler.

Å se bruken av huset og overlevering av skjøtet som ulike ytelser som selger kan holde tilbake uavhengig av om selger har ytt den andre ytelsen fremstår også som fornuftig. Begrunnelsen bak tilbakeholdsretten er prinsippet om ytelse mot ytelse, hvor selger ikke skal tape mer rett enn den risikoen han faktisk tar. Det er knyttet selvstendige rettsvirkninger til både overlevering av skjøtet og overlevering av bruken, samtidig som at ytelsene blir klassifisert som to ulike ytelser.¹⁴⁴ Selv om selgeren overgir bruken av eiendommen uten å motta samtidig betaling, vil ikke dette medføre bortfall av hans rett til tilbakeholdelse av skjøtet frem til kjøper betaler.

Selv om selger har tilbakeholdsrett til skjøtet etter avhl. § 5-5, kan det fremstå noe usikkert hvilken sikkerhet dette gir. Spørsmålet blir dermed hvilken sikkerhet tilbakeholdelsesretten etter § 5-5 gir selgeren.

Det er klart at tilbakeholdsretten etter avhl. § 5-5 ikke gir selger mulighet til å tvinge kjøper til å selge huset videre for å få pengene. Dette må i stedet gjøres gjennom normale prosedyrer for inndrivelse av krav.¹⁴⁵ En tilbakeholdsrett vil dermed kun fungere som et passivt oppfyllellespress, hvor kjøper ikke vil motta det han har krav på før han selv oppfyller etter avtalen.¹⁴⁶ Dette er utslag av gjensidighetsbetraktninger og prinsippet om ytelse mot ytelse.

Ettersom tilbakeholdsretten etter avhl. § 5-5 kun fungerer som et passivt oppfyllellespress, må det vurderes om det finnes andre hjemler som gir selger rett til å fremtvinge betaling av kjøpesummen etter åpning av konkursbo hos kjøperen (altså om selger kan anses som å ha særrett som går foran rettighetene til konkursboet). Behovet oppstår ettersom vanlige

¹⁴⁴ Krokeide, s. 27.

¹⁴⁵ Bergsåker, s. 481.

¹⁴⁶ Krokeide, s. 27.

inndrivelsesmetoder ikke vil skaffe selger full dekning, all den tid kjøper er insolvent og kjøperens midler ved konkursbo som utgangspunkt skal fordeles likt på kreditorene.¹⁴⁷

Det fremgår av forarbeidene at det «etter avhendingslova kan synast uklårt om seljaren utan særskilt avtale har panterrett i eigedommen for restkjøpesummen der overtaking skjer før skøyte er tinglyst». Dette begrunnes med at uten slikt underforstått forbehold om oppgjør, kan regelen om hevingsavskjæring ved bruksovertakelse gi urimelige utslag.¹⁴⁸ Disse uttalelsene kan imidlertid tolkes slik at det burde vært tilknyttet panterrett der selger holder tilbake skjøtet, men at det ikke nødvendigvis er lovens løsning per dags dato.

Flere teoretikere tar også til orde for å anse kjøpesummen som en heftelse på eiendommen som et resultat av tilbakeholdt skjøte. Lilleholt hevder dette etter han fastslår at konkursboet ikke kan kreve registerhjemmel før kjøpesummen er betalt.¹⁴⁹

Slik synes både forarbeidene og teoretikerne å mene at tilbakeholdelse av skjøtet kan medføre at kjøpesummen anses som en heftelse på eiendommen. Dersom heftelsen skulle vært en panterrett, ville den i utgangspunktet måtte blitt tinglyst for å få rettsvern overfor tredjepersoner, jf. pantel. § 2-5 første ledd. Rettighetshaver vil imidlertid kunne sikre sitt krav så lenge han fortsatt sitter med skjøtet, jf. tingl. § 21 tredje ledd, jf. § 23 første ledd.

At selger skal kunne sikre sitt krav så lenge han sitter med skjøtet forutsetter imidlertid at selger faktisk har et krav, noe som må vurderes ut fra partenes avtale. I eksempelet fra kapittel 1.1 hvor selger og kjøper har avtalt formell overtakelsesdato 22. mars, er planen at skjøtet skal tinglyses og overleveres samtidig med mottakelse av pengene. Ved avtale om samtidig ytelse vil det ikke være meningen med noe utestående kjøpesum, slik at avtalen normalt kan tolkes dit at det ikke er avtalt pant.

¹⁴⁷ Sæbø, s. 132-134.

¹⁴⁸ NOU 1993: 20 s. 35.

¹⁴⁹ Lilleholt 2018, s. 285.

Videre vil det heller ikke være naturlig å tillegge tilbakeholdelsen av skjøtet en legalpanterett for resterende kjøpesum tilsvarende den kjøper har etter avhl. § 2-9, all den tid lovgiver ikke har valgt å lovfeste en slik adgang for selger.

Imidlertid kan synet om at kjøpesummen hviler som heftelse på eiendommen så lenge selger holder tilbake skjøtet begrunnes i betraktninger om selgers tilbakeholdelsesrett etter avhl. § 5-5. Dersom konkursboet eller suksessorer ønsker utlevering av skjøtet, må de faktisk betale kjøpesummen til selger.

5 Avslutning

Selv om selger kan miste hevingsretten overfor kjøper til tross for at han sitter med skjøtet, gir reglene om tilbakeholdelsesrett i avhl. § 5-5 tilstrekkelig beskyttelse for selgers krav i relasjonen til kjøper. Selger kan her sitte på skjøtet som et passivt oppfyllellespress mot kjøper, eventuelt som en sikkerhet frem til han skaffer grunnlag for tvangsinn drivelse av kravet.

Overfor konkursboet til kjøper gir imidlertid ikke tilbakeholdsretten av skjøtet selger noen rett til å tvinge frem betaling av kjøpesummen. I lys av selgers tilbakeholdsrett etter avhl. § 5-5 kan selger og det øvrige kreditorfellesskapet ende i en låst situasjon, hvor selger ikke kan kreve kjøpesummen, og konkursboet ikke kan kreve utlevering av skjøtet.¹⁵⁰ Boet vil ikke kunne selge den faste eiendommen og la verdien gå til dividendefordelingen, all den tid den formelle legitimasjonen fortsatt ligger hos opprinnelige selger. Selger på sin side vil heller ikke ha mulighet til å dra nytte av eiendommens verdi for å dekke sitt krav, ettersom selve eiendommen og den faktiske rådigheten ligger hos konkursboet. Tilbakeholdsretten vil kun være et passivt oppfyllellespress, og partene vil i denne situasjonen bli henvist til å finne en løsning på problemet selv.

¹⁵⁰ Lilleholt 2015, s. 51.

Litteraturliste

- Andenæs Mads Henry Andenæs: Konkurs, 3. utgave, Oslo 2009
- Anderssen 2008 Harald Benestad Anderssen: Avhendingsloven – med kommentarer, Oslo 2008
- Anderssen 2014 Harald Benestad Anderssen: Forfordeling av mangelsrisiko ved omsetning av brukte boliger mellom privatpersoner – en kritisk analyse ut fra den typiske partskonstellasjonen, Tromsø 2014
- Bergsåker Trygve Bergsåker: Kjøp av fast eiendom – med kommentarer til avhendingsloven, 5. utgave, Oslo 2013
- Boe Erik Magnus Boe: Grunnleggende juridisk metode – En introduksjon til rett og rettstenking, 3. utgave, Oslo 2012
- Brækhus/Hærem Sjur Brækhus og Axel Hærem: Norsk Tingsrett, Oslo 1964
- Falkanger Thor Falkanger: Prioritetsforholdet mellom heftelser i fast eiendom, Tidsskrift for rettsvitenskap 1973 s. 147-218
- Giertsen Johan Giertsen: Avtaler, 3. utgave, Oslo 2014
- Hagstrøm Viggo Hagstrøm: Obligasjonsrett, 2. utgave, Oslo 2011
- Hov Jo hov: Avtalerett, 3. utgave, Oslo 1993
- Hov/Høgberg 2009 Jo Hov og Alf Petter Høgberg: Alminnelig avtalerett, Oslo 2009
- Hov/Høgberg 2016 Jo Hov og Alf Petter Høgberg: Obligasjonsrett, Oslo 2016
- Krokeide Kjetil Krokeide: Foreldelse ved overføring av eiendomsrett til fast eiendom, Lov og Rett nr 1-2 2005 s. 3
- Lilleholt 1996 Kåre Lilleholt: Legitimasjon, publisitet og notoritet, Jussens Venner 1996 s. 69-97
- Lilleholt 2015 Kåre Lilleholt: Oppgjør ved egedomskjøp utan usikra kreditt, Lov og Rett 2015 s. 39-57
- Lilleholt 2017 Kåre Lilleholt: Kontraktsrett og obligasjonsrett, Oslo 2017
- Lilleholt 2018 Kåre Lilleholt: Allmenn Formuerett – Fleire rettar til same formuesgode, 2. utgave, Oslo 2018
- Løken Henriette Christie Løken: Mangler ved eiendomssalg, Oslo 1985

- Marthinussen Hans Fredrik Marthinussen: Tredjemannsproblemene – Om formuerettslige argumentasjonsmønstre, Oslo 2016
- Martinussen Roald Martinussen: Avhendingsrett – Innføring i eiendomskjøpsrett, Oslo 2007
- Monsen Erik Monsen: Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk, Oslo 2012
- Nygaard Nils Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave, Bergen 2004
- Skoghøy Jens Edvin A. Skoghøy: Tvistemål, 2. utgave, Oslo 2001
- Smith/Glærum Marianne Smith og Marianne Glærum: Avhendingsloven – til hjelp eller besvær? Oslo 1998
- Sæbø Rune Sæbø: Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs, Lov og Rett 1996 s. 123-141
- Woxholth Geir Woxholth: Avtalerett, 10. utgave, Oslo 2017
- Øyen Ørnulf Øyen: Kravet til konneksitet ved utøvelse av detensjonsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett, Tidsskrift for rettsvitenskap 1998 s. 711-762
- Aasebø/Madsen/Sandvik Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik: Dekningsloven – med kommentarer, Oslo 2015

Lovregister

Avhl.	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eige-dom (avhendingslova, avhl.)
Tingl.	Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysingsloven, tingl.)
Deknl.	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven, deknl.)
Pantel.	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven, pantel.)
Kkl.	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven, kkl.)
Tvangsl.	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven, tvangsl.)