

Er det opptrinnsrett for utlegg ved bortfall av rettsvernet for den foranstående panteheftelsen i fast eiendom?

Kandidatnummer: 218710

Veileder: Hans Fredrik Marthinussen

Antall ord inkludert fornoter: 14 857



JUS399 Masteroppgave

UNIVERSITETET I BERGEN

02.06.2014

INNHOOLD

1	INNLEDNING	4
1.1	Presentasjon av problemstillingen	4
1.2	Plassering av tema	4
1.3	Problemstillingens aktualitet	5
1.4	Avgrensninger og forutsetninger	5
2	PRIORITET	6
2.1	Utgangspunkt og hovedregel	6
2.2	Prioritet og rettsvern	6
2.3	Fastleggelsen av prioriteten	6
2.3.1	Fastleggelsen av avtalte rettsstiftelsers prioritet	6
2.3.2	Fastleggelsen av prioriteten til utleggspant	7
2.4	Oversikt over kollisjonsreglene for rettsstiftelser i fast eiendom	7
3	OPPTRINNSRETTEN	8
3.1	Alminnelige prinsipper	8
3.2	Opptrinnsrett for panteheftelser i fast eiendom	8
3.3	De reelle hensynene bak reglene om opptrinnsrett	9
3.3.1	Utlegg og kreditorbeslag	9
3.3.2	Frivillig avtaleervert	9
3.4	Opptrinnsretten i annen lovgivning	10
3.5	Bør luftfartsloven og burettslagslova anvendes analogisk på fast eiendom?	11
3.6	Rettstekniske hensyn og hensynet til sammenheng og konsekvens i regelverket	12
4	OPPTRINNSRETTEN FOR UTLEGGSPANT	13
4.1	De ulike grunnlagene for bortfall av tinglysningsvirkningen	13
4.1.1	Ugyldighet, foreldelse og omstøtelse	13
4.1.2	Foreldelse av rettsvernet	14
4.2	Sondring mellom forskjellige typetilfeller?	15
5	HVA SIER EGENTLIG RETTSKILDENE?	16
5.1	Betydningen av reguleringen i luftfartsloven og burettslagslova	16
5.1.1	Luftfartslovens § 3-29 annet punktum er ikke videreført i burettslagslova av 2006	16
5.2	Nærmere om forarbeidene	17
5.2.1	Forarbeidene til luftfartsloven bygger på utkastet til ny tinglysningslov	17
5.2.2	Forholdet til opplåningsretten	19
5.2.3	Forarbeidene til burettslagslova av 2003	19
5.3	Rettspraksis	20
5.3.1	Rt. 1930 s. 1120	20
5.3.2	RG 1957 s. 585	22
5.4	Oppfatningen i den juridiske teori	23
5.5	I hvilken retning trekker egentlig de ulike reelle hensynene?	25
5.5.1	Utgangspunkt – preventive hensyn	25
5.5.2	Notoritets hensynet	26
5.5.3	Hensynet til å unngå «trekantede» prioritetskonflikter	28
5.6	Bør løsningen være å falle tilbake på tidligere ulovfestet rett, og hva er i så fall den ulovfestede regelen?	29
6	LITTERATURLISTE	31
6.1	Lover	31
6.2	Bøker og artikler	31

6.3	Forarbejder.....	32
6.4	Rettspraksis.....	32

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Hovedregelen om kreditorbeslag fremgår av dekl. § 2-2, som viser til at kreditorene kan ta beslag i alle "formuesgoder" som "tilhører" skyldneren "på beslagstiden". Av dette kan det utledes at alle tilgjengelige midler skal tjene til dekning, så fremt det ikke allerede foreligger rettigheter som kreditorene må respektere. Dersom rettsvernet for en panteheftelse faller bort, oppstår spørsmålet om dette får betydning for prioritetsforholdet mellom panteheftelsene.

For kreditorekstinksjon er det ikke noe spørsmål om aktsom god tro hos den enkelte kreditor¹. I teorien er det hevdet at den rettsstiftelsen som nå er uten rettsvern ikke lenger er vernet mot nye utlegg eller avtaleervert i god tro². Videre er det hevdet at et utlegg tinglyst på dårligere prioritet enn den heftelsen som har rettsvern, må rykke opp ved bortfallet av rettsvernet for den foranstående heftelsen³.

Opgavens problemstilling er derfor om det i norsk rett i dag er opptrinnsrett for utleggspant i de situasjoner der rettsvernet for den foranstående panteheftelsen bortfaller. Den rettslige konflikten står altså mellom to panthavere i det samme formuesgode, henholdsvis utleggstaker og innehaver av den panterett som har mistet rettsvernet, og som begge hevder å ha panterett på samme prioritet.

Som vi skal se, har problemstillingen skapt mye juridisk hodebry. Problemet er ofte ikke at rettsvernet *i seg selv* har falt bort. Vanskelighetene oppstår gjerne først på et senere tidspunkt, dersom flere hevder å ha krav på samme prioritet. Et nærliggende og aktuelt eksempel er tvangsrealisasjon av fast eiendom. Særlige spørsmål oppstår dersom det i mellomtiden er kommet et nytt utlegg. Dersom realisasjon av pantet ikke gir full dekning til alle panthavere, blir prioritetsspørsmålet avgjørende. Hvem av panthaverne har i så fall best rett til dekning?

1.2 Plassering av tema

Konflikter mellom rettigheter i samme formuesgode blir avgjort etter et prioritetsforhold. I forholdet mellom flere panteretter, viser prioriteten seg først og fremst ved tvangssalg av formuesgodet. Den rettsstiftelsen som har best prioritet, har krav på dekning fullt ut før den etterstående får noe som helst, slik dette også fremgår av tvangsl. § 11-20 og 11-21 (det såkalte "dekningsprinsippet"⁴).

Når to eller flere har panterett i samme formuesgodet, er utgangspunktet etter pantel. § 1-13 at den panteretten som "først ble påheftet", går først. Reglene om godtroervert og kreditorekstinksjon modifierer imidlertid rekkevidden av dette utgangspunktet. Dette kan skje både ved fullstendig *bortfall* av rettigheter eller ved *endringer* i prioritetsrekkefølgen⁵.

Hvor en rettsstiftelse får rettsvern ved tinglysning, gjelder det etter tinglysningsloven §§ 28-30, jfr. § 34 tredje ledd at rettsvernet for visse rettsstiftelser faller bort innen en viss tidsfrist. Formålet er at dette skal gi grunnlag for å få slettet heftelser som er så gamle at de som oftest vil være bortfalt⁶. Det at tinglysningsvirkningen faller bort etter en viss tid, gjelder for "heftelser som ikke skal hvile på eiendommen for alltid"⁷. Dette vil alltid være tilfellet for en panterett. En panterett er etter definisjonen i panteloven § 1-1 en "særrett" til å søke dekning for et krav, og er begrepsmessig bestemt til å falle bort ved utøvelsen av panteretten.

¹ Jfr. bl.a. Lilleholt s.277

² Jfr. Lilleholt, s. 172.

³ Jfr. blant annet Skoghøy, Panteloven, s. 160 og nedenfor i punkt 5.4.

⁴ Jfr. Lilleholt, s. 171

⁵ Jfr. Lilleholt, s.172.

⁶ Jfr. Sandvik/Krüger/Giertsen, s.202.

⁷ Jfr. tingl. §28.

I tilfeller der rettsvernet for en panterett faller bort på grunnlag av at det har gått en bestemt tid⁸, vil panteretten, med mindre annet er avtalt, fremdeles bestå etter det underliggende forholdet mellom panthaver og pantsetter. Utgangspunktet for panteretter i form av *avtalepant* er at bortfallet av rettsvernet ikke får betydning for prioriteten – prioritetsrekkefølgen forblir *uendret*. Dette er fordi det for etterstående avtaleerverver ikke er noe *grunnlag for ekstinksjon* som kan gjøre unntak for det ulovfestede utgangspunktet om "*først i tid, best i rett*"⁹, som for panteheftelser er nedfelt i pantel. § 1-13. Ved eventuell ny tinglysning vil etterstående avtaleerverver normalt ikke være i aktsom god tro med hensyn til den foranstående heftelsens eksistens, slik tingl. § 21 første ledd krever.

Spørsmålet blir om dette stiller seg annerledes for en *kreditor* – i praksis en utleggstaker, som ekstingverer uten hensyn til god tro.

1.3 Problemstillingens aktualitet

Det mest praktiske eksempelet på at panteheftelse mister sitt rettsvern er at virkningen av rettsregistrering *foreldes*; noen typer rettigheter varer normalt ikke for alltid. Virkningen av registreringen faller derfor bort etter en nærmere fastsatt tidsramme. Som eksempel er hovedregelen ved registrering i grunnboken at virkningen av registreringen foreldes etter 30 år, se tinglysningsloven § 28. Det må presiseres at oppgavens problemstilling også omhandler de tilfellene der det er et foranstående *utlegg* som mister sitt rettsvern. Her er foreldelsesfristen vesentlig kortere, idet virkningen av tinglysningen faller bort fem år etter at utleggsforretningen ble tinglyst, jfr. tingl. § 30 første ledd.

Oppgaven omhandler imidlertid også de tilfeller der rettsvernsvirkningen *feilaktig* blir slettet etter begjæring fra *panthaver*. Han har eksempelvis ved en misforståelse eller annen feil oppfordret registerføreren om å få en heftelse slettet fra grunnboken, eller han kan av tredjemann ha blitt lurt til å be om å få heftelsen slettet fra tinglysningsregisteret. Spørsmålet blir om etterstående utleggstaker har opptrinnsrett der slettelsen beror på slike forhold. Videre i drøftelsen vil de tilfellene der feilsletting omtales, kun omfatte de tilfellene der feilen har sin årsak i forhold på *panthavers* side.

1.4 Avgrensninger og forutsetninger

For at det i det hele tatt skal oppstå en *prioritetskollisjon*, er det en forutsetning at det foreligger gyldig etablerte retter¹⁰. I det følgende forutsettes det at panterettene er gyldig stiftet. Der panteretten er *falt bort*, foreligger det heller ingen rettighetskollisjon. Dersom man anvender Marthinussens synspunkt om at den norske panteretten består helt frem til den blir *bestemt slettet*, vil bortfall av en panterett skje under forutsetning av at dette gyldig avtales mellom pantsetter og panthaver¹¹.

Konflikten med kreditorbeslag oppstår i første rekke for rettsstiftelser som tidligere er utledet fra debitor, det vil si tilfeller der *både* den eldre retten og kreditorbeslaget er utledet fra debitor¹². Oppgaven vil i det følgende avgrensnes til disse tilfellene. Spørsmålet er gjerne om den eldre retten har vern mot det yngre kreditorbeslaget, i dette tilfellet i form av utleggspant i en fast eiendom.

⁸ Foreldelse av tinglysningsvirkningen for utleggspant inntreffer etter 5 år, jfr. tingl. §30.

⁹ Jfr. Lilleholt, s. 173.

¹⁰ Jfr. Horn/Garman, s.17.

¹¹ Jfr. Marthinussen, Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet, s.343.

¹² Jfr. Lilleholt, Allmenn formuerett s. 31-32 og s. 277.

2 PRIORITET

2.1 Utgangspunkt og hovedregel

Dersom det i en fast eiendom finnes flere rettsstiftelser som enten ikke kan eksistere ved siden av hverandre eller som ikke kan dekkes fullt ut ved en eventuell tvangsrealisasjon, oppstår det spørsmål om prioritetsforholdet mellom disse rettsstiftelsene. Den enkelte rettsstiftelses plass i prioritetsrekkefølgen vil være avgjørende for hvilke som opprettholdes eller får dekning, jfr. tvangsl. §§ 11-20 og 11-21. Det formelle utgangspunktet i norsk rett er at det er stiftelsestidspunktet som er avgjørende ved fastleggelsen av prioriteten.

For forholdet mellom flere panterettigheter har denne regelen kommet til uttrykk i panteloven § 1-13, der det fremkommer:

“Når to eller flere har panterett i samme formuesgode, går den retten foran som først ble påheftet, om ikke annet er avtalt eller følger av reglene om rettsvern”.

Bestemmelsen er et enkeltstående utslag av det ovennevnte *“køprinsippet”*¹³, og ordlyden *“påheftet”* viser til stiftelsestidspunktet for panteretten¹⁴. I tillegg er det et krav om hjemmel, jfr. pantel. § 1-2 (2). Som regel vil stiftelsestidspunktet være avgjørende også for den innbyrdes prioritet mellom flere rettsstiftelser. Dette er likevel ikke alltid tilfelle. Skulle man for eksempel la det gå litt tid før man tinglyser en panterett, øker risikoen for at en senere stiftet panterett eller kreditorbeslag, kommer først i prioritetsrekken fordi vedkommende rettighet ble tinglyst først, jf. tingl. § 20 jf. § 21 første ledd.

Bestemmelsen i pantel. § 1-13 oppstiller to reservasjoner. For det første kan noe annet være *“avtalt”* eller være særlig bestemt ved lov. For det annet oppstiller bestemmelsen i pantel. § 1-13 en reservasjon for de tilfellene der annet kan følge av rettsvernsreglene. Ordlyden sikter her reglene om ekstinksjon¹⁵.

2.2 Prioritet og rettsvern

At en rettighet i fast eiendom – i denne oppgaven panterett – har rettsvern, vil si at den er beskyttet mot tredjemann, fra den som utleder en rett fra eieren av den faste eiendommen. Har eksempelvis A rettsvern for sin panterett, innebærer det at B ikke kan komme til skade for A. For at B med panterett på annen prioritet i en fast eiendom skal kunne kreve eiendommen tvangssolgt, kan han kun gjøre dette dersom det budet som oppnås minst dekker panteretten på førsteprioritet, jfr. punkt 1.2 ovenfor.

2.3 Fastleggelsen av prioriteten

I dette avsnittet skal det kort redegjøres for den fremgangsmåte man må bruke for fastleggelsen av prioriteten for ulike rettsstiftelser i fast eiendom. Dette gjøres for å komplettere det rettslige bildet, og fordi prioritetsreglene fremtrer som en underliggende forutsetning for den videre drøftelsen.

2.3.1 Fastleggelsen av avtalte rettsstiftelsers prioritet

Det formelle utgangspunktet ved fastleggelsen av prioriteten er, som nevnt ovenfor, stiftelsestidspunktet, jfr. ordlyden *“først ble påheftet”*. For at avtalepant skal anses stiftet, må panteretten både være gyldig avtalt og knyttet til et bestemt formuesgode på en slik måte at den må

¹³ Rådsegn 8 s.60 og Ot.prp.1980 s.98.

¹⁴ Horn/Garman, s.38.

¹⁵ Jfr. note 176 til panteloven på rettsdata.no

anses påheftet¹⁶. Dersom det foreligger tvist om f. eks. gyldigheten av panteavtalen må dette på vanlig måte avgjøres ut fra de alminnelige kontraktsrettslige regler.

Hvis det er avtalt at en panterrett skal ha en bestemt plass i prioritetsrekkefølgen, har rettighetshaveren krav på å få den avtalte prioriteten. Dette følger direkte av avtalen mellom panthaver og eieren pantobjektet. Dersom det derimot ikke foreligger noen avtale om hvilken prioritet panteretten skal ha, følger det direkte av ordlyden i pantel. § 1-13 at panthaveren har krav på å få prioritet etter stiftelsestidspunktet. I mangel av andre holdepunkter vil dette også være den naturlige tolkningen.

2.3.2 Fastleggelsen av prioriteten til utleggspant

Hovedregelen om beslagsretten er fastslått i dekl. § 2-2. Etter denne bestemmelsen kan kreditorene som utgangspunkt ta beslag i alt som debitor eier på tiden for beslaget. Fordi det ville medføre stor fare for kreditorsvik om kreditorene skulle være nødt til å respektere alle tidligere rettsstiftelser i de formuesgodene debitor eier, er det i norsk rett klart at kreditorene bare trenger å respektere rettsstiftelser som er sikret rettsvern¹⁷. Videre er det klart at kreditorene ekstingverer uten hensyn til god tro, jfr. tingl. § 21 første ledd som etter en antitetisk fortolkning kun gjelder for "rettshandel". På samme måte som der det oppstår kollisjon mellom avtalte rettsstiftelsers prioritet, vil det for utleggsforretninger alltid være rettsvernsreglene som er bestemmende for prioriteten.

2.4 Oversikt over kollisjonsreglene for rettsstiftelser i fast eiendom

Som nevnt i punkt 2.3.2 rett ovenfor, er rettsvernsreglenes betydning for fastleggelsen av prioriteten begrenset til å gjelde kollisjonstilfeller. I dette avsnittet skal det gis en rask gjennomgåelse av de kollisjonsreglene som gjelder for stiftelser av rettigheter i fast eiendom. Dette er fordi disse reglene er en forutsetning for drøftelsen av problemstillingen i punkt 4 og 5 nedenfor.

Hovedregelen for hvordan rettighetskollisjoner i fast eiendom skal løses, fremgår av tinglysningsloven § 20 første ledd:

"Når et dokument er innført i dagboken, går det rettserverv som dokumentet gir uttrykk for, i kollisjonstilfelle foran rettserverv som ikke er innført samme dag eller tidligere".

Som det fremgår av bestemmelsen, får panteheftelser i fast eiendom rettsvern ved tinglysning på eiendommens blad i grunnboken. Hovedregelen etter tinglysningsloven er med andre ord at det er *tinglysningstidspunktet* som er avgjørende for prioriteten. Tingl. § 20 gjelder både ved avtaleervert og utlegg, men det er for rettsstiftelser ved avtale ("*rettshandel*") som nevnt en forutsetning for ekstinksjon at erververen ikke kjente eller burde kjent til den eldre retten ved dagbokføringen, jfr. tingl. § 21 første ledd.

I tillegg har pantel. § 2-5 en tilsvarende bestemmelse om at panteretter i fast eiendom får rettsvern ved tinglysning i grunnboken. At det i pantel. § 2-5 er gitt anvisning på at panteretten får rettsvern ved tinglysning i grunnboken er strengt tatt unødvendig, da det samme følger av tingl. § 20. Pantel. § 2-1 er av vesentlig betydning fordi den gir *hjemmel* til pantsettelse av fast eiendom, jfr. pantel. § 1-2 annet ledd om at panterett kun kan stiftes "*rettsgyldig*" der dette er "*hjemlet*" i panteloven eller "*annen gyldig lovbestemme*".

¹⁶ Om stiftelse av avtalepanterrett, se. Sandvik, Krüger og Giertsen, s. 33-43.

¹⁷ Jfr. NOU 1972:20 s. 255.

3 OPPTRINNSRETTE

3.1 Almennelinge prinsipper

Opptrinnsretten danner det klare utgangspunktet for forholdet mellom rettigheter til ting i norsk tingsrett. Opptrinnsretten er i teorien¹⁸ hevdet å ha sedvanerettslig grunnlag, og følger dessuten av lang og sikker rettspraksis fra Høyesterett, jfr. blant annet Rt-1890-564 og Rt-1894-11, der førstnevnte fremstår som et særlig klart eksempel på Høyesteretts praksis. Opptrinnsretten ligger også som en klar forutsetning for drøftelsene i Rt-1909-117 ("*Løvlie*"), Rt-1910-177 ("*Halvorsen*"), Rt-1930-923 ("*Handelsmann Nielsen*"), Rt-1937-222 og Rt-1959-1230 ("*Etterstad*").

Dette innebærer at rettsstiftelser som hovedregel rykker frem, med uendret innbyrdes rekkefølge, ettersom en rettsstiftelse med bedre prioritet faller bort. Hva gjelder panteretten, er også utgangspunktet om opptrinnsrett solid forankret i både rettspraksis, den juridiske litteratur og nyere lovgivning¹⁹. Marthinussen skriver i sin avhandling "*Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*" at ideen om opptrinnsretten for rettigheter som står bak en panterett, kan følges helt tilbake til romerrettens aksessoriske panterett²⁰. En rettsstiftelse får dermed fra stiftelsestidspunktet – eventuelt rettsvernstidspunktet – en plass i prioritetsrekken, og dersom den foranstående rettsstiftelse faller bort, blir det færre rettsstiftelser igjen som kan holde andre heftelser nede.

3.2 Opptrinnsrett for panteheftelser i fast eiendom

Spørsmålet om opptrinnsrett for panteheftelser i fast eiendom er ikke direkte regulert i gjeldende tinglysningslov eller i lovgivningen for øvrig. Falkanger hevder riktignok at reglene om opptrinnsrett "*følger direkte av tingl. §§ 20 sammenholdt med §§ 28-32*"²¹. Selv om det ved bortfall av foranstående panteheftelse blir færre heftelser de øvrige rettighetshavere behøver å respektere, har jeg vanskeligheter for å se at det fra tinglysningslovens bestemmelser alene kan utledes noen direkte *hjemmel* for opptrinnsrett. Dersom eksempelvis en fast eiendom er beheftet med to panteretter på henholdsvis første- og annenprioritet, vil bortfall av panteretten på førsteprioritet medføre at det blir færre rettsstiftelser igjen som panteretten på annenprioritet behøver å ta hensyn til. Ordlyden i tinglysningsloven § 20 gir etter mitt syn derimot ingen veiledning ved vurderingen av om pantehaveren skal *rykke fremover* i prioritetsrekken, eller om eier skal ha rett til å besette den ledige plassen med en ny panterett, slik det bl.a. er hjemmel for i den danske tinglysningsloven § 40.

Som vi skal se i punkt 3.5 nedenfor, er det etter min mening naturlig å analogisere fra bestemmelsene i luftfartsloven og burettslagslova ved den nærmere vurderingen av opptrinnsretten for panteheftelser i fast eiendom. En slik analogisering ville vært unødvendig dersom de mest praktiske spørsmålene lot seg løse ved bruk av tinglysningslovens bestemmelser, og taler med tyngde mot at tinglysningsloven gir direkte hjemmel for opptrinnsrett. Av juridisk litteratur for øvrig er det etter det jeg har sett ingen andre enn Falkanger som hevder opptrinnsretten kan forankres direkte i tingl. § 20 sammenholdt med §§ 28-32. Arnholm uttaler i sin bok om panterett fra 1960 at man "*ganske visst [ikke] har noen lovregel som uttrykkelig statuerer en opptrinnsrett*"²². Også Skoghøy synes å være av samme oppfatning. Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig, viser han blant annet til at det for rettsstiftelser i andre formuesgoder enn luftfartøy og borettslagsandeler "*[ikke] finnes [noen] eksplisitt og generell lovbestemmelse om opptrinnsrett*"²³.

¹⁸ Jfr. Falkanger/Falkanger, 7. Utg. s. 763.

¹⁹ Jfr. Marthinussen, s.282.

²⁰ Samme sted.

²¹ Jfr. Falkanger/Falkanger, 6. utg. s.691.

²² Jfr. Arnholm, s.188.

²³ Jfr. Skoghøy s.230.

I det følgende skal jeg først i punkt 3.3 kort redegjøre for de hensynene som gjør seg gjeldende ved reglene om opptrinnsrett for henholdsvis kreditorbeslag og frivillig avtaleervert. Når det her dreier seg om å fastslå innholdet av en omtvistet og uklar rettsregel, vil de hensynene som begrunner reglene være av stor betydning når det nærmere innholdet skal klarlegges.

3.3 De reelle hensynene bak reglene om opptrinnsrett

Ved den nærmere vurderingen er det etter min mening hensiktsmessig å sondre mellom situasjonene der den bakenforliggende heftelsen er en panterett stiftet ved avtale, og der den bakenforliggende panteretten er et utlegg. Dette er fordi de hensyn som begrunner reglene er svært forskjellig i de to situasjonene.

3.3.1 Utlegg og kreditorbeslag

Fra et overordnet synspunkt kan det hevdes at dekningsreglenes primære formål er å fremtvinge debitor til å innfri sine forpliktelser. Fra dette kan det utledes at rettigheter stiftet ved kreditorbeslag bør rykke opp der det blir ledig plass – nettopp for å tvinge debitor til å gjøre opp – fremfor at debitor selv kan disponere over ledig plass uten å gjøre opp for seg først. Når kreditorenes beslagsrett etter dekl. § 2-2 i utgangspunktet omfatter alle "formuesgoder" som "tilhører" skyldneren "på beslagstiden", kan det anføres at utleggspanthaveren, gjennom reglene om opptrinn, har krav på å beslaglegge skyldnerens eiendeler, og da på den beste ledige prioriteten, for å få dekning for sitt krav.

Opptrinnsretten kan derfor, for kreditorbeslag enten i form av fellesforfølgning/konkurs eller i form av utlegg, forankres i reglene om *rettsvern* og *kreditorstinksjon*²⁴. En kreditor behøver bare å respektere reelle rettsstiftelser som har rettsvern²⁵. Dersom en heftelse mangler rettsvern, kan den bli *ekstingvert* av et senere kreditorbeslag.

Regler om rettsvern på den ene side, og vilkårene for ekstinksjon på den annen, er strengt tatt to sider av samme sak²⁶. Når man taler om rettsvern for en rettsstiftelse, sikter man til den *beskyttelse* rettsstiftelsen har mot senere rettsstiftelser i vedkommende formuesgode. Ekstinksjon sikter derimot til de tilfellene der en rettsstiftelse blir tilsidesatt eller brakt til opphør av en yngre rettsstiftelse. Om dette får som konsekvens at et kreditorbeslag i form av et allerede etablert utlegg *rykker opp* når rettsvernet for den foranstående panteheftelsen blir foreldet eller av andre grunner faller bort, skal drøftes nedenfor i punkt 5.

3.3.2 Frivillig avtaleervert

Hvilke hensyn er det som gjør det naturlig at en etterstående panthaver i form av frivillig avtaleervert rykker opp når en plass foran han blir ledig? Tradisjonelt har opptrinnsretten for den frivillige avtalepanthaver vært kritisert – det har vært hevdet at opptrinnsretten innebar en "*tilfeldig fordel*" for den bakenforliggende panteheftelse, som gjerne hadde medregnet høyere rentevilkår på grunn av den opprinnelige plassen i prioritetsrekken²⁷.

I utkastet til ny tinglysningslov, jfr. NOU 1982:17 på s. 59, uttalte utvalget at opptrinnsretten på tidspunktet for vurderingen var "*for ubestemt*" til at den hadde noen avgjørende betydning ved en fornuftig kredittvurdering. Utvalget konkluderte deretter med at opptrinnsretten i alminnelighet hadde preg av å være en "*pluss-verdi*", som kan være god å ha for en kredittgiver, men som ikke i nevneverdig grad preget lånevilkårene.

²⁴ Jfr. Skoghøy, Panteloven, s.156.

²⁵ Jfr. Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech, s.251.

²⁶ Jfr. Skoghøy, s.164.

²⁷ Jfr. Arnholm, s.191.

Marthinussen uttaler at *“det[er]vanskelig å si noe sikkert om hvilken vekt bankene vil legge på en statistisk mulighet for opprykk, all den tid det foretas en individuell vurdering av den enkelte lånesøkeren”*²⁸. Han argumenterer videre for at den mulighet pantsetterer gis til selv å utnytte den *“ledige plassen”* innenfor en eksisterende panterett ved opplåning, gir grunn for å tro at plassen utnyttes på en mer effektiv og gunstig måte²⁹, eksempelvis ved å låne mer fra eksisterende panthaver eller gi den ledige plassen til en annen bank som tilbyr bedre betingelser.

Selv om opptrinnsretten danner det klare tingsrettslige utgangspunktet, kan den etter dette hevdes å være svakere legislativt begrunnet for avtalepant.

3.4 Oppttrinnsretten i annen lovgivning

For rettsstiftelser i luftfartøy og borettslagsandeler er opptrinnsretten lovfestet i luftfartsloven § 3-29 og borettslagsloven § 6-9. Det følger av bestemmelsen om opptrinnsrett i luftfartsloven § 3-29 første ledd at:

“Når ikke annet er avtalt eller følger av stiftelsesgrunnlaget eller av § 3-30, rykker etterstående rettsstiftelser opp, uten endring av den innbyrdes prioritet, i den utstrekning en foranstående heftelse faller bort ved innfrielse. Bortfall av rettsvernet etter § 3-34 ansees ikke som innfrielse”.

I burettslagslova § 6-9 har bestemmelsen fått en avvikende formulering:

“Når ikkje anna er avtala eller følgjer av stiftingsgrunnlaget eller av § 6-10, stig etterstående rettar opp utan endring av den innbyrdes prioriteten, i den grad ein rett med betre prioritet fell bort ved innfriing”.

Luftfartslovens bestemmelser om prioritet og opptrinnsrett bygger direkte på forslagene som ble fremsatt i forbindelse med utkastet til ny tinglysningslov, jfr. NOU 1982:17 *“Ny tinglysningslov”*³⁰. I NOU 1982:17 på side 55 og 57 er det uttrykkelig presisert at lovforslaget var ment å være en kodifisering av tidligere ulovfestet rett, riktignok med *“visse presiseringer og mindre endringer”*.

Innenfor lovenes anvendelsesområde har vi, som det akkurat er vist til, bestemmelser som *uttrykkelig* regulerer spørsmålet om opptrinnsrett.

I forarbeidene til burettslagslova gis det derimot uttrykk for usikkerhet med hensyn dagens rettstilstand. Det uttales:

*“Det er noko usikkert i kva grad føresegnene inneber endringar i høve til det som gjeld i dag for pant i andre formuesgode enn luftfarty”*³¹.

I odelstingsproposisjonen nøyer departementet seg til å vise til det som er uttalt i NOU-en³².

Det kan stilles spørsmål ved i hvilken grad uttalelsene om hva som var gjeldende rett på tidspunktet for utkastet kan vektlegges, all den tid tinglysningsloven av 1982 aldri trådte i kraft. Marthinussen hevder i din doktoravhandling at uttalelsene i NOU 1982:17 og de påfølgende forarbeidene til luftfartslova og burettslagslova, *“ikke[er]så sentralt”*³³. Han viser til at vurderinger av hva som er

²⁸ Jfr. Marthinussen, s.297.

²⁹ Slik også Rt-1922-88.

³⁰ Jfr. Ot.prp.nr.84(1992-1993)s.33.

³¹ Jfr. NOU2000:17 s.144.

³² Ot.prp.nr.30(2002-2003) s.286.

³³ Marthinussen, s.294.

gjeldende rett på tilgrensede felt, *“neppe i seg selv[har]særlig større vekt enn juridisk teori”*. Til støtte for denne uttalelsen viser han til Eckhoffs rettskildelære på s. 69³⁴:

“Fremstillingen av hva som er gjeldende rett før loven ble vedtatt [på det felt den dekker eller på tilgrensede områder], bør vel stilles i klasse med annen juridisk litteratur”.

Selv om synspunktet skissert ovenfor direkte gjaldt opplåningsbestemmelsene i NOU 1982:17, kan dette neppe stille seg annerledes dersom man har de ulovfestede reglene om opptrinnsrett for øye. Synspunktet har etter min mening gode grunner for seg, tatt i betraktning at utkastet kun var et *forslag* til revisjon av tinglysningslovgivningen som aldri ble vedtatt³⁵. Vurderingen i NOU-en om hva som tidligere var gjeldende ulovfestet rett har etter dette liten vekt. Avgjørende i spørsmålet om det er opptrinnsrett for utleggspant ved bortfall av tinglysningsvirkningen, vil etter mitt syn utelukkende bero på en vurdering av de *rettskildene* som trekkes frem i NOU 1982:17 og teorien ellers, vurdert opp mot øvrige relevante rettskilder.

3.5 Bør luftfartsloven og burettslagslova anvendes analogisk på fast eiendom?

Utkastet i NOU 1982:17 er derimot gjennom vedtakelsen av luftfartsloven direkte gjort til dens forarbeider, jfr. punkt 5.2 nedenfor. Også burettslagslova bygget i det vesentlige på dette utkastet. En særskilt problemstilling er om bestemmelsene i luftfartsloven og burettslagslova har betydning utover deres angitte anvendelsesområde. Marthinussen sammenfatter betydningen av uttalelsene i forarbeidene til luftfartsloven og burettslagslova slik at disse i første rekke ligger i hensynet til *forutberegnelighet og konsekvens*³⁶. Målet om å ha et sammenhengende og konsekvent rettssystem kan blant annet begrunnes i interessen de ulike aktørene har for forutberegnelighet, samt behovet for praktisk håndhevbar regler. Dette er hensyn som har fått stor gjennomslagskraft i den juridiske teorien, jfr. eksempelvis Skoghøy som legger avgjørende vekt på bestemmelsene i luftfartsloven idet han aksepterer en opplåningsrett han tidligere var i mot:

“Etter at det for pantobligasjoner som er registrert i luftfartøyregisteret, er blitt lovfestet en generell opplåningsrett, taler gode grunner for at man også utenfor området for luftfartsloven legger til grunn at ikke bare gjorte, men også reelle obligasjoner skal kunne gjenopplånes etter at pantebrevet helt eller delvis er innfridd”³⁷.

Det kan derfor spørres om reglene best lar seg klargjøre ved å anvende de lovbestemmelser som allerede finnes i luftfartsloven og burettslagslova analogisk. I et rettssystem som det norske, der man ikke gjennom en sivillovbok eller på annen måte har forsøkt å gi en heldekkende regulering av formueretten – eller privatretten for den saks skyld, kan man ikke godt si at dette bygger på et bevisst valg³⁸. Som Lilleholt formulerer i boken *“Allmenn formuerett”* på s. 239:

“Analogi frå lovregulering av andre grupper av formuesgode kan derfor vera på sin plass der ein meiner at dei same omsyna gjer seg gjeldande som for dei lovregulerte gruppene. På det viset kan ein òg prøve å finne fram til meir eller mindre sikre typeløsningar og ikkje berre nøye seg med å vise til ei vurdering av kvart tilfelle”.

³⁴ 4. utgave.

³⁵ Tilsvarende Marthinussen i JV2003 s.271.

³⁶ Marthinussen, s.294.

³⁷ Jfr. Skoghøy, Panteloven s. 166. Se også Falkanger/Falkanger (6. utg) s. 712.

³⁸ Jfr. Lilleholt, s.239.

3.6 Rettstekniske hensyn og hensynet til sammenheng og konsekvens i regelverket

Dersom det er uklare regler på formuerettens område kan dette medføre at en kredittøyer ikke tar sjansen på å yte kreditt til en som allerede har lånt opp sin eiendom med pant på førsteprioritet. At bankene blir sikret en forutberegnelig og klar rettsstilling, kan også tenkes å medføre at *tilgangen* på kreditt blir bedre. Om det likevel blir gitt kreditt, vil kreditten trolig bli gitt på dårligere rentevilkår, hvilket kan virke hemmende på omsetningslivet. Selv om dette hensynet er hevdet å være en generell innvending mot reglene om opptrinnsrett³⁹, vil bruk av lovbestemmelser som uttrykkelig regulerer spørsmålet om opptrinnsrett, bidra til å sikre en relativt høy grad av *forutberegnelighet*.

I dette tilfellet er hensynet til forutberegnelighet kanskje ikke av avgjørende betydning, fordi rettsområdet er relativt smalt og spesielt. Klare regler for opptrinnsrett er etter mitt syn mest viktig i den forstand at *både* første- og andreprioritetspanthavere vil ta utgangspunkt i det minst gunstige alternativet dersom rettstilstanden er uklar. Det er neppe tale om en situasjon der eksempelvis en finansinstitusjon på forhånd "*kalkulerer*" effekten av en eventuell opptrinnsrett. Hensynet til forutberegnelighet vil imidlertid i enkelttilfeller kunne få betydning, eksempelvis der panterettens forløp ikke blir slik som forutsatt eller planlagt. I slike tilfeller kan det hevdes det er viktig å finne en god regel for disse tilfellene. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister.

Når det for spørsmålet om opptrinnsrett for panteheftelser generelt ikke finnes andre klare regler å forholde seg til, ville en løsning som *ikke* baserte seg på lovbestemmelsene i luftfartsloven og burettslagslova medføre usikkerhet med hensyn til hva som *egentlig* er rettstilstanden. Som Tørum skriver i sin artikkel "*Konsekvens i formueretten*"⁴⁰, vil en tilnærming til reglene der vi "*holder fast ved det som er verdt å bygge videre på*", ikke "*være til hinder for den videre utviklingen av formueretten*". Det er altså ikke slik at reglene blir endelig fastslått, og uten noen som helst mulighet for endring i takt med behovene i samfunnet.

Etter dette er det nærliggende å stille spørsmål om hva som ville være *alternativet* til analogiseringen fra luftfartsloven og burettslagslova? Dersom man ved den rettslige problemstillingen unnlot å se hen til bestemmelsene i disse lovene, risikerer man en økende oppsplitting og fragmentering av formueretten. En alternativ løsning kan derfor bidra til å gjøre rettsanvendelsen på et allerede vanskelig håndterbart rettsområde enda mer komplisert⁴¹. Som nevnt har vi i norsk rett ikke noen sivilbok eller annen helhetlig lovregulering av formueretten, i tillegg til at det er sparsomt med andre rettskilder. Rettskildet bildet er videre preget av eldre juridisk teori og rettspraksis, samt nyere spesiallovgivning. At det skulle være nødvendig *kun* å holde seg til eldre ulovfestet rett *alene* av den grunn at nyere lovgivning regulerer spesialtilfeller, virker lite heldig. En konsekvent tilnærming til løsningen av slike spørsmål skaper bedre forutberegnelighet.

Grunnleggende rettsferdighetsbetraktninger tilsier at like tilfeller bør behandles likt, uavhengig av i hvilken grad det foreligger skrevne lovbestemmelser. På denne måten er konsekvensen i formueretten som Tørum sier "*ikke et spørsmål om juss for jussens skyld, men et spørsmål om grunnleggende verdier som forutberegnelighet og likebehandling*".

At det er regelen, og ikke den konkrete rimelighet, som står i fokus, ble understreket av flertallet i den velkjente "*Momentumdommen*"⁴². Her uttalte flertallet at "*det klare utgangspunktet er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det*

³⁹ Jfr. NOU 1982:17 s.206.

⁴⁰ Jfr. JV2002, s.338.

⁴¹ Slik også Tørum i JV2002 s.338.

⁴² Jfr. Rt. 1997 s.1050.

konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat...⁴³. Bruken av bestemmelsene i luftfartslova og burettslagslova vil etter mitt syn bidra til å sikre en høy grad av forutberegnelighet⁴⁴. Marthinussen fremhever "at disse bestemmelsene egner seg godt for analogisering til pant i fast eiendom"⁴⁵. Dette er jeg enig i.

Nå kan det innvendes mot analogiseringen at i alle fall luftfartsloven omhandler et snevert felt. Konsekvensargumentet står imidlertid vesentlig sterkere etter at tilsvarende bestemmelser er gitt i burettslagslova. Det må også gjøres et poeng ut av at i det øyeblikk man begynner å gjøre unntak, og eventuelt vurderer *skjønnsmessig* hvilke av bestemmelsene i luftfartsloven og burettslagslova man skal anvende, kontra hvem som ikke skal anvendes, vil dette være egnet til å skape en mer *generell usikkerhet* som etter mitt syn vil gi et bredere nedslagsfelt enn kun det tilfellet som blir behandlet her.

Av betydning ved spørsmålet om det naturlig å se hen til luftfartsloven og burettslagslova ved den videre drøftelsen – og etter min mening vesentlig – er det faktum at borettslagsandeler registreres i grunnboken, og at det er tinglysningslovens regler som er utgangspunktet for rettighetsregistreringen. Det virker unaturlig å skulle operere med ulike regler ved spørsmålet om opptrinnsrett for pantehaftelser i borettslagsandeler og annen fast eiendom, når lovgiver tross alt har tatt det steg å inkorporere disse i samme registreringsordning⁴⁶. At lovene egnet seg godt for analogisering til pant i fast eiendom, er derfor særlig treffende når det ses hen til dette argumentet. Burettslagslova, som er fra 2003, er i tillegg av nyere dato sammenlignet med luftfartsloven fra 1993.

Hva gjelder spørsmålet om *opptrinnsrett*, inneholder ordlyden i de to lovene avvikende formuleringer. Mot analogiseringen kan det videre innvendes at reglene som behandles her nettopp *ikke* blir fullstendig klare ved å holde seg til bestemmelsene i luftfartslova og burettslagslova. I utkastet til ny tinglysningslov ble det foreslått en generell bestemmelse om at bortfall av rettsvernet for en foranstående heftelse ikke skal føre til at etterstående rykker opp. Ved vedtakelsen av luftfartsloven ble denne regelen lovfestet for panteretter som er registrert i luftfartøyregisteret, jfr. luftfartsloven § 3-29 annet punktum. Denne bestemmelsen er blitt kritisert, og ved utarbeidelsen av burettslagslova ble det ikke tatt inn noen tilsvarende bestemmelse i burettslagslova § 6-9.

Dette fører til at det oppstår særlige problemer, og etter mitt syn svekkes luftfartslovens og burettslagslovas prinsipielle betydning for mitt temas vedkommende på grunn av de avvikende formuleringene. Selv om lovbestemmelsene som har kommet til uttrykk i luftfartslova og burettslagslova har en sentral posisjon, er det her behov for å bruke andre rettskilder. Reelle hensyn, samt hensynet til å skape en god regel vil da være av betydning. Dette betyr ikke at man i den konkrete situasjonen ser hen til hva som vil gi et *rimelig* eller *godt resultat*, men derimot hva som vil gi den beste *rettsregelen* i et samfunnsmessig perspektiv.

4 OPPTRINNSRETTE FOR UTLEGGSPANT

4.1 De ulike grunnlagene for bortfall av tinglysningsvirkningen

4.1.1 Ugyldighet, foreldelse og omstøtelse

Dersom den foranstående panteretten er *ugyldig*, kommer strengt tatt ikke spørsmålet om opptrinnsrett på spissen. Ugyldigheten medfører at den aktuelle panteretten aldri har hatt en plass i prioritetsrekken, og resultatet blir at man ser bort i fra den ugyldige panteretten. Dette følger klart nok også av pantel. § 1-13; er en panterett ugyldig, "har" man ikke "*panterett*" i den faste eiendommen.

⁴³ På side 1054.

⁴⁴ Jfr. også Marthinussen på s.294, som anfører det samme argumentet for bruk av bestemmelsene i luftl. og brl. ved opplåning.

⁴⁵ Samme sted.

⁴⁶ Jfr. også Marthinussen s.295 vedrørende spørsmålet om opplåning.

Når en foranstående heftelse blir *omstøtt* etter reglene i dekningsloven kapittel 5, trer boet inn i prioriteten slik at det ikke blir tale om noe opprykk for etterstående panteheftelser. Omstøtelse "*skjer til fordel for boet*"⁴⁷.

Heller ikke *regulær foreldelse* av den foranstående pantefordringen medfører opptrinn for den etterstående panteheftelsen. Dette følger direkte av ordlyden i foreldelsesloven § 27. Når det gjelder foreldelse av *rettsvernet* – som er denne oppgavens hovedproblemstilling – er forholdet annerledes. Spørsmålet om bortfall av en *panterett* etter alminnelig foreldelse må derfor holdes skarpt adskilt fra spørsmålet om bortfall av *tinglysningsvirkningen*.

4.1.2 Foreldelse av rettsvernet

Rettsvernet for en rettsstiftelse kan falle bort før retten materielt sett er bortfalt. Det mest praktiske eksemplet er nettopp ved foreldelse av tinglysningsvirkningen, jfr. tinglysningsloven § 28 med hovedregel om foreldelse etter 30 år. For at spørsmålet om utleggstakers eventuelle opptrinnsrett i det hele tatt skal komme på spissen, må det drøftes hvorvidt bortfall av rettsvernet for foranstående heftelse har som konsekvens at heftelsen lenger ikke har vern mot nye erverv i god tro eller kreditorbeslag. Dersom heftelsen er vernet på tross av at tinglysningsvirkningen av ulike årsaker er bortfalt, vil jo ordlyden i tingl. § 20 være til hinder for ekstinksjon. Problemstillingen blir nærmere bestemt om det ved tolkningen av tingl. § 20 må innfortolkes en forutsetning om at det rettsvernet som heftelsen hadde ved dagbokføringen, senere kan bortfalle, og at heftelsen deretter er utsatt ekstinksjon i form av kreditorbeslag eller avtaleerverv i god tro⁴⁸.

Ordlyden i tinglysningsloven § 20 viser til at det rettserverv som "*dokumentet*" gir uttrykk for, i kollisjonstilfelle går foran rettserverv som ikke er "*innført*" samme dag eller tidligere. Tok man bestemmelsen på ordet, kan det se ut som om den *opprinnelige* innføringen i dagboken er tilstrekkelig til at avtalepantet oppnår beskyttelse overfor senere rettsstiftelser. Spørsmålet er imidlertid om man bør tolke bestemmelsen slik at den *ikke* hindrer ekstinksjon der tinglysningen senere bortfaller.

Tinglysningsloven § 20 bygger etter mitt syn på en forutsetning om at det er rettsvernet – slik dette fremtrer til enhver tid – som er avgjørende, og at dette også må gjelde der virkningen av tinglysningen senere bortfaller. For det første samsvarer dette med prinsippet om grunnbokens rettslige – "*negative*" – troverdighet. Grunnbokens negative troverdighet bygger nettopp på at denne i størst mulig grad skal gi *uttømmende opplysninger* om rettsstiftelser i en eiendom, og at tredjemann som hovedregel ikke trenger å respektere rettsstiftelser som ikke fremgår av grunnboken⁴⁹.

Når det fremgår av tinglysningsloven § 20 at et tinglyst rettserverv går foran andre rettserverv som ikke er tinglyst samme dag eller tidligere, uttrykkes det samtidig at det er et krav om tinglysning for at et rettserverv skal kunne gjøres gjeldende overfor andre tinglyste erverv. For en *omsetningserverver* vil det være uholdbart å skulle akseptere en rettsstiftelse som en gang ble tinglyst, men som ikke lenger fremgår av grunnboken. Dette vil være en brist i grunnbokens negative troverdighet som umulig kan være tilsiktet fra lovgivers side. Overfor *kreditorbeslag* er et slikt vern ikke like problematisk. På bakgrunn av at man sannsynligvis vil ha en eller annen form for dokumentasjon på den opprinnelige tinglysningen, vil notoriteten være rimelig god, selv om heftelsen er slettet. Så lenge tingl. § 20 er felles for godtroerverv og kreditorekstinksjon, er det imidlertid lite rom for å legge vekt på denne notoritetsbetraktningen. En slik "*relativisering*" av tingl. § 20 vil bidra til å svekke forutberegneligheten, og vil være egnet til å skape en mer *generell usikkerhet* som etter mitt syn vil gi ramme bredere enn kun det tilfellet som blir behandlet her.

⁴⁷ Jfr. NOU 1972:20 s.295.

⁴⁸ Slik også Lilleholt synes å forutsette i Allmenn formuerett s. 172.

⁴⁹ Jfr. Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech, s.235.

Avgjørende ved tolkningen er likevel at bestemmelsene om foreldelse av tinglysningsvirkningen etter tingl. §§ 28-32 ville vært uten rettslig betydning dersom man var nødt til å respektere alle heftelser som var "innført" i grunnboken. Dette ble også presisert i forarbeidene til tingl. § 28, der utvalget viste til at det er "den virkning av tinglysningen som er nevnt i [tinglysningslovens] §§ 20 og 23", som bortfaller ved fristens utløp⁵⁰.

Formålet med disse bestemmelsene er jo nettopp å få sanert grunnboken for presumptivt bortfalte heftelser, for på denne måten å øke grunnbøkens oversikt og informasjonsverdi. Det må derfor i den videre drøftelsen legges til grunn at tinglysningsloven § 20 *forutsetter* at en panteheftelse vil kunne bli ekstingvert av en senere rettsstiftelse dersom virkningen av tinglysningen bortfaller. For senere avtaleerwerb ("rettshandel") vil det imidlertid være et krav om aktsom god tro med hensyn til den tidligere heftelsens eksistens, jfr. tingl. § 21 første ledd.

Som nevnt er fristen for foreldelse av tinglysningsvirkningen vesentlig kortere for utlegg, der fristen for foreldelse er 5 år, jfr. tinglysningsloven § 30. Forarbeidene til bestemmelsen begrunnet dette med at der det ved ordinær gjeldsinndrivelse blir tatt utlegg i en fast eiendom, burde regelmessig forholdet være avvirket i løpet av 5 år. Om dette ikke lykkes, er det på samme måte som etter tingl. § 28 adgang til å få fristen forlenget ved fornyet tinglysning⁵¹.

4.2 Sondring mellom forskjellige typetilfeller?

Når rettsvernsvirkningen av tinglysningen, jfr. tingl. §§ 20 og 23, er falt bort, skal registerføreren slette heftelsen *ex officio*, jfr. tinglysningsloven § 31 første ledd. Bortfall av rettsvernet er ikke avhengig av om registerføreren *faktisk* sletter heftelsen fra grunnboken eller ikke – rettsvernet bortfaller *automatisk* som en følge av at tidsfristen i §§ 28 til 30 er utløpt⁵². Når begjæring om sletting er anmerket i grunnboken, fjernes dokumentet fra databasen for tinglyste rettsstiftelser, for deretter å overføres til en særskilt database ("den historiske grunnboka") jfr. tinglysningsforskriften § 18 første ledd.

Skoghøy sonderer i sin drøftelse av om bortfall av rettsvern medfører opprykk, mellom tilfellene der rettsvern for den foranstående heftelsen blir foreldet etter tinglysningslovens bestemmelser i §§ 28-32, og der heftelsen blir slettet fra registeret ved en feiltakelse⁵³. Kun for førstnevnte situasjon mener han at bortfall av rettsvernet må føre til opptrinn for etterstående utlegg. Etter mitt syn er det noe usikkert om han for sistnevnte situasjon sikter til de tilfellene der feilen skjer hos *tinglysningsregisteret*, eller der heftelsen feilaktig er blitt slettet etter begjæring fra *panthaver*. I førstnevnte tilfelle er det klare utgangspunktet at feilaktig sletting ikke har noen innvirkning på rettsvernet⁵⁴. Der feilen beror på tinglysningsregisteret blir situasjonen tilsvarende som ved tinglysningsfeil generelt, og det er her et eget system der skadelidte kan kreve erstatning fra staten, jfr. tingl. § 35, jfr. også tingl. § 31 tredje ledd, jfr. § 25.

Skoghøy begrunner sondringen med at det følger forutsetningsvis av tingl. § 18 at etterstående utleggstaker ikke rykker opp. Denne bestemmelsen regulerer registerførerens plikt til å rette grunnboka etter at tinglysningen av et dokument er endelig⁵⁵. Tingl. § 18 gjelder fremgangsmåten ved tinglysningsfeil der feilen skjer hos tinglysningsregisteret, det vil si en feil fra *tinglysningsdommerens* side. Av ordlyden i første ledd fremgår det at registerføreren i slike tilfeller "straks" skal rette "feilen" når han blir oppmerksom på at en innføring i grunnboken er "uriktig". En

⁵⁰ Jfr. Ot.prp.nr.9 (1935)s.55.

⁵¹ Jfr. Ot.prp.nr.9 (1935) s.43.

⁵² Jfr. Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech s.358.

⁵³ Skoghøy, Panteloven s.161.

⁵⁴ Jfr. Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech, s.364.

⁵⁵ Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech s.217.

tinglysning vil kun være "uriktig" etter denne bestemmelsen der innføringen i grunnboken i det hele tatt ikke skulle ha vært innført, der dokumentet er ført på en annen eiendom enn den riktige, eller der dokumentet er ført på feil eiendom eller innholdet er uriktig eller mangelfullt gjengitt⁵⁶. Det som er temaet her er imidlertid hva som er situasjonen dersom rettsvernet bortfaller etter feilaktig begjæring om sletting fra panthaver. Problemstillingen her omhandler således et helt annet forhold, og sletting på bakgrunn av begjæring fra panthaver anses ikke som "uriktig" i tinglysningslovens forstand, selv om rettighetshaveren selv har gjort en feil⁵⁷.

Høyesterett har i flere avgjørelser slått fast at en panterett i fast eiendom ikke har opptrinnsrett der en bedre prioritert heftelse mister sitt rettsvern på grunn av forsømmelser på panthavers side, jfr. eksempelvis Rt-1930-923("Handelsmand Nielsen") og Rt-1959-1230("Etterstad"). I begge disse avgjørelsene var imidlertid etterstående panthaver en omsetningsserverver, og når det ikke er spørsmål om god tro for etterstående utleggstaker, blir problemstillingen om vurderingen blir annerledes her. Nedenfor vil tilfellene der den foranstående panteheftelsen mister sitt rettsvern ved foreldelse etter tinglysningslovens bestemmelser, og tilfellene der dette slettes etter feilaktig begjæring om sletting fra panthaver, drøftes samlet, før det avslutningsvis i punkt 5.6 skal foretas en vurdering av om det er noen grunn til å skille mellom de to typetilfellene.

5 HVA SIER EGENTLIG RETTSKILDENE?

5.1 Betydningen av reguleringen i luftfartsloven og burettslagslova

5.1.1 Luftfartslovens § 3-29 annet punktum er ikke videreført i burettslagslova av 2006

Det viktigste grunnlaget for at opptrinnsretten skal bli aktuell, er at den foranstående heftelsen opphører materielt⁵⁸. Betaling av det pantesikrede kravet fører i seg selv i utgangspunktet aldri til opphør av panteretten, jfr. for eksempel bestemmelsen om opplåning i luftl. § 3-30, som omtaler de tilfeller der panteretten "helt eller delvis" blir innfridd (min understrekning).

Bestemmelsen i luftfartsloven § 3-29 gir uttrykk for at det er opptrinnsrett i den utstrekning "en foranstående heftelse faller bort ved innfrielse", og en tilsvarende formulering finnes også i burettslagslova § 6-9. Ordlyden i disse bestemmelsene kan riktignok etter en naturlig språklig forståelse gi uttrykk for at det er opptrinnsrett for etterstående ved betaling av den foranstående panteheftelsen. I tilknytning til disse bestemmelsene, mener Marthinussen at det sentrale er panterettens bortfall, og ikke hvordan dette skjer⁵⁹. Etter hans mening er det derfor ingen god grunn til å legge særlig vekt på formuleringene i luftl. § 3-29 og brl. § 6-9, og viser til at dette har støtte i forarbeidene til bestemmelsene, der det uttrykkelig uttales at opptrinnsretten begrenses av opplåningsretten⁶⁰.

Marthinussen anfører at det i mangel av annen avtale først er når partene blir enige om at panteretten skal falle bort, eller når pantsetteren ensidig har rett til å kreve at panteretten skal falle bort og deretter benytter denne retten, at panteretten opphører⁶¹. Etter hans syn må panteretten i utgangspunktet betegnes som *selvstendig*, og dette gjelder også med hensyn til panterettens bortfall⁶².

⁵⁶ Jfr. Austenå, Harbek og Solem s. 157.

⁵⁷ Jfr. Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech s. 218 og Falkanger/Falkanger, Tingsrett (6. utg.) s. 558-559.

⁵⁸ Jfr. Skoghøy, Panteloven s. 157.

⁵⁹ Jfr. Marthinussen s. 341.

⁶⁰ Jfr. Marthinussen s. 341, jfr. også NOU 1982:17 s. 58-59.

⁶¹ Jfr. Marthinussen s. 343.

⁶² Samme sted.

En vesentlig forskjell på luftfartsloven og burettslagslova er imidlertid at sistnevnte er taus om i hvilken grad bortfall av rettsvernet skal anses som *"innfrielse"*, med opptrinnsrett som konsekvens. I luftfartsloven er dette regulert i § 3-29 annet punktum:

"Bortfall av rettsvernet etter § 3-34 ansees ikke som innfrielse".

Luftfartsloven § 3-34 omhandler virkningen av registreringen i luftfartsregisteret, og bestemmelsen i luftl. § 3-29 annet punktum er generelt utformet i den forstand at det ikke gjøres unntak for de tilfellene der den bakenforliggende heftelsen er et utlegg. Det kan hevdes at ordlyden i luftl. § 3-34, som § 3-29 annet punktum viser til, trekker i retning av at tilfellene av feilsletting faller utenfor denne bestemmelsen, da paragrafoverskriften i luftl. § 3-34 nettopp omtaler *"foreldelse av rettsvern"*(min kursivering).

Et bekreftende svar på dette vil etter mitt skjønn være et argument i retning av at luftfartslovens regulering får svekket rettskildemessig vekt for spørsmålet som behandles her. Slik jeg ser det, er det få argumenter som tilsier at foreldelse av rettsvern og feilaktig begjæring om sletting fra panthaver skal behandles ulikt⁶³. Det sentrale er at rettsvernsvirkningen er *bortfalt*, og at dette har sin årsak i forhold på panthavers side. Når en *direkte* anvendelse av bestemmelsen i luftl. § 3-29 annet punktum er *til hinder* for opptrinnsrett i tilfellene der rettsvernet foreldes, ville det være unaturlig å skulle legge til grunn at feilaktig begjæring om sletting, som *ikke* omfattes av bestemmelsen, må medføre at utlegget rykker opp i disse situasjonene når det tross alt ikke er noen grunn til å behandle de to typetilfellene forskjellig.

Bestemmelsen i luftl. § 3-29 annet punktum er blitt kritisert⁶⁴, og i burettslagslova § 6-9 er det ikke inntatt noen tilsvarende forutsetning:

"Når ikkje anna er avtala eller følgjer av stiftingsgrunnlaget eller av § 6-10, stig etterståande rettar opp utan endring av den innbyrdes prioriteten, i den grad ein rett med betre prioritet fell bort ved innfriing".

Ordlyden i burettslagslova § 6-9 gir således ingen veiledning ved vurderingen av om opptrinnsrett skal skje *utover* de tilfellene som etter en naturlig språklig fortolkning kan anses som *"innfriing"*.

5.2 Nærmere om forarbeidene

5.2.1 Forarbeidene til luftfartsloven bygger på utkastet til ny tinglysningslov

Luftl. § 3-29 bygger som sagt på utkastet til ny tinglysningslov § 24. I forarbeidene til luftfartsloven, Ot.prp.nr.84(1992-1993), vises det i merknadene til bestemmelsene om prioritet til det utkastet som ble avgitt i NOU 1982:17 *"Ny tinglysningslov"* på side 55 følgende. Ved utarbeidelsen av luftfartsloven ble det således ikke gitt noen selvstendig begrunnelse for hvorfor bestemmelsen i § 3-29 ble utformet som den ble.

Ved at Ot.prp.nr.84(1992-1993) viser til NOU 1982:17, gjøres utkastet gjennom denne henvisningen *direkte* til luftfartslovens forarbeider, med samme vekt ved lovtolkningen som for forarbeider i sin alminnelighet.

I NOU 1982:17 på s. 147 ga departementet følgende begrunnelse for utkastets § 24 annet punktum:

⁶³ Jfr. punkt. 5.5 nedenfor om de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

⁶⁴ Jfr. Skoghøy, s. 235, jfr. også punkt 6.4 nedenfor.

“Om rettsvernet skulle bli foreldet uten at fordringen materielt er opphørt, kan utvalget ikke se at det er noen rimelig grunn til at en utleggstaker dermed skal rykke opp”.

Begrunnelsen i forarbeidene for hvorfor de ønsket å foreslå en avvikende lovregulering sammenlignet med tidligere gjeldende ulovfestet rett, er i første rekke rettferdighetsbetraktninger, jfr. utsagnet om at de ikke fant noen *“rimelig grunn”* til hvorfor utleggstaker skulle rykke opp. For øvrig er det vanskelig å etterprøve begrunnelsen, da departementet nøyer seg med å vise til *fraværet* av slike rimelige grunner.

Videre uttalte departementet:

“Dertil legger utvalget vekt på at når regelen blir den samme for frivillige så vel som tvungne rettsstiftelser, unngår man den konflikt som i dag kan oppstå når den frivillige rettsstiftelse ikke rykker opp, mens det dårligere prioriterte utlegg gjør det”.

Rett nok er det et poeng å unngå de konflikter som kan oppstå dersom utleggspantet *ikke* rykker opp, mens kontraktspanthaveren blir stående. Konflikten kan illustreres med følgende eksempel: A har en avtalt panterett på første prioritet, B avtalepant på andre prioritet, C har et utleggspant. Dersom As rettsvern faller bort, virker det ved første øyekast lite rimelig at C skulle rykke opp på As plass, mens B blir stående.

Motargumentet er derimot åpenbart. Den regelen utkastet legger til grunn, åpner også for slike kompliserte prioritetskonflikter: dersom *ingen* rykker opp, men det i eksempelet ovenfor kommer til en D som tar et utlegg, eller der D er en avtalepanthaver uten kunnskap om A. Det virker urimelig dersom D skal ta over As plass, ettersom det er vanskelig å godta at utlegg D, tatt *senere* enn utlegg C, likevel skal ha prioritet *foran* C. Samtidig er det vanskelig å akseptere at D skal måtte stå tilbake for en heftelse uten rettsvern (*“A”*), bare fordi C mangler opptrinnsrett. En godtroende erverver D, kan under ingen omstendigheter måtte stå bak både A, B, og C, han har klart en begrunnet forventning om kun å stå bak B og C. Dette er en forventning som bygger på grunnbokens troverdighet, og som må beskyttes.

Tillates C å rykke opp på As plass, vil godtroende erverver trygt kunne gå inn bak C og B, og så blir A forskjøvet til helt sist, siden A mangler rettsvern. Det er en løsning i tråd med mesteparten av litteraturen på trekantede prioritetskonflikter generelt (der man lar kreditorbeslaget få den ledige plassen)⁶⁵. Etter mitt skjønn er det den konflikten som oppstår der man lar et *utlegg* rykke opp, men ikke en rett stiftet ved *avtale*, den *«trekantkonflikten»* som er enklest å løse godt, samlet sett⁶⁶.

Etter min mening er det videre grunnlag for å stille spørsmål ved om utvalget har oversett det faktum at *hensynene* bak opptrinnsretten for henholdsvis utleggspant og pant i form av frivillig avtaleervert er svært forskjellige. Opptrinnsretten for utleggspant er i hovedsak begrunnet i reglene om *kreditorekstinksjon* og *rettsvern*, jfr. punkt 3.3.1 ovenfor. Kreditorer behøver bare å respektere heftelser som har fått rettsvern, og ved kreditorekstinksjon er det blant annet uten betydning hvorvidt kreditorene var i ond eller god tro. Dette er forhold som en avtaleervert ikke kan påberope seg.

⁶⁵ Jfr. Borgar H. Berg, *“Tre trekanta prioritetskonflikter i fast eigedom”* i JV2001 s.28 for en generell omtale av problematikken og nedenfor i punkt 5.3.

⁶⁶ Jfr. punkt 5.5.3 nedenfor om hensynet til å unngå *“trekantede prioritetskonflikter”*.

5.2.2 Forholdet til opplåningsretten

Opptrinnsretten for avtaleerververe er derfor, slik jeg ser det, svakere legislativt begrunnet enn den opptrinnsrett som tilkommer utleggspanthavere. Et annet moment som etter mitt syn må tillegges vekt, er at det også på andre sentrale områder innen formueretten er forskjellige regler for en avtalepanthaver og en utleggstaker. I dette avsnittet skal opplåningsretten tjene til illustrasjon på dette poenget.

Opptrinnsretten for avtaleerververe som har fått den prioriteten de skal ha begrenses av at foranstående pantobligasjon *som hovedregel* har rett til å låne opp obligasjoner som helt eller delvis er tomme⁶⁷⁶⁸. For panteheftelser registrert i luftfartøy og borettslagsandeler⁶⁹ er derimot opplåningsadgangen *avskåret* dersom den bakenforliggende panteheftelsen er et utlegg. Bakgrunnen for disse bestemmelsene er hensynet til kreditorenes beslagsrett⁷⁰. Kreditorene skal kunne ta beslag i alt debitor eier, og når den foranstående panthaver ikke allerede har eksponert seg ved at kreditten er blitt effektivert, vil han ha plikt til å vise lojalitet overfor kreditorene⁷¹. Denne regelen må antas å gjelde også for andre formuesgoder⁷².

Vi ser altså at det for adgangen til opplåning av eksisterende panteretter er forskjellige regler for de tilfellene der den etterstående heftelsen er et utlegg, og der den etterstående er en frivillig rettsstiftelse. En kan til og med gå så langt som å si at utgangspunktene er *diametralt motsatt*; i tilfelle der etterstående er et avtalepant er opplåningsadgangen som hovedregel *fri* innenfor rammen av det opprinnelige pantekravets pålydende, og i tilfelle der etterstående er et utlegg er som hovedregel adgangen til opplåning *avskåret*. Begrunnelsen for denne forskjellen er at avtalepanthaveren har fått den plassen han har betalt for, mens det på den annen side er liten grunn til at debitor skal kunne skaffe ny kreditt på bekostning av utleggstakeren uten først å gjøre opp for seg⁷³.

Etter min mening er det derfor ingen god begrunnelse som gis i utkastet til ny tinglysningslov til hvorfor man ønsket å fravike fra det som var gjeldende rett på tidspunktet før utarbeidelsen av utkastet.

5.2.3 Forarbeidene til burettslagslova av 2003

I forarbeidene til burettslagslova, jfr. NOU 2000:17 på s. 144, viste departementet til spesialmotivene til bestemmelsen:

“I tinglysningslovutkastet og i luftfartslova er det fastsatt at bortfall av rettsvern etter reglene om forelding av rettsvern ikkje fører til oppstiging. Føresegna i luftfartslova om dette har vore kritisert, og utvalet er kome til at spørsmåla bør avgjerast etter ulovfesta regler. Helst må ein seie at utlegg stig opp når rettsvernet for betre prioriterte rettar blir forelda; foreldinga inneber at rettane ikkje lenger har vern mot nye utlegg, og da bør også utlegg som alt er registrerte, stige opp[...].”

Når forarbeidene uttrykkelig uttaler at problemstillingen bør *“avgjerast etter ulovfesta regler”*, er det klart at man ved ordlyden i burettslagslova § 6-9 ikke mente å regulere spørsmålet om etterstående utleggstakers eventuelle opptrinnsrett. Etter min mening kan utsagnet best tolkes dit hen at man

⁶⁷ Jfr. punkt 5.4 ovenfor og Skoghøys kommentar til panteloven, s.157.

⁶⁸ For en grundig behandling av reglene om opplåning, se Marthinussen s. 284.

⁶⁹ Jfr. luftfartsloven § 3-30 første ledd tredje punktum og burettslagslova §6-10 første ledd annet punktum.

⁷⁰ Jfr. Skoghøy, Panterett, s.243.

⁷¹ Jfr. Skoghøy, Panteloven, s. 170.

⁷² Jfr. Skoghøy, Panterett 2. utg. s. 215.

⁷³ Jfr. Skoghøy, Panteloven s. 167 og 170 om opplåning der etterstående panteheftelse hhv er et avtalepant og et utlegg.

ønsket å falle tilbake på rettsstilstanden slik denne var tidligere, altså gjeldende rett *før* utkastet til ny tinglysningslov, NOU1982:17. Dette utkastet, som luftfartsloven direkte bygger på, viser jo nettopp til at man med den nye tinglysningsloven ønsket "[å]avvike[...]fra gjeldende rett på dette området"⁷⁴. Som nevnt i punkt 3.4 ovenfor har NOU-ens vurdering av gjeldende rett riktignok ikke særlig vekt.

Selv om den rettsregelen man antok gjaldt i forkant av utkastet til ny tinglysningslov ikke var fullstendig klar, må det vektlegges at man i forarbeidene til burettslagslova uttrykkelig tok avstand fra den regelen som var kommet til uttrykk i luftfartsloven. Dette må føre til at luftfartslovens rettskildemessige vekt svekkes.

Det er heller ikke tvilsomt at betraktninger vedrørende bestemmelsens formål har rettslige *relevans* ved vurderingen av et konkret lovtolkningsspørsmål⁷⁵. Spørsmålet er hvilken *vekt* formålet med bestemmelsen i brl. § 6-9 skal tillegges ved løsningen av den konkrete problemstillingen. Da vi i norsk rett har tradisjon for en lovgivningsteknikk der ordlyden i bestemmelsene gjerne utdypes gjennom forarbeidene, er det gode grunner for at uttalelsen i forarbeidene til brl. § 6-9 tillegges vesentlig vekt ved tolkningen.

I forarbeidene til bestemmelsen i burettslagslova § 6-9⁷⁶, viste departementet til at ordlyden i bestemmelsen samsvarte med lovutvalgets forslag. Det var således bred enighet om at man ikke ønsket å regulere utleggstakers optrinnsrett.

Det er viktig å ha for øye at oppgaven omhandler pant i fast eiendom generelt, og forarbeidene til burettslagslova vil således ikke kunne få *direkte* betydning ved den rettslige vurderingen. Uttalelsene vil imidlertid få *indirekte betydning*, under henvisning til hensynet til sammenheng og konsekvens i regelverket. Som vist til i punkt 3.6, ble det her gjort et viktig poeng ut av at det ville være uheldig med forskjellige regler for henholdsvis borettslagsandeler og annen fast eiendom. Ved å se hen til argumentet om at borettslagsandeler registreres i samme registreringsordning som annen fast eiendom, vil den løsning som bestemmelsene i burettslagslova gir anvisning på, få stor betydning for oppgavens problemstilling.

På den annen side må det fremheves at i og med at luftfartsloven og burettslagslova har ulik regulering for det spørsmålet som behandles her, er dette etter mitt syn egnet til å svekke grunnlaget for analogiseringen ganske kraftig. En naturlig fortolkning av forarbeidene til burettslagslova gir liten veiledning, og den ulovfestede regelen man antyder å ville falle tilbake på er såpass uklar. Når dette er tilfellet, blir spørsmålet hvilke andre kilder som er egnet til å bidra til løsningen av oppgavens problemstilling.

5.3 Rettspraksis

5.3.1 Rt. 1930 s. 1120

En avgjørelse som ofte blir nevnt i teorien i drøftelsen av om det er optrinnsrett ved bortfall av rettsvern, er Rt-1930-1120 ("*Langelos Konkursbo*")⁷⁷. I dommen hadde et skadesløsbrev som lød på og var effektivt for kr 12 000, blitt nedkvittert til kr 5 000, hvilket ble tinglyst. Forutsetningen for nedkvitteringen var imidlertid at det skulle opptas et nytt lån i en sparebank til innfrielse av skadesløsbrevet, men debitor gikk konkurs før lånet ble utbetalt. Spørsmålet saken reiste var deretter

⁷⁴ Jfr. NOU 1982:17s.148.

⁷⁵ Jfr. Eckhoff, s.102-103.

⁷⁶ Jfr. Ot.prp.nr.30(2002-2003)s.285.

⁷⁷ Jfr. eksemplvis Falkanger/Falkanger, 7. utg.s.778.

om konkursboet, fordi panterettens maksimalsum var nedregulert på tidspunktet for konkursåpningen, kunne se bort i fra panteretten så langt den oversteg det nedregulerte beløpet.

Høyesterett uttalte at kvitteringen ikke inneholdt noe bevis for at skadesløsbrevet *“for nogen del var bortfalt”*, og at det må *“ha vært helt klart for alle interesserte, at Oluf Herlofsens Sønner AS ikke i virkeligheten har villet oppgi sin panterett for kr. 5000”*, på tross av at de fikk beløpet utbetalt ved hjelp av det nye pantelånet. Det presiseres altså at panteretten materielt sett var ment å skulle bestå mellom partene på tross av at pantets opprinnelige *maksimalsum*, eller *dekningsramme*, var nedskrevet til en lavere verdi enn før. Ved at nedkvitteringen ikke hadde medført at panteretten opphørte for det nedkvitterte beløpet mellom partene, kunne heller ikke *“den i henhold til kvitteringen foretagne avlysning ha denne virkning”*.

Høyesterett tok forbehold med hensyn til nedkvitteringens virkning overfor godtroende avtaleerververe, og uttalte:

“Uansett hva der maate gjelde herom, kan det ikke finnes tvilsomt at den rent formelle kvittering og avlysning av en behørig og tinglyst og fremdeles bestående panterett ikke kan paaberopes av eierens konkursbo”.

Uttalelsen går tilsynelatende ganske langt, og på tross av at panteretten ikke hadde rettsvern på det tidspunktet det ble åpnet konkurs, lot Høyesterett altså panteretten stå uberørt. Falkanger hevder avgjørelsen har som konsekvens at heller ikke regulær foreldelse av rettsvernet etter tinglysningslovens bestemmelser får noen betydning for eventuell opptrinnsrett til et *konkursbo*, og at avgjørelsen derfor går i retning av den løsningen som ble skissert i NOU 1982:17⁷⁸.

Dersom avgjørelsen har som konsekvens at heller ikke regulær foreldelse får betydning for hvorvidt et konkursbo behøver å respektere en rettsstiftelse, vil dommen etter mitt syn være et tungtveiende moment i retning av å nekte opptrinnsrett også for utleggstaker. Dette er fordi konsekvenshensyn tilsier at det ikke bør være forskjellige regler om kreditorkestinksjon for henholdsvis enkelt- og fellesforfølgning.

Nå kan det innvendes mot avgjørelsen at den strengt tatt ikke omhandlet spørsmålet om *opptrinnsrett* for konkursboet. Det rettslige spørsmålet som ble satt på spissen var derimot om det kunne gjøres *unntak* fra regelen om at panteretter må være *tinglyst* for å stå seg ovenfor konkursbeslag. Når dette ble besvart bekreftende, er resultatet retten kom til – at konkursboet ikke kunne beslaglegge den aktuelle panteretten – overraskende.

Bestemmelsen i den gamle konkursloven av 1863 § 128 – som konkursboet i avgjørelsen forgjeves påberopte seg – ga uttrykk for at *“pantedokumenter i fast Eiendom eller Skib samt Bygselsbreve og Leiekontrakter om fast Eiendom have ingen Gyldighed mod Boet, naar de ikke thinglyses førend efter Konkursens Aabning”*. I overrettens begrunnelse, som Høyesterett i all vesentlighet sluttet seg til, ble det i uttalt at formålet med bestemmelsen i § 128 var *“at skaffe vitterlighed overfor konkursboet for at en rettighet er ervervet”*, og at den *“omhandler hvad der kreves for at rettshandler fra skyldneren skal ha gyldighed (staa sig) overfor konkursboet”*.

Overrettens flertall konkluderer deretter med at det var tilstrekkelig at panteretten (skadesløsbrevet) *“i sin tid er tinglyst”*, samt at transaksjonen også kunne kreves omgjort overfor skyldneren. Konkursboet kunne etter rettens mening ikke få bedre rett enn debitor, og man kunne heller ikke

⁷⁸ Jfr. Falkanger/Falkanger(7.utg.)s.779.

kreve ny tinglysning for at rettigheten skulle stå seg overfor konkursboet. Høyesterett sluttet seg som nevnt til overrettens flertall.

Ser man på de underliggende realiteter, oppstiller Høyesterett egentlig et unntak fra den lovfestede rettsvernsregelen man hadde i konkursloven § 128, blant annet begrunnet i hensynet til notoritet ("vitterlighet"). Jeg er derfor enig med mindretallet i overretten, som uttalte:

"I det foreliggende tilfellet anser jeg det for avgjørende, at der ved konkursens aabning ingen tinglyst panteheftelse forelaa, hvorvidt angaar de omtvistede 5 000 kr. At denne panteheftelse tidligere hadde vært tinglyst, men før konkursens aabning var blitt avlyst, kan saavidt skjønnes ikke medføre nogen undtagelse fra regelen i konkurslovens § 128".

Kravet om at en heftelse må være tinglyst for å stå seg overfor konkursboet, er videreført i dagens tingl. § 23. Dette viser at lovgiver ønsker å holde fast ved den ordning at det kreves tinglysning for å ha rettsvern mot et konkursbo.

I tillegg er Høyesteretts praksis i dag klar, og det er inntatt en sterkt avvisende holdning mot å innfortolke unntak fra de lovfestede rettsvernsreglene. Både den tidligere nevnte Rt-1997-1050 og Rt-1998-268 viser at Høyesterett holder seg til rettsvernsreglene, selv om det ikke er noen som helst grunn til å anta at det var fingert noen transaksjon til skade for kreditorene.

I Rt-1997-1050("Momentum") ble aksjer registrert i verdipapirsentralen ved en feil registrert på en konto som var pantsatt. Panthaver nektet imidlertid å medvirke til omregistrering slik at kjøper ikke fikk registrert sitt erverv før konkurs ble åpnet hos selgeren, som er kravet til rettsvernsakt etter verdipapirsentralloven § 5-3. Panthavers nektelse av å medvirke til omregistrering var klart rettsstridig, men annenvoterende uttalte på vegne av flertallet:

"Det klare utgangspunktet er at rettsvernsregler gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene".

Både tingl. § 23 og klar praksis fra Høyesterett må derfor føre til at resultatet i Rt-1930-1120 ikke kan opprettholdes i dag. Kanskje bør avgjørelsen best betraktes som et arbeidsuhell.

5.3.2 RG 1957 s. 585

Av nyere praksis som direkte behandler oppgavens problemstilling, er det – så vidt jeg har kunnet se – ingen dommer fra Høyesterett. I RG-1957-585 fra Eidsivating kom imidlertid spørsmålet om utleggstakers opptrinnsrett på spissen. Hovedspørsmålet i saken var om bestemmelsen i tinglysningsloven § 30 måtte forstås slik at rettsvernet til en utleggsforretning i sin helhet falt bort ved utløpet av den 5-årsfristen bestemmelsen oppstiller, og om dette i så fall også gjaldt for etterstående utleggsforretninger tinglyst før fristens utløp.

Den ankende parten – innehaveren av utleggsforretningen som ikke hadde blitt tinglyst på nytt innen utløpet av 5-årsfristen – gjorde forgjeves gjeldende at bestemmelsen i tinglysningsloven § 30 første punktum var slik å forstå at utløpet av fristen kun hadde til følge at tinglysningsvirkningen av utleggsforretningen falt bort med hensyn til senere tinglyste panteheftelser, og at utlegget beholdt sin prioritet overfor heftelser som allerede var tinglyst før fristens utløp.

Lagmannsretten var ikke enig i dette, og uttalte enstemmig at bestemmelsene i tinglysningsloven §§ 28-30 hadde som formål å få rensset grunnboka for presumptivt bortfalte heftelser. Etter rettens mening måtte tinglysningsloven § 30 etter sin ordlyd forstås slik at det rettsvernet en utleggsforretning hadde oppnådd ved tinglysning, i sin helhet falt bort ved 5-årsfristens utløp, og at dette også gjaldt overfor tidligere tinglyste utleggsforretninger. Som begrunnelse for resultatet uttalte retten for det første at dette ville *”gi en praktisk orden”*. Retten vektla også at en annen forståelse ville kunne *”føre til en innviklet prioritetsorden og vanskeliggjøre gjennomføringen av tvangsauksjoner, særlig med hensyn til oppgjøret, likesom den i det hele vil gjøre panteforholdene uoversiktlige”*. Det siktes her trolig til de problemer som kan oppstå dersom det kommer til et nytt utlegg – skal dette rykke opp på den ledige plassen til fortrensel for et allerede etablert utlegg?

Av særlig interesse er rettens bemerkning om at det ikke bare er for rettighetshavere med utlegg tinglyst etter femårsfristens utløp det vil være av betydning å kunne stole på hva grunnboka viser med hensyn til heftelser som er slettet. Også for dårligere prioriterte utlegg tinglyst før fristens utløp, ville dette kunne ha interesse. Dette er også etter mitt syn et godt poeng fordi det kan påvirke muligheten til å få gjennomført et tvangssalg, ved at det følger av dekningsprinsippet⁷⁹ at det blir færre rettsstiftelser for foranstående utlegg som må dekkes i tilfelle av tvangssalg. Dersom man derimot ikke vet nøyaktig hvor mange rettsstiftelser som er bedre prioritert, kan det føre til at man kaster bort ressurser på å forsøke å begjære tvangssalg i den tro at andre utlegg er bortfalt, noe som er uheldig.

Lagmannsretten uttalte deretter at rettspraksis rett nok i flere tilfelle hadde slått fast at en pantobligasjon i fast eiendom ikke rykker opp i prioritet fordi en bedre prioritert obligasjon mister sin rettsbeskyttelse på grunn av at ny tinglysning er forsømt. Disse avgjørelsene bygget imidlertid *”vesentlig på kontraktsforholdet mellom pantehaveren og debitor”*, og retten uttalte:

”Forholdet er et annet når det gjelder utleggsforretninger. En utleggshaver tar den plass han kan få i prioritetsrekken og spørsmålet om hans gode tro kommer overhodet ikke inn”.

Selv om avgjørelsen er en underrettsdom, og av den grunn har noe svekket rettskildemessig vekt⁸⁰, er det den eneste dommen som direkte behandler problemstillingen. Avgjørelsen er dessuten velbegrunnet. Sammenholdt med at teorien på den tiden relativt enstemmig støtter opp om løsningen, gir dette grunnlag for å hevde at det er en viss fasthet i den rettsoppfatning at utleggstaker rykker opp.

5.4 Oppfatningen i den juridiske teori

På bakgrunn av at spørsmålet om opptrinnsrett – i alle fall før kodifiseringen for luftfartøy og borettslagsandeler – i hovedsak er basert på ulovfestet rett, inneholder de fleste panterettslige fremstillinger en drøftelse av problemstillingen. Den juridiske teoriens vekt som rettskilde er spesiell. Som Marthinussen fremhever, må *”dens vekt... i stor grad avgjøres ut i fra hvilke rettskilder den bygger på”*⁸¹. Avgjørende for spørsmålet om det er opptrinn for utleggspant ved bortfall av tinglysningsvirkningen for foranstående panteheftelse, må derfor utelukkende bero på en vurdering av de rettskilder som juridisk teori oppstiller, vurdert opp mot de øvrige relevante rettskilder. Teorien kan imidlertid etter hvert få en viss tyngde i kraft av hensynet til innrettelse og forutberegnelighet.

⁷⁹ Jfr. tvangsl. §§ 11-20 og 11-21.

⁸⁰ Jfr. Eckhoff/Helgesen, Rettskildelære, 4. utg. s. 160.

⁸¹ Jfr. Jussens Venner, 2003, s.264.

Rettspraksis viser at slike festnede rettsoppfatninger i litteraturen kan bli ansett som et uttrykk for gjeldende rett⁸². Slikt sett kan teorien etter hvert få betydning som rettsoppfatning.

Den juridiske teorien bygger i første rekke på en drøftelse av reelle hensyn. Det er likevel ikke alltid like lett å se *begrunnelsen* for de ulike synspunktene forankret i rettskilder, noe gjennomgåelsen rett nedenfor vil vise. Dette er noe som særlig gjelder den eldre litteraturen som Augdahl og Arnholm.

Augdahl er blant de som er klarest på at bortfall av rettsvern må medføre opptrinn. Han uttaler at *"oprykning kan undertiden finne sted uten at den foranstående panterrett bortfaller, nemlig hvis den taper sitt rettsvern.."*⁸³, men at dette *"ikke kan påberopes av en kontraktspanthaver som på pantsettelsestiden kjente den eldre rett"*⁸⁴. Opptrinn vil etter Augdahls syn ikke bare skje der den etterstående heftelsen er et utlegg, men også der det er en kontraktspanthaver som blir stående bak den panteretten som nå har mistet sitt rettsvern. Forutsetningen for at kontraktspanthaveren skal rykke opp er imidlertid at vedkommende er blitt stående på dårligere prioritet på grunnlag av kollisjonsnormene.

Bakgrunnen for hans synspunkt er vanskelig å forankre i rettslige kilder. Noe ytterligere grunnlag for standpunktet – annet enn at opptrinnsretten blant annet *"finner sted... hvis(panteretten)taper sitt rettsvern"* – gir han ikke, og det er derfor vanskelig å etterprøve. Etter mitt skjønn gir han derfor ingen rettskildestøtte for sitt syn.

I Arnholms panterett fra 1960 på s. 190-191 uttales følgende i kapittelet om opptrinnsrett:

"Utleggshaveren skal få legge hånd på skyldnerens ting for å få dekning. Står andre med bedre rett i tingen, må han respektere det. Men dette er nettopp et kollisjonstilfelle – utleggshaveren skulle hatt den fulle dekningsrett, men må foreløpig nøye seg med en sekundær rett. Den er ofte dårlig nok, så opptrinnsretten er høylig nødvendig. Faller den konkurrerende rett bort, er det ingen grunn til at eieren vilkårlig skal kunne sette en annen på den ledige plass, og enda mindre til at en ny utleggstaker skal kunne ta plassen og dermed komme forbi den eldre. Nektet man utleggstakeren opptrinnsrett, ville det i praksis bety at han måtte ta nytt utlegg når en plass ble ledig, for å få den stilling han helst burde hatt fra først av".

Som avsnittet indikerer, går også Arnholm langt i å tillate opptrinn for utleggstaker. Resonnementet synes å bygge på at en utleggstaker allerede ved etableringen hadde krav på full dekning; den dekning som den foranstående panteheftelsen var til hinder for. Etter hans syn er den *"ledige plassen"* et formuesgode som kan beslagslegges etter hovedregelen om kreditorenes beslagsrett i dekningsloven § 2-2⁸⁵. Som begrunnelse for hvorfor opptrinn bør være den naturlige konsekvens, vektlegger han også hensynet til at en *ynge* utleggstaker ikke skal kunne beslaglegge den prioriteten som har mistet rettsvernet. Dette standpunktet har gode grunner for seg, jfr. ovenfor punkt 5.2.1 og nedenfor under punkt 5.5.3. Det ville være uheldig om et *ynge* utlegg skulle beslaglegge plassen uten rettsvern til fortrengsel for det eldre utlegget som har rettsvern. I praksis ville dette føre til at den

⁸² Jfr. eksempelvis Rt-1995-209 som fastslår organansvar for oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-6, hovedsakelig med grunnlag i en etablert oppfatning i juridisk teori.

⁸³ Jfr. Augdahl, Panterett 1932, s.165.

⁸⁴ Noe som for så vidt også følger av ordlyden i tingl. § 21 første ledd om den erverver som *"kjente eller burde kjenne den eldre rett"*.

⁸⁵ Jfr. Arnholm, Panteretten, s.277.

yngre utleggstakeren ekstingverte seg *forbi* det allerede etablerte utlegget, noe som er en ulogisk og lite heldig løsning⁸⁶.

Dette støttes også av Skoghøy, som uttaler følgende om luftl. § 3-29 annet punktum⁸⁷:

“En regel om at kreditorbeslag og andre rettsstiftelser som blir holdt nede på grunnlag av rettsverns- eller ekstinksjonsreglene, ikke skal rykke opp dersom rettsvernet for kolliderende rettsstiftelser faller bort, virker imidlertid fullstendig ulogisk og lite gjennomtenkt”.

Som gjennomgåelsen har vist, er det en bred oppslutning i teorien blant både Arnholm, Augdahl, og Skoghøy at utleggstaker vil rykke opp dersom tinglysningsvernet for foranstående heftelse faller bort. Også Lilleholt⁸⁸, Austenå, Harbek/Solem⁸⁹ og Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech⁹⁰ er av denne oppfatning.

Av teoretikere som derimot mener det *ikke* er opptrinnsrett for utleggspant, er det – etter det jeg har kunnet se – kun Falkanger som i dag står for dette synet⁹¹. Selv om det etter hans syn riktignok følger av alminnelig lære at utleggspantet rykker opp, vektlegger han den avvikende regel som ble foreslått i NOU 1982:17 s. 148, og som resulterte i luftl. 3-29 annet punktum. Etter hans mening bør luftfartslovens regel legges til grunn også for fast eiendom, men uten å gi noen nærmere begrunnelse. Han finner tilsynelatende ikke noen grunn til å legge vekt på at man i burettslagslova bevisst unnlot å følge opp reguleringen i luftfartsloven § 3-29 annet punktum.

5.5 I hvilken retning trekker egentlig de ulike reelle hensynene?

5.5.1 Utgangspunkt – preventive hensyn

Et sentralt og viktig utgangspunkt i den dynamiske tingsretten er at den som *“kan klandres eller som har lagt forholdene til rette for dobbeltsuksjonskonflikter, kan måtte finne seg i at hans rett blir ekstingvert”*⁹². Bakgrunnen for at dette hensynet er blitt ansett sentralt, er først og fremst *preventive hensyn*; rettsreglene skal bidra til å redusere antall konflikter. Overført på den foreliggende problemstillingen kan det med tyngde hevdes at *“den som har mulighet til å forhindre at konflikt(en) oppstår, taper sin rett dersom han ikke gjør det”*⁹³. Dette grunnleggende hensynet har også forutsetningsvis kommet til uttrykk i tinglysningslovens bestemmelser. Dersom man unnlater å tinglyse sin rett, og på den måten sikrer seg mot at rettsforgjengeren disponerer i strid med sin rett, risikerer man samtidig at ens rett blir ekstingvert, jfr. tingl. § 20. Prevensjonshensynet er videre kommet til uttrykk i bestemmelsene om foreldelse av tinglysningsvirkningen, jfr. tingl. §§ 28-32 og punkt 4.1.2 ovenfor. Disse bestemmelsene bygger på en klar forutsetning om at det kreves en viss aktivitet og påpasselighet fra rettighetshaveren for opprettholdelse av rettsvernet. Særlig klart kommer dette frem ved at rettighetshaveren ikke får noen meddelelse om at fristen etter §§ 28, 29 og 30 er oppfylt, og som nevnt ovenfor i punkt 4.2 faller tinglysningsvirkningen bort i det øyeblikket fristen utløper, uavhengig av hvorvidt heftelsen rent faktisk er slettet.

Det kan derfor argumenteres for at den pantshaver som ikke sørger for å ha rettsvernet i orden, selv løper en risiko, og dette er etter mitt syn et sentralt hensyn ved vurderingen av om utleggstaker skal

⁸⁶ Jfr. punkt 6.5.3 nedenfor om hensynet til å unngå *“trekantede prioritetskonflikter”*.

⁸⁷ Skoghøy, s.236.

⁸⁸ Jfr. Lilleholt, s.173.

⁸⁹ Jfr. Austenå/Harbek/Solem, s.235.

⁹⁰ Jfr. Høgetveit Berg/Bråthen-Otterbech, s.331

⁹¹ Jfr. Falkanger/Falkanger ser ut til å ha endret oppfatning i den nyeste utgaven(7. utg.) av tingsrett, s. 778.

⁹² Jfr. Marthinussen, JV2003 på s.269, og ellers også Lilleholt, Godtroervert og kreditorvern, 3. utg. s.31.

⁹³ Jfr. Marthinussen i JV2003 s.269.

rykke opp. Når en panterett representerer en særrett til dekning som presumptivt skal gi dekning *foran* alle de øvrige kreditorer, tilsier dette at panthaver har oppfordring til selv å sørge for at rettsvernet er i orden. Overført til problemstillingen vil heftelsen beholde sin opprinnelige prioritet dersom den tinglyses på nytt innen utløpet av den fristen som følger av tinglysningsloven §§ 28-30⁹⁴. Dersom dette ikke gjøres, kan panthaveren heller ikke beklage seg over at prioriteten går tapt. Hensynet til prevensjon trekker med andre ord i retning av å tillate opptrinn for etterstående utlegg ved foreldelse av tinglysningsvirkningen for den foranstående heftelsen.

Også for de situasjoner der rettsvernet bortfaller på grunnlag av feilaktig begjæring om sletting fra panthavers side, er hensynet til prevensjon treffende. Etter mitt syn må det i slike tilfeller være panthaver som er nærmest til å bære risikoen for sine forutsetninger. Har han eksempelvis misforstått, og overhodet ikke ment å få heftelsen slettet, eventuelt nedskrevet, vil det likevel være naturlig at han selv må bære risikoen for misforståelsen.

Noe vanskeligere blir spørsmålet der det ikke er panthaveren selv som direkte er å klandre. Panthaveren er eksempelvis blitt lurt av en tredjeperson til å be om sletting eller nedskrivning av pantets verdi. Det er imidlertid få argumenter som tilsier at det bør foretas en sontring mellom tilfellene der panthaveren blir sveket eller lurt av en tredjeperson, og der han selv er direkte årsak i den feilaktige begjæringen om sletting. Fordi vi her befinner oss på formuerettens område, er hensynet til hvem som bør bære risikoen for at konflikten har oppstått, aldri en konkret rimelighetsvurdering⁹⁵. Det sentrale er hvem av partene i konflikten som *på generelt grunnlag* ligger nærmest til å bære risikoen, sett i lys av at formålet er å skape en god alminnelig regel. Når bakgrunnen til at dette momentet vektlegges så sterkt som nevnt er *preventive hensyn*, tilsier dette hensynet at det er den som tross alt har hatt muligheten til å forhindre konflikten som må gi tapt overfor etterstående utleggstaker. Dette må etter mitt syn gjelde uavhengig av om vedkommende ble lurt eller kanskje til og med svindlet av en tredjemann.

En avgjørelse som kan være egnet til å illustrere dette, er dommen inntatt i Rt-1996-918 ("*Landkreditt*"), der Høyesterett ga medhold i påstand om ekstinksjon av en panterett i fast eiendom. Her var forholdet at en mann kort tid før skilsmissen alene utferdiget en pantobligasjon i en boligeiendom som han eide sammen med ektefellen, men der han hadde grunnbokshjemmelen. Pantsettelsen skjedde uten hustruens samtykke. Ved senere tvangsauksjonsoppgjør gjorde hustruen forgiveves gjeldende rettigheter i strid med panthavers interesser.

Nå var resultatet i avgjørelsen, at banken ble gitt medhold i sin påstand om ekstinksjon, riktignok betinget av at ekstinksjonsvilkårene var oppfylt. Like fullt var det hustruen som måtte gi tapt overfor banken, og avgjørelsen har som konsekvens at sameieandeler opparbeidet etter prinsippene i "*Husmordommen*" (Rt-1975-220) fordrer tinglysning for å være beskyttet overfor godtroende omsetningsserverver. På denne måten er det den hjemmeværende ektefellen som er ansett nærmest til å bære risikoen for at den andre misbruker grunnbokshjemmelen. Selv om resultatet ved første øyekast kan synes urimelig, er den etter mitt syn egnet til å illustrere det poeng at vurderingen av hvem som er nærmest til å bære risikoen for at konflikten oppstod, i all hovedsak foregår på *regelplanet*.

5.5.2 Notoritetshensynet

Et annet hensyn som må tas i betraktning, er hensynet til at en rettsstiftelse er *notorisk*. Rettsverns- og prioritetsreglene for pant i fast eiendom er gitt for å bøte på den faren som oppstår ved at det kan

⁹⁴ Jfr. Austenå/Harbak/Solem, s.234-235.

⁹⁵ Jfr. bl.a. Torstein Eckhoff, "Trekantede prioritetskonflikter", i Lov, dom og bok, Festskrift til Sjur Brækhus (1988) s. 123-130. Se også Brækhus/Hærem s. 410.

være vanskelig å bevise hvilken panterett som er stiftet først – samt for å gi notoritet og publisitet overfor panthavere som måtte komme til senere. Bevisreglene er med andre ord ansett utilstrekkelige. Reglene om rettsvern fastslår rekkefølgen – prioriteten – for panterettene.

Prioritetsreglene er i utgangspunktet *unntaksregler* fra prinsippet om *først i tid, best i rett*. Men hva er egentlig det bakenforliggende hensynet bak unntaket om at kreditorene kun behøver å respektere heftelser som er reelle, gyldige og har rettsvern? Svaret på dette er at reglene om kreditorstinksjon i hovedsak er utformet for å hindre *kreditorsvik*. Kreditorsvik vil i denne sammenhengen si at formuesgoder blir unndratt fra kreditors dekningsrett med påstander om at tredjeperson har en stiftet rett i formuesgodet⁹⁶. Det er i første rekke for å hindre kreditorsvik at man oppstiller krav om at rettsstiftelser skal være *notoriske* for å ha rettsvern overfor kreditorene; det er *notoritetsbehovet* som er begrunnelsen for rettsvernskravet.

Der en panteheftelse mister sitt rettsvern etter bestemmelsene i tinglysingsloven §§ 28-32 vil panteretten likevel være *etterprøvbar* – og altså *notorisk* med hensyn til *tidspunktet* for registreringen. Notoritets hensynet skal sikre at kreditorene bare står bak *reelle* rettsstiftelser, og det er derfor det oppstilles krav om at en disposisjon må være notorisk for å ha vern mot kreditorene. Den største faren for kreditorsvik kan hevdes å ligge i den opprinnelige tinglysningen. Når det grunnleggende hensynet bak reglene om kreditorstinksjon – *notoritets hensynet* – ikke treffer i situasjonene der rettsvernet til en panteheftelse foreldes etter tinglysningslovens bestemmelser, kan dette hevdes å være et tungtveiende hensyn i retning av at det ikke bør være opptrinnsrett for den etterstående utleggspanterett.

Den juridiske teorien bygger som nevnt sin drøftelse på reelle hensyn. Det er derfor bemerkelsesverdig at ingen forfattere – det jeg har kunnet se – overhodet ikke har nevnt hensynet til at den foranstående heftelsen tross alt er *notorisk* med hensyn til tinglysningstidspunktet. Når det som her gjelder å fastlegge innholdet av en ulovfestet rettsregel som er både omtvistet og uklar, er det etter mitt syn oppsiktsvekkende at et av de mest grunnleggende hensynene bak reglene om kreditorbeslag ikke er blitt tillagt større vekt.

På den annen side skaper registreringen i tinglysningsregisteret slik også Lilleholt anfører ikke bare notoritet om "*tidspunktet*" for registreringen, "*men til en viss grad også om innholdet av den eldre retten*"⁹⁷ (min understrekning).

Formålet med bestemmelsene i tingl. §§ 28-32 er som nevnt å få sanert grunnboken for heftelser som man *antar* ikke lenger er *reelle*, nettopp for å øke grunnbokens rettslige troverdighet. Dette kommer særlig klart til uttrykk ved at slettelse skjer *ex officio* med hjemmel i §§ 28-32, jfr. tingl. § 31. Bortfall av rettsvernet er, som omtalt i punkt 4.2, heller ikke avhengig av at registerføreren faktisk sletter heftelsen fra grunnboken. Når begjæring om sletting er anmerket i grunnboken, fjernes dokumentet fra databasen for tinglyste rettsstiftelser, og overføres til en særskilt database ("*den historiske grunnboken*"), jfr. tinglysningsforskriften § 18 første ledd. I forlengelsen av dette blir problemstillingen om det er en *mulighet* for at heftelsen *egentlig er bortfalt* dersom heftelsen ikke tinglyses på nytt innen utløpet av 30-årsfristen i tingl. § 28, og at dette igjen øker mulighetene for at man benytter den på en svikaktig måte i forbindelse med kreditorforfølgning.

For utlegg er som nevnt foreldelsesfristen vesentlig kortere, jfr. tingl. § 30 om at virkningen av utlegg foreldes innen fem år. Utgangspunktet ved kreditorbeslag er at debitor skal tvinges til å betale sin gjeld, ved at hans formuesgoder tjener til dekning. Selv om det kan innvendes at femårsfristen

⁹⁶ Jfr. Lilleholt, Godtroerverv og kreditorstinksjon, 3.utg. s.169.

⁹⁷ Jfr. JV1996 s. 88.

inneholder en oppfordring om å gå til de nødvendige rettslige skritt for inndrivelse av pantet innen tidsfristen – og at dette kan forsvare en vesentlig kortere foreldelsesfrist for utlegg – kan det etter mitt skjønn ikke på tilsvarende måte som ovenfor legges til grunn at det er en mulighet for at heftelsen er bortfalt etter utløpet av den femårsfristen som gjelder for utlegg.

På tilsvarende måte som ved foreldelse, kan det ved sletting etter feilaktig begjæring om dette fra panthaver legges til grunn at heftelsen er notorisk med hensyn til *tinglysningstidspunktet*. Det kan imidlertid ikke på samme måte som ovenfor hevdes å være muligheter for at heftelsen må regnes som bortfalt når rettsvernet blir slettet fra grunnboken i slike situasjoner. Slikt sett kan notoriteten med hensyn til tinglysningstidspunktet også her sies å være et argument i retning av å avskjære opptrinnsrett.

5.5.3 Hensynet til å unngå «trekantede» prioritetskonflikter

I punkt 5.5.1 rett ovenfor har jeg anført at det er et sentralt og viktig hensyn i den dynamiske tingsretten at den som kan klandres for at konflikten har oppstått, kan måtte finne seg i at hans rett blir ekstingvert. På et mer overordnet plan finner vi hensynet til å unngå konflikter. Dette argumentet kan sies å trekke i to forskjellige retninger. Ved å *nekte* opptrinnsrett for utleggstaker unngår man den konflikt at en frivillig rettsstiftelse ikke rykker opp, mens det dårligere prioriterte utlegg gjør det. Dette var som vi har sett en del av begrunnelsen for hvorfor utvalget ønsket å fravike tidligere antatt rettstilstand i NOU 1982:17 på side 148.

I den andre enden av skalaen finner vi hensynet til å unngå de konflikter som kan oppstå dersom utleggspanteretten *ikke* rykker frem – også kalt "*trekantproblemet*"⁹⁸. Dette er et hensyn som etter mitt syn gjør seg like sterkt gjeldende uavhengig av om rettsvernet har bortfalt som følge av foreldelse etter bestemmelsene i tingl. §§ 28-32, eller etter feilaktig begjæring om sletting fra panthaver. Problemstillingen kan illustreres ved følgende eksempel: en avtalepanterett er stiftet på beste prioritet, etterfulgt av et utlegg. Hva blir løsningen dersom tinglysningsvirkningen til avtalepanteretten foreldes eller dette slettes etter feilaktig begjæring om dette, og det deretter kommer til et utlegg nummer to? For at problemstillingen i det hele tatt skal oppstå, er det en forutsetning at også det *senere* tinglyste utlegget skal kunne ekstingvere avtalepanteretten som nå er uten rettsvern. Som vi husker fra punkt 4.1.2 ovenfor ble det lagt til grunn at tingl. § 20 forutsetter at en panteheftelse vil kunne bli ekstingvert av en senere rettsstiftelse dersom virkningen av tinglysningen bortfaller, men at det for avtaleerverv ("*rettshandel*") er et vilkår om aktsom god tro med hensyn til den tidligere heftelsens eksistens, jfr. tingl. § 21 første ledd.

Dersom det allerede etablerte utlegget i eksempelet ovenfor nektes opptrinnsrett, vil dette ha som konsekvens at utleggspant *nummer to* rykker frem på førsteprioritet, med utlegg nummer én stående bak. Avtalepantet ("*A*") vil da bli stående på tredje prioritet.

En utleggstaker har som ufrivillig kreditor ingen muligheter til å forhandle frem en bestemt prioritet. Når en utleggscreditors eneste interesse er å tre inn i – beslaglegge – den beste ledige prioriteten til enhver tid⁹⁹, vil det etter mitt syn gi en uheldig løsning dersom det allerede etablerte utlegget – som uomtvistelig har rettsvern – skal måtte vike tilbake for det utlegget som er kommet til *senere*. Støttet oppunder av at utleggstaker har et legitimt behov for å vite hvor mange bedre panteretter som har krav på dekning før han selv, er dette momentet tungtveiende. Dette er fordi det følger av dekningsprinsippet, jfr. tvangsl.. §§ 11-21 og 11-21, at den aktuelle panthaveren først vil kunne presse gjennom et tvangssalg der *alle* bedre heftelser dekkes. Som tidligere nevnt er den konflikten

⁹⁸Jfr. Borgar H. Berg, "*Tre trekantet prioritetskonflikter i fast eiendom*" i JV2001 s.28 for en generell omtale av problematikken.

⁹⁹ Jfr. Falkanger i TFR 1973 s.160 og Falkanger, Tingsrett 6.utg. s.695, jfr. s.689-690. Se også Rt-1940-221 ("*Fru Sønjus konkursbo*").

som oppstår der man lar et *utlegg* rykke opp, men ikke en rett stiftet ved *avtale*, den «*trekantkonflikten*» som er enklest å løse godt, samlet sett.

Et annet moment som taler for den løsning at det allerede etablerte utlegget bør rykke opp, er de praktiske problemer som kan oppstå. Ofte vil den første utleggstakeren i eksempelet ovenfor ikke engang være klar over at tinglysningsvirkningen for den foranstående panteheftelsen er bortfalt, og vedkommende kan da vanskelig hevdes å ha en oppfordring til å tinglyse utlegget på nytt, eventuelt å ta nytt utlegg for sitt krav.

Ved at tingl. § 20 *forutsetter* at en panteheftelse vil kunne bli ekstingvert av en senere rettsstiftelse dersom virkningen av tinglysningen bortfaller, vil utleggspanthaveren – dersom det legges til grunn at utlegget ikke rykker opp i prioritetsrekken dersom rettsvernet for den foranstående heftelsen faller bort – i alle fall kunne rykke frem i prioritetsrekken dersom det skaffes nytt rettsvern for det etterstående utlegget. En alternativ løsning er å ta et *nytt utlegg* for det aktuelle kravet¹⁰⁰. Sett i sammenheng med avsnittet ovenfor om at utleggstakeren ofte ikke vil være klar over at tinglysningsvirkningen er blitt foreldet eller slettet etter feilaktig begjæring om dette, vil dette være en tungvint, unødvendig og lite praktisk gjennomførbar omvei, som det etter min mening ikke er rimelig å tvinge kreditorene til å ta.

5.6 Bør løsningen være å falle tilbake på tidligere ulovfestet rett, og hva er i så fall den ulovfestede regelen?

Som vi har sett er det i teorien bred oppslutning om at utleggstakeren rykker opp der rettsvernet for foranstående panteheftelse bortfaller ved foreldelse av tinglysningsvirkningen. Denne oppfatningen strekker seg langt tilbake i tid, fra Augdahls panterett fra 1932 og Arnholms lærebok fra 1964. Rettspraksis viser at festnede oppfatninger i litteraturen kan bli ansett som et uttrykk for gjeldende rett. Et eksempel på dette gir den tidligere nevnte avgjørelsen i Rt-1995-209, som fastslår organansvar for oppreisning etter skadeserstatningslovens § 3-6, fortrinnsvis med grunnlag i en etablert oppfatning i juridisk teori¹⁰¹. Resultatet i saken kan imidlertid også forankres i den inngående vurderingen av de reelle hensyn som Høyesterett foretok¹⁰².

Argumentasjonen i teorien er som fremholdt noe ensidig, særlig fordi ingen forfattere ser ut til å ha vurdert hensynet til at den foranstående heftelsen kan hevdes å være notorisk med hensyn til *tidspunktet* for registreringen. Når det er notoritetsbehovet som er den bærende begrunnelsen bak reglene om kreditorekstinksjon, og som er styrende for utformingen av rettsvernsreglene, må dette være et moment i retning av at utleggspanteretten *ikke* rykker opp. Jeg er imidlertid enig med Lilleholt i at registreringen i tinglysningsregisteret ikke bare skaper notoritet om *tidspunktet* for registreringen, men til en viss grad også om *innholdet* av den tidligere retten. Dersom man ved tolkningen av foreldelsesbestemmelsene i tinglysningsloven legger til grunn at en tinglyst avtalepanterett må regnes som bortfalt ved utløpet av 30-årsfristen, kan heftelsen ikke lenger sies å være *fullt ut notorisk*. Slikt sett kan det anføres å foreligge notoritetsproblemer i disse tilfellene, og da er kanskje ikke notoritets hensynet så tungtveiende som først antatt.

Etter en totalvurdering av rettskildesituasjonen vil det riktige etter min mening være å legge til grunn den samme prinsipielle betraktningen som ofte ellers gjøres ved tredjemannskonflikter, nemlig hvem som kan klandres eller som har lagt til rette for at konflikten kunne oppstå. Det vil da være den panthaver som ikke sørger for å tinglyse på nytt før utløpet av den tidsramme som oppstilles i tingl.

¹⁰⁰ Tilsvarende Skoghøy, s. 235.

¹⁰¹ Eksemplet er hentet i fra Marthinussen i JV2003 s.272.

¹⁰² Tilsvarende Marthinussen i JV2003 s.272.

§§ 28-32, som må gi tapt overfor etterstående utleggstaker. Denne løsningen er også i samsvar med prinsippet om grunnbokens troverdighet.

Bestemmelsene i tingl. §§ 28-32 bygger som nevnt på en forutsetning om at det kreves en viss aktivitet og påpasselighet fra rettighetshaveren for opprettholdelse av rettsvernet. Løsningen om opptrinnsrett medfører at etterstående utleggstaker vil kunne gjøre krav på den prioriteten som har mistet sitt rettsvern, og således ekstingvere seg fremover i prioritetsrekken.

Med støtte i RG-1957-585 er dette også i samsvar med hensynet til å unngå potensielle *“trekantede prioritetskonflikter”*. I dommen ble det uttalt at en annen løsning ville føre til *“en innviklet prioritetsorden”*, og det siktes som nevnt til de problemer som kan oppstå dersom det senere kommer til et nytt utlegg. Jeg er enig med lagmannsretten i at løsningen om opptrinn vil gi *“en praktisk ordning”*, og løsningen om opptrinn er etter mitt syn den trekantkonflikten som er enklest å løse godt.

Riktignok er den bestemmelsen som er inntatt i luftfartsloven § 3-29 annet punktum et argument i retning av å avskjære opptrinn, slik også Falkanger påpeker¹⁰³. På den annen side har man den avvikende formuleringen i brl. § 6-9, der det fremgår av forarbeidene at spørsmålet om opptrinnsrett bevisst ble holdt åpent. Denne uttalelsen svekker trolig luftfartslovens rettskildemessige vekt, fordi det viser at lovgiver ikke på generelt grunnlag viser preferanse for den løsningen som ble nedfelt i luftfartsloven. Selv om løsningen for borettslagsandeler ikke er autoritativt fastslått, må utvalgets uttalelse ilegges vekt. Det må likevel påpekes at den rettsstilstanden som utvalget antyder at man ønsket å falle tilbake på, må fastlegges uavhengig av burettslagslova.

Den løsningen som må antas å gjelde ved fast eiendom generelt, vil få betydning ved fastleggelsen av den regelen som gjelder for borettslagsandeler. Når fast eiendom inkorporeres i samme registreringsordning som borettslagsandeler, ville det være en uholdbar rettsstilstand dersom det skulle være avvikende regulering for den førstnevnte gruppen. Hensynet til forutberegnelighet, sammenheng og konsekvens i regelverket taler for likeartede regler. Dette argumentet er likevel av begrenset rekkevidde, all den tid rettsstilstanden for borettslagsandeler ikke er endelig avklart.

Drøftelsen i teorien, samt avgjørelsen i RG-1957-585 omhandler tilfeller der rettsvernet er blitt *foreldet*, og for spørsmålet om opptrinnsrett for etterstående utlegg der rettsvernet *feilaktig er blitt slettet* på begjæring av panthaver, er tilfanget til rettskilder lite. Dette kan imidlertid – slik jeg ser det – ikke være avgjørende. For er det egentlig noen grunn til å skille mellom de to typetilfellene? Slik jeg ser det er det sentrale at rettsvernet er *bortfalt*, og at dette har sin årsak i forhold *på panthavers side*. I det øyeblikket man begynner å gjøre unntak, og eventuelt vurderer skjønnsmessig når det skal skje opptrinn, vil dette være egnet til å skape usikkerhet om rettsstilstanden som rammer bredere enn det enkelte tilfellet. Rettskildene viser dessuten at spørsmålet om opptrinnsrett er såpass uklart, slik at de reelle hensynene får desto større gjennomslagskraft. Når gjennomgåelsen av disse hensynene viser at de argumentene som tilsier opptrinn i tilfelle av foreldelse stort sett også treffer der rettsvernet faller bort som følge av feilsletting, taler dette for at løsningen bør være opptrinnsrett også i den sistnevnte situasjonen.

Som nevnt innledningsvis under punkt 5.6, viser praksis fra Høyesterett at festnede oppfatninger i litteraturen kan bli ansett som uttrykk for gjeldende rett. Sammenholdt med at de underliggende reelle hensynene trekker i samme retning, gir dette ytterligere styrke til konklusjonen.

Man må likevel ikke glemme at teorien ikke er helt enstemmig, og at særlig hensynet til at heftelsen er notorisk i relasjon til *stiftelsestidspunktet* vil kunne få betydning dersom problemstillingen blir satt

¹⁰³ Jfr. Falkanger/Falkanger, Tingsrett, 7. utg. s. 778.

på spissen i domstolene. Slik sett er konklusjonen de lege lata *noe tvilsom*. Drøftelsen i teorien, samt den eneste rettsavgjørelsen som direkte behandler spørsmålet, omhandler videre *foreldelse* av rettsvernet etter tinglysningslovens bestemmelser. Det må derfor innrømmes at konklusjonen er *noe mer usikker* for spørsmålet om opptrinnsrett der rettsvernet er falt bort som følge av feilaktig begjæring om sletting fra panthaver.

6 LITTERATURLISTE

6.1 Lover

Lov av 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling.

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

Lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

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

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

Lov av 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsloven).

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

Lov av 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag (burettslagslova).

6.2 Bøker og artikler

Arnholm, Carl Jacob; Panteretten, 3. utgave (Oslo, 1962).

Augdahl, Per; Norsk panterett, (Oslo, 1932).

Austenå, Torgeir, F. Harbek, Ole og Solem, Erik; Tinglysningsloven med kommentarer, 9. utgave (1990).

Brækhus, Sjur, Hærem, Axel; Norsk tingsrett, (Oslo, 1964).

Eckhoff, Torstein, Helgesen, Jan; Rettskildelære, 4. utgave (Oslo, 1997).

Eckhoff, Torstein; Trekantede prioritetskonflikter, i Lov, dom og bok, Festskrift til Sjur Brækhus (1988) s. 123-130 (Oslo, 1988).

Falkanger, Thor og Falkanger, Aage; Tingsrett, 6. og 7. utgave (Oslo, 2006 og 2012).

Falkanger, Thor; Prioritetsforholdet mellom heftelser i fast eiendom, TrR 1973 s. 147 flg.

Hagerup, Francis; Den norske panteret, 4. utgave (Oslo, 1925).

Horn, Thomas og Garman, Henrik; Opplåning og prioritet – prioritetsforholdet mellom avtalepanthavere ved opplåning av pantobligasjoner, (Bergen, 2000).

Høgetveit Berg, Borgar og Bråthen-Otterbech, Stein; Tinglysning (Barolo, 2009).

Høgetveit Berg, Borgar; Tre trekanta prioritetskonflikter i fast eiendom, i Jussens Venner 2001 s. 28 flg.

Lilleholt, Kåre; Allmenn formuerett, Fleire rettar til same formuesgode (Oslo, 2012).

Lilleholt, Kåre; Godtroerverv og kreditorvern, 3. utgave (Bergen, 1999).

Lilleholt, Kåre; Legitimasjon, publisitet og notoritet, Jussens venner 1999 s. 69-97.

Marthinussen, Hans Fredrik; Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet (Foldnes, 2010).

Marthinussen, Hans Fredrik; Hevd som rettsvernssurrogat? Jussens Venner 2003 s 264 - (JV-2003-264).

Nygaard, Nils; Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave (Bergen, 2004).

Sandvik, Tore, Krüger, Kai og Giertsen, Ole Johan; Norsk panterett, 2. utgave (Bergen, 1981).

Skoghøy, Jens Edvin A.; Panteloven, Kommentarer til lov av 8. februar 1980 nr. 2 om pant (Son, 2003)

Skoghøy, Jens Edvin A., Panterett, 2. og 3. utgave (Son, 2004 og 2008)

Tørum, Amund Bjøranger; Konsekvens i formueretten, Jussens Venner 2002 s. 314-339.

6.3 Forarbeider

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1982:17 Ny tinglysningslov

NOU 2000:17 Burettslagslova

Ot.prp.nr. 84 (1992-1993) (til luftfartsloven)

Ot.prp.nr. 30 (2002-2003) (til burettslagslova)

6.4 Rettspraksis

Rettsdende

Rt. 1890 s. 564

Rt. 1894 s. 11

Rt. 1909 s. 117 (Løvlie)

Rt. 1910 s. 177 (Halvorsen)

Rt. 1922 s. 88

Rt. 1930 s. 923 (Handelsmand Nielsen)

Rt. 1930 s. 1120 (Langelos Konkursbo)

Rt. 1937 s. 222

Rt. 1940 s. 220 (Fru Sønjus Konkursbo)

Rt. 1959 s. 1230 (Etterstad)

Rt. 1995 s. 209

Rt. 1996 s. 918 (Landkreditt)

Rt. 1997 s. 1050 (Momentum)

Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter)

Retters gang

RG 1957 s. 585 Eidsivating