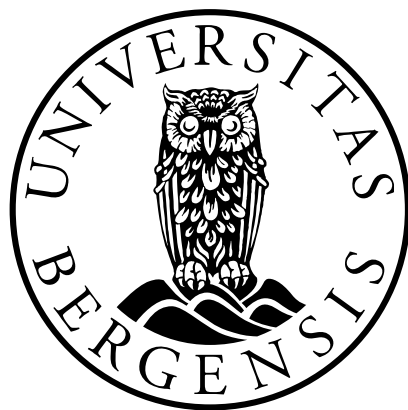


Løsøreerververs kreditorvern i tilfeller av «sale- and leaseback»

*Hvordan oppnår løsøreerverver vern mot
etterfølgende kreditorbeslag, og i hvilken grad
ivaretas hensynet til notoritet?*

Kandidatnummer: 212

Antall ord: 14128¹



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

¹ Herav 4 ord i figurer.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	2
1.1	Tema og problemstilling	2
1.2	Aktualitet.....	3
1.3	Metode.....	4
1.4	Begrepsavklaring, forutsetninger og avgrensninger.....	5
1.5	Den videre fremstillingen.....	7
2	Legislative hensyn.....	8
2.1	Generelt om hensyn.....	8
2.2	Hensynet til å forhindre kreditorsvik	9
2.3	Notoritet	10
2.4	Kort om andre hensyn	11
3	Rettsvernsakten for løsøreervert.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	En langvarig diskusjon	13
3.3	Innholdet i rettsvernsakten	16
3.4	Unntak fra kravet om besittelsesfratakelse.....	21
4	Hvordan gjennomføres rettsvernsakten i tilfeller av «sale- and leaseback»?	23
4.1	Innledning.....	23
4.2	Er besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering tilstrekkelig for å oppnå rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag?	24
4.3	Hvilke krav oppstilles til besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering?	28
4.4	Betenkeligheter med å oppstille et krav om å kunne identifisere to selvstendige disposisjoner.....	32
5	I hvilken grad ivaretar kravet om besittelsesfratakelse hensynet til notoritet?	35
5.1	Innledning.....	35
5.2	I hvilken grad ivaretas hensynet til notoritet ved varig besittelsesfratakelse?	36
5.3	I hvilken grad ivaretas hensynet til notoritet ved besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback»?	37
6	Avsluttende bemerkninger	42
	Kildeliste	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er løsøreerverters kreditorvern i tilfeller av «sale- and leaseback». Problemstillingen er hvordan en erverver av en løsøregjenstand i tilfeller av «sale- and leaseback» oppnår rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag, herunder hvilken rettsvernsakt som gjelder og hvordan denne skal gjennomføres i tilfeller av «sale- and leaseback».

Kreditors beslagsrett er regulert i Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven). Hovedregelen for kreditors beslagsrett følger av dekningsloven § 2-2, hvor det legges til grunn at kreditor kan ta beslag i de eiendeler som «tilhører skyldneren på beslagstiden». Bestemmelsen gir uttrykk for prinsippet om at kreditor ikke får bedre rett enn den skyldneren hadde,² og prinsippet om først i tid best i rett.³ Disse prinsippene gjelder som et utgangspunkt i norsk dynamisk tingsrett. Som hovedregel kan kreditor derfor ikke ta beslag i eiendeler som skyldneren har solgt, gitt bort eller på annen måte overdratt til en tredjemann. Dette utgangspunktet forutsetter imidlertid at innehaveren av den eldre rettigheten har sikret seg rettsvern for ervervet.⁴ Rettsvern sikres ved å gjennomføre den rettsvernsakten som kreves for det aktuelle formuesgodet. Om erververen ikke har sikret seg rettsvern, kan kreditor ta beslag i formuesgodet, til tross for at det er klart at overdragelsen er reell og at erververen har betalt for løsøregjenstanden. Kreditor ekstingverer dermed en eldre rettighet til et formuesgode, dette er i den dynamiske tingsretten betegnet som kreditorekstinksjon.⁵

For å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag ved løsøreervert har det tidligere vært uklart og omdiskutert om fysisk overlevering av løsøregjenstanden er nødvendig. Etter nyere praksis fra Høyesterett er det nå klart at rettsvern krever fysisk overlevering av løsøregjenstanden, eller i det minste at avhenderen fratras besittelsen over løsøregjenstanden.⁶ Det nærmere innholdet i denne rettsvernsakten er fremdeles uklart, og spesielt for tilfeller av «sale- and leaseback».⁷ For avtaler om «sale- and leaseback» er forutsetningen at

² Lilleholt (2018) s. 34, Andenæs (2009) s. 157

³ Berg (2021) s. 227

⁴ NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 255

⁵ Berg (2021) s. 227

⁶ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

⁷ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

løsøregjenstanden blir værende i avhenderens besittelse, noe som medfører at et krav om besittelsesfratakelse er problematisk. Det uklare ved rettsvernsaktens innhold er dermed hvordan besittelsesfratakelsen skal gjennomføres på en tilfredsstillende måte, i tilfeller hvor avhenderen skal fortsette å ha løsøregjenstanden i sin besittelse.

1.2 Aktualitet

Hvilken rettsvernsakt som gjelder for å oppnå kreditorvern ved løsøreervert har i lang tid vært usikkert og omdiskutert.⁸ Til tross for dette, har det lenge vært en generell oppfatning at det gjelder et krav om at avhenderen må fratas besittelsen over løsøregjenstanden for at erververen skal oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag.⁹ Reglene er gamle, og ble utviklet da det var et større behov for å kunne etterprøve omstendigheter omkring en disposisjon. Tidligere ble avtaler inngått muntlig, eller i beste fall håndskrevet på et stykke papir. Samtidig skjedde all betaling kontant, gjennom vekslar eller andre løpende verdipapirer. Hverken avtalen eller betalingen ga særlig stor mulighet til å etterprøve omstendigheter omkring en disposisjon. I dagens samfunn vil avtaler vanligvis være lagret elektronisk, og betalingen vil gjennomføres elektronisk. Dette medfører at behovet for å sikre notoritet gjennom fysisk overlevering eller besittelsesfratakelse er mindre enn før. Med dagens teknologi er det enklere å etterprøve de økonomiske transaksjonene knyttet til oppfyllelsen av en avtale.¹⁰ I tillegg er det raskt og enkelt å inngå store og komplekse kontrakter, noe som gjør at rettsvernsreglene for løsøreervert ikke nødvendigvis passer så godt i alle tilfeller i dag.

Etter lang tid med usikkerhet rundt rettsvernsreglene kom Høyesterett nylig med en oppklaring av rettstilstanden i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie), hvor det ble lagt til grunn at avhenderen må fratas besittelsen over løsøregjenstanden for at erververen skal være sikret mot etterfølgende kreditorbeslag. Innholdet i kravet til besittelsesfratakelse for tilfeller av «sale- and leaseback» er fremdeles uavklart. Satt på spissen, kan man si at det nesten fremstår å være uklart om det for løsøreervert i tilfeller av «sale- and leaseback» i det hele tatt er *mulig* å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag.

⁸ Lilleholt (2018) s. 301

⁹ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 61

¹⁰ Marthinussen (2019) s. 174

Reglene om kreditorvern og kreditorekstinksjon er begrunnet i hensynet til å forhindre kreditorsvik.¹¹ For å forhindre kreditorsvik oppstilles et krav om notoritet.¹² Rettsvernsakten som oppstilles skal derfor i utgangspunktet sørge for at overdragelsen er notorisk.¹³ Rettsvernsreglene i norsk rett er, og er ment å være, strenge og firkantede. I tilfeller der en eiendel er overdratt til en tredjeperson og den påkrevde rettsvernsakten ikke er gjennomført, har Høyesterett stort sett alltid kommet frem til at kreditor kan ta beslag i eiendelen.¹⁴ Der det er unnlatt å gjennomføre rettsvernsakten, er det uten betydning hvor notorisk overdragelsen er. Det er dermed ikke tilstrekkelig å kunne påvise at overdragelsen er notorisk. At hensynet til notoritet ikke er så sentralt som man ved første øyekast kan få inntrykk av, viser seg også gjennom at visse rettsvernsakter ikke nødvendigvis gir særlig stor grad av notoritet. Begge disse aspektene gjør det interessant å undersøke hvordan besittelsesfratakelsen skal gjennomføres i tilfeller av «sale- and leaseback», og hvilken betydning notoritets hensynet har i denne sammenheng.

1.3 Metode

Formålet med masteroppgaven er å undersøke hvordan kreditorvern oppnås ved løsøreervert i tilfeller av «sale- and leaseback», og hvorvidt rettsvernsakten som kreves ivaretar hensynet til notoritet. Dermed vil masteroppgaven hovedsakelig bestå av en rettsdogmatisk analyse, med visse rettspolitiske innslag knyttet til vurdering av reglene.

For ervert av løsøre er reglene om kreditorvern ulovfestede. Det finnes imidlertid andre lovbestemmelser som regulerer tilsvarende rettsvernsregler for andre tilfeller enn ervert av løsøre. For eksempel Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroervert av løsøre (godtroervertloven) § 1, og Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven) § 3-2. Disse lovenes forarbeider er tause i relasjon til kreditorvernreglene for løsøreervert. Likevel kan hensynet til koherens i regelverket tilsi at rettstilstanden delvis kan klarlegges ved å se hen til andre lover med tilsvarende rettsvernsregler.¹⁵

Høyesterettspraksis på området er begrenset. Bortsett fra den nyeste dommen HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie), finnes kun et fåtall av over hundre år gamle høyesterettsdommer.

¹¹ Berg (2021) s. 228, Lilleholt (2018) s. 35

¹² Brækhus (1998) s. 42, Lilleholt (2018) s. 35

¹³ Berg (2021) s. 230

¹⁴ Rt. 1997 s. 1050 (Momentum), Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter), HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie)

¹⁵ Salvesen (2021) s. 52

Dommene er både knappe og tvetydige, men har likevel fått bred plass i juridisk teori i mangel på mer autorative rettskilder. Høyesterett oppklarte til en viss grad rettstilstanden i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) ved å fastslå at det gjelder et krav om besittelsesfratakelse for å oppnå kreditorvern ved løsøreerwerb.

I mangel på autorative rettskilder, er juridisk litteratur av stor betydning ved klarleggingen av innholdet i kravet om besittelsesfratakelse som rettsvernsakt i tilfeller av «sale- and leaseback». Det er imidlertid i juridisk litteratur ulike oppfatninger av hva som kreves for å oppnå rettsvern ved besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback», slik at rettsvernsreglenes bakenforliggende legislative hensyn vil vektlegges i drøftelsen av innholdet i kravet til besittelsesfratakelse. Slike hensyn vil også ha stor betydning ved den rettspolitiske vurderingen av reglene.

1.4 Begrepsavklaring, forutsetninger og avgrensninger

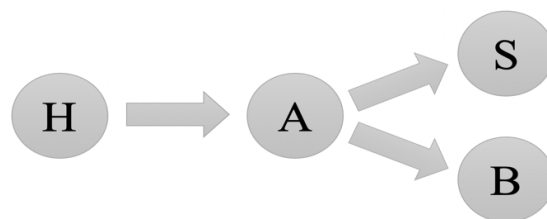
Med tilfeller av «sale- and leaseback» menes i denne oppgaven avtaler om salg kombinert med tilbakeleie av en løsøreobjekt. Slike avtaler inngås ofte for å frigjøre kapital for den avhendende part. En avtale om «sale- and leaseback» inngås fordi avhenderen i tillegg til kapital, har behov for den aktuelle løsøreobjekten i sin drift og produksjon. En avtale om «sale- and leaseback» kan også inngås med formål om å rendyrke virksomheten, for eksempel et ønske om et eget utleiefirma som eier og leier ut utstyr som brukes i drift og produksjon. Utfordringene med et krav om besittelsesfratakelse oppstår som følge av at avhenderen skal fortsette å ha besittelsen over løsøreobjekten.

I denne masteroppgaven vil terminologien «besittelsesfratakelse» benyttes fremfor terminologien «overlevering». Dette begrunnes i et ønske om å ikke gi et inntrykk av at det kreves at løsøreobjekten blir fysisk overlevert til erververen, før dette er avklart i oppgaven. Dermed benyttes terminologien «besittelsesfratakelse» som en samlebetegnelse om de ulike forståelsene av rettsvernsakten frem til dette avklares i kapittel 3.

For den videre drøftelsen forutsettes det at partene har inngått en reell og gyldig avtale om overdragelse av løsøreobjekten, og at erververen har forskuddsbetalt for løsøreobjekten. Det forutsettes at løsøreobjekten fremdeles er i avhenderens besittelse. Ettersom det oppstilles krav om en reell og gyldig avtale om overdragelse av

løsøregjenstanden, fungerer kravet om gjennomføring av en rettsvernsakt som et tilleggsvilkår.¹⁶

I den dynamiske tingsretten oppstår konfliktene når to retter til samme formuesgode er uforenlige.¹⁷ Det kan være kolliderende rettigheter som følge av at skyldneren ikke hadde rett til å overdra det aktuelle formuesgodet. Det kan også være en konsekvens av et dobbeltsalg eller at en erververs rettighet kolliderer med kreditors rettighet i formuesgodet. Den såkalte HASB-modellen er et pedagogisk verktøy for å identifisere ulike problemstillinger og regelsett i den dynamiske tingsretten, og kan illustreres slik:



Bokstavene i modellen representerer personer med ulike rettighetsposisjoner i de konfliktene som kan oppstå i den dynamiske tingsretten. Hovedpersonen i modellen er skyldneren (A). Hjemmelsmannen (H) er den skyldneren (A) utleder sin rett fra, for eksempel den reelle eieren av et formuesgode som skyldneren (A) har solgt uten tillatelse. Suksessor (S) utleder sin rett fra skyldneren (A), for eksempel i henhold til en avtale om overdragelse av løsøregjenstanden. Kreditor (B) utleder også sin rett fra (A), og kan være en enkelt kreditor eller et kreditorfellesskap som for eksempel et konkursbo. Konflikten mellom hjemmelsmannen (H) og skyldnerens suksessor (S), kalles hjemmelsmannskonflikten. En konflikt mellom hjemmelsmannen (H) og kreditor (B) omtales ikke som kreditorekstinksjon, men vindikasjonsrett.¹⁸ Dermed vil hjemmelsmannskonflikten ikke behandles i denne masteroppgaven. Konflikten mellom erververen (S) og kreditor (B) kalles dobbeltsuksjesjonskonflikten, hvor begge utleder sin rett fra skyldneren (A). Masteroppgaven vil ta utgangspunkt i dobbeltsuksjesjonskonflikten. For at erververens (S) rettighet skal stå seg mot etterfølgende kreditorbeslag fra kreditor (B), må erververen oppnå rettsvern for sitt erverv.

¹⁶ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 50, Berg (2021) s. 227

¹⁷ Salvesen (2021) s. 55

¹⁸ Berg (2021) s. 30

1.5 Den videre fremstillingen

For å danne et grunnlag for den videre drøftelsen, vil sentrale hensyn bak reglene om kreditorvern presenteres i kapittel 2. Hovedvekten av kapittelet vil ligge på hensynet til å forhindre kreditorsvik og hensynet til notoritet, ettersom dette er de mest sentrale hensynene bak reglene om kreditorvern og kreditorekstinksjon. I kapittel 3 vil jeg redegjøre for rettsvernsakten ved alminnelige og ukompliserte tilfeller av løsøreerverv. Til tross for at dette ikke lengre er omtvistet, gjør historikken med uklarhet det hensiktsmessig å diskutere den noe nærmere. Spørsmålet om hvordan kreditorvern oppnås i tilfeller av «sale- and leaseback» behandles i kapittel 4. Hvorvidt rettsvernsakten ivaretar hensynet til notoritet drøftes i kapittel 5. Avslutningsvis vil kapittel 6 inneholde en oppsummering og noen rettspolitiske betraktninger.

2 Legislative hensyn

2.1 Generelt om hensyn

Reglene om kreditorvern er ulovfestede, og i begrenset utstrekning behandlet i praksis fra Høyesterett. I mangel på mer autoritative rettskilder har legislative hensyn stor betydning ved drøftelsen av løsøreerverters kreditorvern.¹⁹ Lilleholt omtaler reelle hensyn som «kongen på haugen» ved klarlegging av reglene for løsøreerverters kreditorvern.²⁰ Det er derfor nødvendig å redegjøre for de mest sentrale hensynene for å danne et utgangspunkt for den videre drøftelsen.

Kreditorvernreglene er begrunnet i flere ulike legislative hensyn. De to mest sentrale hensynene er hensynet til å forhindre kreditorsvik og hensynet til notoritet.²¹ Andre hensyn av betydning er hensynet til omsetning, hensynet til likebehandling av kreditorer og hensynet til klare regler om skjæringstidspunktet for erverters kreditorvern.²² Hensynet til publisitet er av mindre betydning for kreditorvernreglene, men kan likevel være av en viss betydning.²³

Der det er behov for å oppstille unntak fra rettsvernsreglene vil unntakene begrunnes i hensynene bak reglene.²⁴ For eksempel kan det for noen kontraktstyper oppstilles unntak fra hovedregelen om besittelsesfratakelse dersom faren for kreditorsvik er liten.²⁵

I dette kapittelet vil det redegjøres for de ulike hensynene bak reglene om rettsvern og kreditorstinksjon, herunder hva de innebærer og på hvilken måte de ivaretas av rettsvernsreglene som oppstilles. Hovedvekten av redegjørelsen vil ligge på de to mest sentrale hensynene: hensynet til å forhindre kreditorsvik og hensynet til notoritet. Det vil avslutningsvis i kapittelet redegjøres kort for de øvrige hensynene: behovet for klare regler om skjæringstidspunktet for erverters kreditorvern, hensynet til omsetning, hensynet til likebehandling av kreditorer og hensynet til publisitet.

¹⁹ Hauge (2016) s. 23

²⁰ Lilleholt (2000) s. 54

²¹ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 49

²² Hauge (2016) s. 25

²³ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 49

²⁴ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 64

²⁵ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

2.2 Hensynet til å forhindre kreditorsvik

Et sentralt formål med reglene om rettsvern og kreditorekstinksjon er å forhindre kreditorsvik.²⁶ Kreditorskadelige disposisjoner kan delvis motvirkes ved å kreve at erververen av formuesgodet gjennomfører en rettsvernsakt. Rettsvernsreglene virker både preventivt og reparativt. Ved å oppstille et krav om gjennomført rettsvernsakt, blir det vanskeligere å foreta kreditorskadelige disposisjoner.²⁷ Dersom en kreditorskadelig disposisjon allerede er foretatt, vil mangel på gjennomført rettsvernsakt medføre at kreditor kan ta beslag i formuesgodet og dermed ekstingvere erververens rett til formuesgodet.²⁸ Kravet om å gjennomføre rettsvernsakten er absolutt.²⁹

I tillegg til reglene om rettsvern og kreditorekstinksjon har vi i norsk dynamisk tingsrett også andre regler som skal beskytte kreditor i de tilfeller der skyldneren foretar kreditorskadelige disposisjoner. For eksempel skal regler om ugyldighet og reglene om omstøtelse etter dekningslovens kapittel 5 bidra til å forhindre kreditorsvik i dobbeltsuksjonskonflikten.³⁰

Kreditorsvik foreligger når skyldneren illojalt unndrar eller forsøker å unndra midler som kreditorfellesskapet har krav på.³¹ Det kan skje ved at skyldneren tilgodeser én kreditor på bekostning av de øvrige kreditorene, eller ved at skyldneren overdrar formuesgodet til en tredjeperson slik at det blir helt unndratt fra kreditorfellesskapet.³² Skyldneren kan også ha inngått proforma avtaler som sikrer at han ikke taper formuesgodene sine, for eksempel en avtale om at han skal få formuesgodene tilbake fra en fiktiv erverver etter en stund.

Det kan være flere grunner til at en skyldner foretar kreditorskadelige disposisjoner. Det kan være et ønske om å tilgodese en bestemt kreditor på bekostning av kreditorfellesskapet, eksempelvis familie, venner eller andre nærstående.³³ Det kan også være et ønske om å tilgodese seg selv.³⁴

²⁶ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 49

²⁷ Lilleholt (1999) s. 192, Hauge (2016) s. 37

²⁸ Hauge (2016) s. 37

²⁹ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 50, HR-2021-1773-A (Bank Norwegian) avsnitt 64, HR-2017-33-A (Forusstranda) avsnitt 32, Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter) s. 275, Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) s. 1054-1055

³⁰ Berg (2021) s. 225

³¹ Salvesen (2021) s. 46

³² Salvesen (2021) s. 46, Marthinussen (2019) s. 165

³³ Lilleholt (2018) s. 35

³⁴ Hauge (2016) s. 36-37

Den rettsvernsakten som oppstilles for at en løsøreerverver skal oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag skal være egnet til å forhindre disse kreditorskadelige disposisjonene.³⁵ Kreditorvernreglene skal gjøre det enklere å finne ut om skyldnerens påståtte disposisjoner er reelle, og oppstilles istedenfor at det i hver enkelt sak må foretas en konkret vurdering av disposisjonens realitet.³⁶ Dette forenkler og effektiviserer arbeidet til konkursbo og domstoler,³⁷ samtidig som det sikrer en større forutberegnelighet for både kreditorfellesskapet og løsøreerverver. Kreditorvernreglene gjelder absolutt, og det å fremlegge bevis for transaksjonens realitet er ikke et alternativ til å gjennomføre den nødvendige rettsvernsakten.³⁸

2.3 Notoritet

Ved å oppstille et krav om en rettsvernsakt som sikrer notoritet omkring en disposisjon, motarbeides faren for kreditorsvik. En ytre markering gjør det mulig å etterprøve omstendigheter omkring en disposisjon.³⁹ Lilleholt fremhever at hensynet til notoritet er «resultatet av ei heil tankerekkje», ved at det for å motvirke kreditorsvik oppstilles regler om at kun disposisjoner som kan etterprøves, kan gjøres gjeldende overfor kreditor.⁴⁰

Notoritet defineres av Brækhus og Hærem som at det «foreligger så gode bevis for [disposisjonen] at ingen kan være i tvil om at den har funnet sted».⁴¹ Til sammenligning har Høyesterett definert notoritet som at «[d]et er [...] nødvendig å kreve sikker dokumentasjon for de disposisjonene som er foretatt, blant annet når det gjelder innhold og tidspunkt for disposisjonen».⁴² Notoritet innebærer dermed at det kan etterprøves om disposisjonen har funnet sted, og i så fall på hvilket tidspunkt og disposisjonens nærmere innhold.⁴³

Notoritet kan oppnås i større eller mindre grad.⁴⁴ Registrering etter Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysningsloven) sikrer for eksempel større grad av notoritet enn de øvrige rettsvernsaktene. Et register gjør det enkelt å etterprøve omstendigheter omkring en

³⁵ Hauge (2016) s. 37

³⁶ Marthinussen (2019) s. 165-166, Salvesen (2021) s. 46

³⁷ Salvesen (2021) s. 46

³⁸ Rt. 1997 s. 1050 (Momentum), Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter)

³⁹ Lilleholt (2018) s. 35, Marthinussen (2019) s. 165-166, Salvesen (2021) s. 48-49

⁴⁰ Lilleholt (2000) s. 53

⁴¹ Brækhus og Hærem (1964) s. 493

⁴² HR-2017-33-A (Forusstranda) avsnitt 31

⁴³ Lilleholt (2018) s. 35

⁴⁴ Falkanger og Falkanger (2016) s. 590

disposisjon.⁴⁵ Graden av notoritet for erverv av fast eiendom har imidlertid ingen selvstendig betydning når det oppstilles en absolutt rettsvernsakt om registrering. Dersom registrering ikke er foretatt, kan kreditor ta beslag i eiendommen uavhengig av disposisjonens notoritet.⁴⁶ Besittelsesfratakelse som rettsvernsakt oppnår ikke like stor grad av notoritet som registrering. Det faktum at avhenderen er fratatt besittelsen over løsøreobjektet, forteller ikke annet enn at han for øyeblikket ikke har gjenstanden i sin besittelse. Rettsvernsakten gjør det dermed utfordrende å etterprøve omstendigheter omkring en disposisjon. Det kan være at avhenderen har lånt bort eller leid ut løsøreobjektet, eller det kan være tale om et salg eller en panterrett. Besittelsesfratakelsen gir heller ingen opplysninger om når en disposisjon er foretatt. Rettsvernsaktens ivaretagelse av hensynet til notoritet drøftes nærmere i kapittel 5.

2.4 Kort om andre hensyn

Andre hensyn har også betydning ved drøftelsen av innholdet i kreditorvernreglene og for eventuelle rettspolitiske betraktninger. De sentrale hensynene vil i det følgende presenteres kort.

Både for løsøreerverver og kreditorene gjøres gjeldende et stort behov for klare regler om skjæringstidspunktet for erververens kreditorvern.⁴⁷ For at en regel skal ivareta hensynet til klare regler om skjæringstidspunktet, bør det fremgå klart hvilke vilkår som oppstilles, og det bør være enkelt å fastslå om de er oppfylt eller ikke.⁴⁸ En absolutt rettsvernsregel ivaretar hensynet i større grad, sammenlignet med om det i hver enkelt sak måtte foretas konkrete vurderinger av disposisjonens realitet. Dette er til gunst for avtalepartene, konkursboet og domstolene. Partene kan ved å gjennomføre rettsvernsakten som kreves, være sikker på at kreditorene ikke kan ta beslag i eiendelen. Bobehandlingen og en eventuell retts sak blir enklere og billigere, noe som er fordelaktig fra et prosessøkonomisk perspektiv.⁴⁹

Nært tilknyttet behovet for klare regler om skjæringstidspunktet, er hensynet til omsetning. Dette hensynet innebærer at rettsvernsreglene bør legge til rette for trygg omsetning, noe som

⁴⁵ Marthinussen (2019) s. 168

⁴⁶ Rt. 1997 s. 1050 (Momentum), Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter)

⁴⁷ Hauge (2016) s. 25

⁴⁸ Hauge (2016) s. 25

⁴⁹ Hauge (2016) s. 26-27

er i skyldnerens, erververens og kreditors interesse.⁵⁰ Det er videre av samfunnsøkonomisk interesse å ha klare regler som tilrettelegger for trygg omsetning.⁵¹

Et annet sentralt hensyn er hensynet til likebehandling av kreditorer. Dette innebærer at kreditorer som yter usikret kreditt ikke skal få noen fordel på bekostning av de øvrige kreditorene.⁵² Et absolutt krav om gjennomført rettsvernsakt begrunnes i dette hensynet, ettersom unntak i den konkrete saken medfører en fordel for den kreditoren det gjøres unntak for. En forskuddsbetalende løseererverver som ikke har fratatt avhenderen besittelsen over løseobjekten anses som en usikret kreditor, og oppnår dermed som hovedregel ikke vern mot etterfølgende kreditorbeslag.⁵³

Hensynet til publisitet nevnes også i relasjon til kreditorvernreglene. Publisitet innebærer at en overdragelse er synlig utad, slik at andre har mulighet til innsyn i den aktuelle rettsstiftelsen.⁵⁴ For kreditorene gir publisitet omkring en overdragelse, mulighet til å følge med på skyldnerens disposisjoner. Dersom det er nødvendig, kan kreditorene iverksette tiltak for å sikre oppfyllelsen av sine krav hos skyldneren.⁵⁵ For kreditorvernreglene har dermed ikke hensynet til publisitet noen selvstendig betydning.

⁵⁰ Hauge (2016) s. 27

⁵¹ Hauge (2016) s. 27

⁵² Hauge (2016) s. 32-33

⁵³ Hauge (2016) s. 33

⁵⁴ Hauge (2016) s. 41

⁵⁵ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 49

3 Rettsvernsakten for løsøreerverv

3.1 Innledning

Dekningsloven § 2-2 fastslår at kreditor kan ta beslag i eiendeler som «tilhører skyldneren på beslagstiden». Kreditor må i utgangspunktet respektere eldre kolliderende rettigheter til en eiendel. Dette utgangspunktet forutsetter at erververen har gjennomført den nødvendige rettsvernsakten.⁵⁶ Hvilken rettsvernsakt som må gjennomføres for å sikre rettsvern for et erverv mot etterfølgende kreditorbeslag, varierer utfra hvilken type formuesgode det er tale om.⁵⁷

Problemstillingen er hva som kreves for å tilfredsstillere kravet om overlevering eller besittelsesfratakelse som rettsvernsakt i alminnelige tilfeller av løsøreerverv. I punkt 3.2 vil det redegjøres kort for den langvarige diskusjonen om hvilken rettsvernsakt som gjelder ved løsøreerverv.⁵⁸ Videre vil det i punkt 3.3 redegjøres for det nærmere innholdet i rettsvernsakten, herunder om det kreves fysisk overlevering, eller om besittelsesfratakelse er tilstrekkelig for at erververen skal oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag. Jeg vil også klarlegge hva som menes med begrepene «besittelse» og «besittelsesfratakelse». Deretter vil det redegjøres kort for hvilke unntak som kan oppstilles til rettsvernsakten i punkt 3.4.

3.2 En langvarig diskusjon

Det har i lang tid pågått en diskusjon om hvilken rettsvernsakt som må gjennomføres for å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag ved erverv av løsøre.⁵⁹ Diskusjonen har hovedsakelig bestått av to motpoler: avtaleprinsippet og overleveringskravet.⁶⁰ Kort sagt innebærer avtaleprinsippet at rettsvern for løsøreerverv oppnås allerede ved, og gjennom avtaleinngåelsen.⁶¹ Overleveringskravet innebærer at løsøregjenstanden må overleveres fysisk

⁵⁶ NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 255

⁵⁷ Berg (2021) s. 230

⁵⁸ Det er tale om en langvarig og komplisert diskusjon, som har mindre betydning nå enn før rettstilstanden ble oppklart av Høyesterett i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie). Dermed en kort redegjørelse.

⁵⁹ Lilleholt (2018) s. 301

⁶⁰ Berg (2021) s. 400

⁶¹ Berg (2021) s. 402

til erververen, eller i det minste at avhenderen fratras besittelsen over løsøreobjekten, for at erververen skal oppnå rettsvern.⁶²

Før avgjørelsen i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie), var det mer enn 100 år siden problemstillingen om hvordan en løsøreerverver oppnår kreditorvern sist ble behandlet av Høyesterett. Det er spesielt to eldre høyesterettsavgjørelser som har fått oppmerksomhet i juridisk litteratur – Rt. 1910 s. 231 (Kudommen) og Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen).

Rt. 1910 s. 231 (Kudommen) gjaldt et salg av elleve kyr, hvor kjøperen hadde betalt på forhånd. Endelig oppgjør skulle gjennomføres etter at kyrne var slaktet, og eksakt kilopris var utregnet. Partene hadde avtalt at kyrne skulle hentes av kjøper etter at de var ferdig melket, og frem til dette skulle selgeren stille kyrne mot at han fikk melken kyrne produserte som vederlag. Da selgeren gikk konkurs, hadde kjøperen kun hentet en av de elleve kyrne. Kjøperen krevde å få resten av kyrne utlevert av konkursboet, men fikk ikke medhold av Høyesterett. Retten tilsluttet seg byrettens begrunnelse, hvor det ble lagt avgjørende vekt på at kyrne skulle fortsette å være i selgers besittelse og at han skulle dra nytte av dem inntil han ikke lenger hadde interesse av det.

Resultatet i Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen) ble at konkursboet ikke kunne ta beslag i eiendelene. Saken omhandlet salg av jernskrap. Avtalen var at det skulle hentes og betales av kjøperen etter beskjed fra selgeren. Da jernskrapet var klart for henting, fikk kjøperen tillatelse av selgeren til å la det bli liggende hos selgeren noen uker. Selgeren gikk konkurs rundt det avtalte hentetidspunktet. På dette tidspunktet var mesteparten betalt, men jernskrapet var enda ikke hentet. Det var også lagt mer jernskrap som kjøperen hadde betalt for i den samme haugen, noe som var avtalt mellom partene. Høyesterett kom frem til at konkursboet ikke kunne ta beslag i jernskrapet, ettersom det var tilstrekkelig individualisert og at selgeren hadde gjort det han kunne for å oppfylle sin del av avtalen. Det at selgeren hadde gjort alt han kunne for å oppfylle avtalen, medførte at Høyesterett anså det slik at avhenderen hadde opptjent den forskuddsbetalte summen. Det var derfor ikke tale om en kredittytelse. Hensynet til likebehandling av kreditorer tilsier at unntak som hovedregel ikke bør oppstilles der avhenderen fortsatt har besittelsen over løsøreobjekten, ettersom en usikret kreditor

⁶² Berg (2021) s. 401-402

dermed vil få en fordel på bekostning av de øvrige kreditorerne. I denne saken ble det gjort unntak fordi det ikke var tale om en kredittytelse.

Disse to dommene har vært gjenstand for diskusjon, i likhet med diskusjonen om hvorvidt det gjelder et krav om besittelsesfratakelse eller ikke.⁶³ Det omstridte har vært om dommene gir uttrykk for at det gjelder et krav om besittelsesfratakelse for å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag. Høyesterettsdommene omhandlet spørsmål om overgangen av eiendomsretten og ikke rettsvern, slik at det er usikkert hvorvidt dommene kan tas til inntekt for at det gjelder en hovedregel om besittelsesfratakelse for å sikre rettsvern for et løsøreervert.⁶⁴ Blant annet mener Lilleholt at dommene bygget på et vilkår om besittelsesfratakelse.⁶⁵ På den andre siden mener Hauge at hverken Rt. 1910 s. 231 (Kudommen) eller Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen) gir uttrykk for at det gjelder et alminnelig vilkår om besittelsesfratakelse for å oppnå kreditorvern ved løsøreervert.⁶⁶

Saken i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) omhandlet i hovedsak en tvist om advokatansvar på grunn av mangelfull rådgivning. Advokaten hadde gitt rådgivning i forbindelse med omorganisering i et konsern, hvor et av flere forslag som ble fremsatt var salg av en maskinpark fra et søsterselskap til et annet. Formålet med omorganiseringen var å rendyrke virksomheten og å frigjøre kapital. En avtale om at selgerselskapet skulle leie maskinparken tilbake, ble gjort noen dager etter inngåelse av kjøpsavtalen. Advokaten hadde ikke opplyst om risikoen for at overdragelsen kanskje ikke ville oppnå rettsvern på grunn av at den ble værende i avhenderens besittelse. Et sentralt spørsmål var derfor om selgerselskapets konkursbo kunne ta beslag i maskinparken på grunn av manglende rettsvern. Høyesterett kom frem til at det gjaldt et vilkår om besittelsesfratakelse for å oppnå rettsvern ved løsøreervert, også i tilfeller av «sale- and leaseback». Det kunne heller ikke oppstilles unntak på grunn av de konkrete omstendighetene i saken. Dermed var konklusjonen at konkursboet kunne ta beslag i maskinparken til tross for at salgsavtalen mellom søsterselskapene var reell. Dette innebar at kjøperen led et tap som følge av det valgte opplegget, som advokaten burde advart om. Kjøperselskapet inngikk imidlertid forlik med konkursboet, og krevde tapet dekket av advokatfirmaet som hadde gitt den mangelfulle rådgivningen. Denne høyesterettsdommen gjør det klart at hovedregelen for at erververen skal

⁶³ Berg (1999) s. 10

⁶⁴ Berg (1999) s. 10

⁶⁵ Lilleholt (2018) s. 302-303

⁶⁶ Hauge (2016) s. 122

oppnå rettsvern for et løsøreervert, er at avhenderen må fratras besittelsen over løsøreobjekten. Til tross for at Høyesterett etter lang tid med uklarhet rundt reglene fastslo at kravet om besittelsesfratakelse gjelder som hovedregel, forble innholdet i dette kravet uklart. Spesielt uklart er kravets innhold i tilfeller av «sale- and leaseback».

3.3 Innholdet i rettsvernsakten

At løsøreobjekten må overleveres eller at avhenderen må fratras besittelsen over løsøreobjekten tilsier at det kreves en endring i løsøreobjektets besittelse for å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag. Det er imidlertid uklart hva som kreves av en slik besittelsesendring. Problemstillingen er om det er tilstrekkelig at avhenderen blir fratatt besittelsen over løsøreobjekten, eller om det i tillegg kreves at erververen eller en som handler på hans vegne overtar besittelsen over løsøreobjekten.

I HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) uttalte Høyesterett at hovedregelen er at det gjelder et «krav om at selger må fratras rådigheten over gjenstanden for at kjøper skal få rettsvern».⁶⁷ Denne uttalelsen tilsier at det ikke stilles krav om at erververen må få løsøreobjekten i sin besittelse for å oppnå rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag.

Hensynet til koherens i regelverket skal sørge for en «indre sammenheng i reglene».⁶⁸ Dette innebærer at nært beslektede regler ikke bør være veldig ulike, med mindre det er gode grunner for det.⁶⁹ Det vil derfor undersøkes hvilke krav til rettsvernsakten som oppstilles for tilfeller som er nært beslektet til løsøreervert.

Rettsvernsreglene for håndpant etter panteloven er lignende som for løsøreervert. Det fremgår av § 3-2 andre ledd første punktum at rettsvern for håndpanterett oppnås når pantet «overleveres» til panthaver, slik at «eieren ikke selv har hånd om det». Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det er tilstrekkelig at eieren fratras besittelsen over den aktuelle løsøreobjekten. Videre følger det av § 3-2 andre ledd andre punktum at som overlevering regnes også overlevering av nøkkel til et rom hvor løsøreobjekten befinner seg, slik at «eieren taper rådigheten over pantet». Det oppstilles dermed ikke et krav om at panthaveren

⁶⁷ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

⁶⁸ Marthinussen (2019) s. 105

⁶⁹ Marthinussen (2019) s. 105

må få løsøreobjekten i sin besittelse. Hensynet til koherens i regelverket tilsier at det ikke bør stilles høyere krav til rettsvernsakten ved løsøreerwerb enn ved håndpantsettelse.⁷⁰

Godtroerwerb er konflikten mellom en eldre og en yngre rett som er ervervet i god tro, slik at den yngre retten ekstingverer den eldre retten til formuesgodet.⁷¹ Det forutsettes imidlertid, i tillegg til et krav om god tro, at erververen har fått løsøreobjekten «overlevert» til seg, jf. godtroerwerbloven § 1 nr. 1. I bestemmelsen er det ingen tilsvarende formulering som i panteloven § 2-3 andre ledd, om at besittelsesfratakelse er tilstrekkelig. Lovens forarbeider gir uttrykk for et krav om at erververen må få et «faktisk herredømme» over løsøreobjekten.⁷² I juridisk litteratur er det ulike oppfatninger om det for godtroerwerb vil være tilstrekkelig at avhenderen blir fratatt besittelsen over løsøreobjekten.⁷³ Lilleholt hevder at fratakelse av besittelsen er tilstrekkelig også som sikringsakt for godtroerwerb.⁷⁴ Motsatt argumenterer Brækhus for at det ikke er tilstrekkelig at avhenderen fratras besittelsen, og at det dermed kreves at erververen, eller en som handler på hans vegne, får løsøreobjekten fysisk overlevert til seg.⁷⁵ Det er uklart hva som anses som gjeldende rett. Muligens oppstilles det et strengere krav ved godtroerwerb etter godtroerwerbloven § 1, enn for håndpant etter panteloven § 3-2 andre ledd.

Løsøreerwerb er nærmere beslektet håndpantrett enn godtroerwerb. Overlevering ved godtroerwerb vil sikre erververen mot eldre rettigheter i samme formuesgode, og på denne måten kan erververen ekstingvere den eldre rettigheten. Motsatt vil besittelsesfratakelse ved kreditorekstinksjon sikre løsøreerververen mot at avhenderens kreditorer skal ekstingvere hans rettighet til løsøreobjekten. Forskjellen ligger dermed i om erververen ekstingverer en annens rett, eller om erververen sikrer seg mot å få sin rett ekstingvert. Dette kan være grunn til at det muligens oppstilles et strengere krav for godtroerwerb, samtidig som det tilsier at kravet for løsøreerwerb er det samme som for håndpant.

I juridisk litteratur virker oppfatningen å være at det er tilstrekkelig at avhenderen blir fratatt besittelsen over løsøreobjekten for at erververen skal oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag.⁷⁶ Berg argumenterer for at «det må i alle fall vera tilstrekkelig at seljaren blir

⁷⁰ Hauge (2016) s. 89

⁷¹ Lilleholt (2018) s. 28

⁷² Ot.prp.nr. 56 (1976-1977) Om lov om godtroerwerb av løsøre s. 38

⁷³ Hauge (2016) s. 88

⁷⁴ Lilleholt (2018) s. 230

⁷⁵ Brækhus (1998) s. 287

⁷⁶ Lilleholt (2018) s. 301

fråtaken det fysiske rådveldet over lausøyret. Det er ikkje nødvendig at kjøparen også får tingen i hende».⁷⁷ Dette begrunnes i konsekvenshensyn, og at rettsvernsreglene ved løsøreervert derfor bør bygge på samme prinsippet som reglene for håndpant etter panteloven § 3-2.⁷⁸

Motsatt kan det tilsynelatende virke som Falkanger og Falkanger argumenterer for at løsøregjenstanden må overleveres slik at erververen får den i sin besittelse. Det vises til at hovedregelen er at «løsøretingen må være fysisk overført til S».⁷⁹ Det tilføyes i en fotnote at overlevering til en representant for S også er tilstrekkelig, men at det i så fall må «være på det rene at det virkelig er tale om en representant for S».⁸⁰ Denne uttalelsen kan tolkes dithen at erververen på en eller annen måte må ha kontroll over løsøregjenstanden, og at det dermed ikke er tilstrekkelig at avhenderen fratras besittelsen. Begrepet «besittelsesendring» benyttes senere i samme kapittel, noe som kan tyde på at også Falkanger og Falkanger mener at besittelsesfratakelse er tilstrekkelig for å oppfylle kravet til rettsvernsakt.⁸¹

Formålet med rettsvernsakten er blant annet å skape notoritet omkring overdragelsen, noe som oppnås allerede ved besittelsesfratakelsen.⁸² Det er avhenderens kreditorer som påberoper seg en rett til å ta beslag i formuesgoder som avhenderen eier eller har eid. Dermed er det etterprøvbare, avhenderens eventuelle besittelse over løsøregjenstanden. Det kan derfor anses som unødvendig å oppstille et krav om at løsøregjenstanden også må havne i erververens besittelse.

Etter denne drøftelsen legger jeg til grunn at det er tilstrekkelig at avhenderen fratras besittelsen over løsøregjenstanden for å oppfylle kravet til rettsvernsakten for løsøreervert.

For å vite hva som kreves for å tilfredsstille kravet om besittelsesfratakelse er det nødvendig å klarlegge hva som ligger i begrepene «besittelse» og «besittelsesfratakelse». I det følgende vil det dermed undersøkes hva som menes med disse begrepene.

⁷⁷ Berg (2021) s. 427-428

⁷⁸ Berg (2021) s. 428

⁷⁹ Falkanger og Falkanger (2022) s. 768

⁸⁰ Falkanger og Falkanger (2022) s. 768, se (fotnote 1890)

⁸¹ Falkanger og Falkanger (2022) s. 772

⁸² Lilleholt (2018) s. 301-302

Besittelse kan beskrives som at vedkommende som har «et faktisk herredømme over en ting», har denne tingen i sin besittelse.⁸³ Det er åpenbart at en løsøre gjenstand som en person har på seg, eller på sin eiendom, er i personens besittelse, og at borttakelse av løsøretingen slik at avhenderen ikke lenger har den på seg, eller på sin eiendom, vil innebære besittelsesfratakelse.⁸⁴

Det er ikke nødvendigvis like enkelt å fastslå at en løsøre gjenstand er i noens besittelse dersom den ikke befinner seg på noens kropp eller eiendom. En løsøre gjenstand kan være i avhenderens besittelse uten at han har særlig stor kontroll over den. I straffelovens bestemmelse om tyveri, kreves det blant annet at eieren har tingen i sin besittelse.⁸⁵ Det oppstilles etter tyveribestemmelsen ikke strenge krav til eierens besittelse. Det er lagt til grunn i høyesterettspraksis at eiere av beitende dyr anses for å ha besittelse over dyrene til tross for at de går løs på et stort område sammen med andre dyr.⁸⁶ Dersom det stilles høyere krav til besittelse i den dynamiske tingsretten, vil det medføre at det ikke er mulig å gjennomføre besittelsesfratakelse dersom avhenderen ikke har løsøre gjenstanden på seg eller på sin eiendom. Det vil i så fall være behov for en alternativ rettsvernsakt i disse tilfellene, som for eksempel avtalt besittelsesendring. Avtalt besittelsesendring godtas ikke som rettsvernsakt, noe jeg vil komme tilbake til senere. På denne bakgrunn legges det til grunn at besittelsesbegrepet skal forstås på tilsvarende måte som etter tyveribestemmelsen i straffeloven.

Begrepet «besittelsesfratakelse» er heller ikke uproblematisk. Et eksempel som illustrerer det problematiske, er der en hest overdras fra en sameier til en annen sameier i et beitesameie, hvor forutsetningen er at hesten skal fortsette å beite på samme sted etter overdragelsen.⁸⁷ Hesten vil være i avhenderens besittelse selv om den går fritt på et stort beitesameie, til tross for at han ikke til enhver tid vet hvor hesten befinner seg. På tilsvarende måte ville den være i erververens besittelse dersom han var eier av den samme hesten og denne befant seg på det samme beitesameiet. Den enkleste måten å frata avhenderen besittelsen ville vært om partene kunne avtale at besittelsen gikk over på erververen. Brækhus og Hærem argumenterer for at

⁸³ Brækhus og Hærem (1964) s. 26

⁸⁴ Brækhus og Hærem (1964) s. 26

⁸⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff § 321

⁸⁶ Rt. 1953 s. 729

⁸⁷ Brækhus og Hærem (1964) s. 31

en slik løsning ikke vil tilfredsstillende vilkåret om besittelsesovergang etter håndpantregelen.⁸⁸ Ettersom avtalt besittelsesovergang ikke er tilstrekkelig etter håndpantregelen, vil det nok heller ikke være tilstrekkelig etter rettsvernsakten for løsøreervert. Når avtalt besittelsesovergang i slike tilfeller ikke er tilstrekkelig, må konklusjonen være at besittelsesfratakelsen gjennomføres ved at hesten blir flyttet ut av beitesameiet for en periode, og deretter flyttet tilbake i tråd med erververens ønske. På denne måten markeres det at avhenderen fratras besittelsen over hesten. Begrepet «besittelsesfratakelse» tolkes dermed strengt av Brækhus og Hærem. Det betenkelige med en slik forståelse er at med mindre besittelsesfratakelsen dokumenteres, vil det være umulig å etterprøve i etterkant om avhenderen har vært fratatt besittelsen. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 5.

Pantelovens forarbeider legger tilsynelatende til grunn en like streng forståelse av begrepet «besittelsesfratakelse», som Brækhus og Hærem. For håndpant etter panteloven § 3-2 andre ledd andre punktum, regnes som besittelsesfratakelse også «overlevering av nøkkel til rommet hvor pantet oppbevares» eller andre lignende tiltak som medfører at eieren «taper rådigheten over pantet». I lovens forarbeider uttales det at det avgjørende er at «pantsetjaren ikkje lenger på sjølvstendig måte kan rå over pantet», og at det dermed ikke er nødvendig at panthaveren får «full råderett over tingen».⁸⁹ Dersom hesten i eksempelet ovenfor, hadde fortsatt å være på beitet, ville det vært vanskelig å sørge for at eieren ikke kunne styre over hesten på selvstendig måte, når det er tale om et så stort område som et beitesameie ofte utgjør. Om det i det hele tatt skulle vært mulig å forhindre eieren i å styre over hesten, måtte en tredjeperson holdt oppsyn med hesten konstant, noe som ville vært veldig ressurskrevende og muligens heller ikke tilstrekkelig for å oppnå rettsvern. Det legges dermed til grunn at pantelovens forarbeider har en tilsvarende forståelse av begrepet «besittelsesfratakelse» som Brækhus og Hærem.

De to begrepene «besittelse» og «besittelsesfratakelse» virker etter en tolkning å være i uoverensstemmelse. For at en løsøregjenstand skal anses for å være i noens besittelse stilles det ikke spesielt høye krav. Derimot stilles det høye krav for at rettsvernsakten om besittelsesfratakelse skal tilfredsstillende. Til illustrasjon benyttes eksempelet ovenfor om salget av en hest mellom to beitesameiere. Dersom hesten hadde blitt stående på beitet etter

⁸⁸ Brækhus og Hærem (1964) s. 31, med henvisning til Lov 12. oktober 1857 nr. 3 inneholdende nærmere Bestemmelser om Pant og Thinglæsning § 1

⁸⁹ NUT 1970: 2 Rådsegn 8 Om pant s. 111

overdragelsen, ville erververen fått tilsvarende mulighet til å styre over hesten etter overdragelsen, som avhenderen hadde før overdragelsen. Ingen av partene, hverken før eller etter overdragelsen, har mulighet til å selvstendig styre over hesten når den går nærmest fritt på et så stort område som de fleste beitesameier utgjør. Slik begrepene skal forstås, ville det muligens passet bedre med en annen rettsvernsakt enn faktisk besittelsesfratakelse i slike tilfeller. For eksempel kunne løsningen vært slik som ved korthåndsoverføring, som innebærer at dersom erververen allerede sitter med løsøreobjekten anses besittelsesfratakelsen som gjennomført allerede ved avtaleinngåelsen. Det legges likevel til grunn at det oppstilles et strengt krav om besittelsesfratakelse.

3.4 Unntak fra kravet om besittelsesfratakelse

I tillegg til diskusjonen om tradisjonsprinsippet eller avtaleprinsippet utgjør gjeldende rettsvernsakt, har det pågått en diskusjon om hvilke unntak som kan oppstilles til det eventuelle kravet om besittelsesfratakelse. Unntak kan ikke oppstilles på grunn av konkrete omstendigheter i et enkelt tilfelle.⁹⁰ De unntak som oppstilles gjelder derfor generelt for typetilfeller. Unntakene som oppstilles til et krav om besittelsesfratakelse som rettsvernsakt, begrunnes i hensynene bak reglene.⁹¹ Høyesterett uttalte i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) at det i noen tilfeller, dersom faren for kreditorsvik er liten, kan oppstilles unntak fra hovedregelen om besittelsesfratakelse som rettsvernsakt.⁹² I det følgende vil det redegjøres kort for de unntak som oppstilles til hovedregelen om besittelsesfratakelse.

De to dommene Rt. 1910 s. 231 (Kudommen) og Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen) har i tillegg til å tjene som uttrykk for et mulig krav om besittelsesfratakelse, også vært inspirasjon for Brækhus og Hærem's såkalte interesselære.⁹³ Interesselæren er et anerkjent unntak fra hovedregelen om besittelsesfratakelse.⁹⁴ Unntaket innebærer at erververen oppnår rettsvern uten besittelsesfratakelse i de tilfeller der han har forhåndsbetalt for løsøreobjekten, og gjenstanden blir stående hos avhenderen utelukkende i erververens interesse.⁹⁵ I utgangspunktet vil unntaket stride mot hensynet til likebehandling av kreditorene. Erververen

⁹⁰ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 65

⁹¹ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 64

⁹² HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

⁹³ Berg (2021) s. 432

⁹⁴ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 61. Høyesterett aksepterer interesselæren som et anerkjent unntak fra kravet om besittelsesfratakelse i et obiter dictum.

⁹⁵ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 58

kan anses som en hvilken som helst annen usikret kreditor ved at han har forhåndsbetalt for løsøreobjekten, uten å frata avhenderen besittelsen over løsøreobjekten. For at avtalen ikke skal få preg av en kredittytelse, oppstilles strenge krav om at avhenderen må ha utført sin del av avtalen, slik at han anses for å ha opptjent forskuddsbetalingen.⁹⁶ Dermed stilles det krav om at løsøreobjekten blir værende i avhenderens besittelse *utelukkende* i erververs interesse.

I likhet med unntak etter interesselæren har det vært uklart om et unntak kan oppstilles for større tilvirkningskontrakter. Tilvirkningskjøp er etter Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) § 2, kjøp som innebærer bestilling av noe som skal tilvirkes og den som bestiller ikke skal «skaffe en vesentlig del av materialet».

Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) gjaldt spørsmål om byggherren ved en entreprisekontrakt hadde ek스팅vert leverandørens salgspanterett i stålplater som skulle benyttes i byggingen av et lagerbygg. Stålplatene var på konkurstidspunktet ikke inkorporert i bygget. Høyesterett tok stilling til om eiendomsretten var gått over på byggherren. Dette ble besvart bekræftende ettersom kontraktspartene hadde avtalt at eiendomsretten til bygget skulle gå over til byggherren etter hvert som arbeidet ble utført. Det samme gjaldt materialer som byggherren hadde betalt for. Anerkjennelse av slik avtalt «overlevering» er begrunnet i et stort behov for finansiering.⁹⁷ Store tilvirkningskontrakter medfører store utgifter, og det er vanlig at entreprenøren ikke har økonomi til å legge ut for alle materialer frem til bygget er ferdigstilt. Ettersom det er nødvendig at byggherren forskuddsbetaler, er det også naturlig at han samtidig oppnår vern mot entreprenørens kreditorer.⁹⁸ I tillegg anses faren for kreditorsvik som relativt liten ved store tilvirkningskontrakter. Det er fortsatt uavklart om unntaket for større tilvirkningskontrakter også gjelder dersom det ikke er avtalt mellom partene.⁹⁹

Det har i juridisk litteratur vært drøftet om det bør og kan oppstilles et unntak for forbrukerkjøp.¹⁰⁰ Om et slikt unntak kan oppstilles, er fremdeles uavklart. I tråd med endring i kjøpemønstrene, hvor det stadig blir vanligere å handle på nett, er det et påtrengende behov for en avklaring om det oppstilles unntak for forbrukerkjøp.

⁹⁶ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 58

⁹⁷ Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) s. 63

⁹⁸ Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) s. 63

⁹⁹ Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt) s. 63-64

¹⁰⁰ Hauge (2016) s. 187

4 Hvordan gjennomføres rettsvernsakten i tilfeller av «sale- and leaseback»?

4.1 Innledning

Det gjelder et krav om at avhenderen fratas besittelsen over løsørestanden for at erververen skal oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag.¹⁰¹ Det kan oppstilles unntak for noen tilfeller hvor faren for kreditorsvik er liten.¹⁰² I HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) la Høyesterett til grunn at det ikke kan oppstilles unntak fra kravet til besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback», blant annet på grunn av at faren for kreditorsvik er stor i slike tilfeller.¹⁰³ Tilfellene skiller seg klart fra unntak etter interesselæren, der det gjøres unntak når gjenstanden blir stående hos avhenderen utelukkende i erververens interesse og avhenderen har gjort løsørestanden klar for overlevering. For tilfeller av «sale- and leaseback» skal løsørestanden bli værende i avhenderens besittelse. Dette vil være i begge parter interesse, ettersom de begge vil ha nytte av leieforholdet. Det er dermed klart at det oppstilles krav om at avhenderen må fratas besittelsen over løsørestanden for at erververen skal oppnå rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag også i tilfeller av «sale- and leaseback».¹⁰⁴

I alminnelige tilfeller av kjøp og salg, hvor erververen tar med seg løsørestanden på samme tidspunkt som betalingen gjennomføres, vil som oftest ikke kravet til besittelsesfratakelse skape problemer.¹⁰⁵ Det er klart at avhenderen blir fratatt besittelsen over løsørestanden når erververen tar den med seg. Det problematiske med kravet til besittelsesfratakelse viser seg dersom forutsetningen for avtaleinngåelsen er at avhenderen skal fortsette å ha løsørestanden i sin besittelse, for eksempel i henhold til en avtale om «sale- and leaseback». Det er derfor nødvendig å undersøke hvordan besittelsesfratakelsen i slike tilfeller skal gjennomføres.

¹⁰¹ Masteroppgavens kapittel 3

¹⁰² Masteroppgavens punkt 3.4, HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

¹⁰³ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

¹⁰⁴ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

¹⁰⁵ Lilleholt (1996) s. 95-96

Det kan tenkes ulike måter å tilfredsstille kravet til besittelsesfratakelse dersom avhenderen skal fortsette å ha besittelsen over løsøreobjekten. Dersom besittelsesfratakelsen skal gjennomføres på samme måte som i de alminnelige tilfellene av kjøp og salg, vil det medføre at løsøreobjekten må tilbakeleveres til avhenderen etter besittelsesfratakelsen.¹⁰⁶

Problemstillingen er om besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering er tilstrekkelig for å sikre erververen mot etterfølgende kreditorbeslag, og i så fall hvilke krav som nærmere oppstilles til rettsvernsakten.

4.2 Er besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering tilstrekkelig for å oppnå rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag?

I HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) la Høyesterett til grunn at det i motsetning til etter regelen om håndpant etter panteloven § 3-2, ikke kreves varig besittelsesfratakelse for å oppnå rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag.¹⁰⁷ Førstvoterende uttalte eksplisitt at det ikke ville tas stilling til innholdet i kravet til besittelsesfratakelse. Dersom det ikke kreves at besittelsesfratakelsen må være varig, vil det innebære at tilbakelevering i etterkant av besittelsesfratakelsen ikke er til hinder for erververens kreditorvern. Høyesterettsdommen tolkes dermed dithen at besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering er tilstrekkelig for at erververen skal oppnå rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag i tilfeller av «sale- and leaseback».

I likhet med førstvoterende i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) hevder Berg at det ikke kan kreves varig overlevering, slik det kreves for å oppnå rettsvern for håndpant etter panteloven § 3-2 andre ledd.¹⁰⁸ Han hevder at kravet til besittelsesfratakelse ikke er til hinder for at partene senere inngår en leieavtale, og anerkjenner dermed at kravet til besittelsesfratakelse kan tilfredsstilles til tross for at løsøreobjekten senere tilbakeleveres til avhenderen.

Saksforholdet i Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp) omhandlet et tilfelle av «sale- and leaseback» av møbler og innbo. Besittelsesfratakelsen ble gjennomført ved at gjenstandene ble flyttet ut av

¹⁰⁶ Berg (2021) s. 429

¹⁰⁷ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

¹⁰⁸ Berg (2021) s. 428

rommet de befant seg i, og inn i et annet rom i samme leilighet. Rommet var utleid til en tredjeperson, som på tidspunktet var bortreist. Nøkkelen til rommet ble beholdt av en takstmann over natten. I tillegg ble det underskrevet en formell «overleveringsforretning». Dagen etter ble møblene flyttet tilbake til avhenderen i henhold til leiekontrakten. Da avhenderen senere fikk økonomiske problemer, og ikke betalte husleien, tok utleieren beslag i møblene. Høyesterett kom frem til at kravet til besittelsesfratakelse ikke var tilfredsstillende, ettersom flyttingen av møblene måtte likestilles med en avtalt besittelsesendring. For å oppnå rettsvern kreves mer enn en avtale om besittelsesendring. Flyttingen var ment å være midlertidig, og det var hele tiden meningen at møblene skulle flyttes tilbake dagen etter. Høyesterett uttalte at det ikke er slik rettsvernsakten for løsøreervert gjennomføres, og ved å anerkjenne en slik måte vil det åpne døren for «alfkens Spilfegterier».¹⁰⁹ Ettersom flyttingen av møblene kun var ment som en formalitet, var det ikke tilstrekkelig at overdragelsen var reell og kjøpesummen betalt. Uttalelsen om at det kreves mer enn en avtale mellom partene om besittelsesendring for å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag, indikerer at Høyesterett i dette tilfellet mente at avhenderen ikke var fratatt besittelsen over løsøreobjektet i det hele tatt. Ettersom Høyesterett la avgjørende vekt på at det var tale om avtalt besittelsesendring, og at flyttingen hele tiden var ment å være midlertidig, tolkes dommen slik at Høyesterett anerkjenner besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering som rettsvernsakt. Det stilles imidlertid krav om faktisk besittelsesfratakelse, og at fratakelsen ikke er ment å være midlertidig.

Lilleholt argumenterer i samme retning som Høyesterett i Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp). Han uttaler at kreditor bør kunne ta beslag i løsøreobjektet dersom meningen med besittelsesfratakelsen hele tiden er at avhenderen skal få tilbake besittelsen over løsøreobjektet.¹¹⁰ I en av sine tidligere lærebøker fremhever Lilleholt at det i prinsippet kan godtas at løsøreobjektet «seinare hamnar hos avhendaren».¹¹¹ I likhet med Høyesterett i både Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp) og HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) godtar han dermed besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering som rettsvernsakt.

Lagmannsrettsdommen LA-2005-38803 (Kunderegister) gjaldt en avtale om «sale- and leaseback» av blant annet et kunderegister, som ble ansett som løsøre. Saken omhandlet

¹⁰⁹ Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp) s. 414. Jeg tolker «Spilfegterier» som bedrag/kreditorsvik.

¹¹⁰ Lilleholt (2018) s. 306

¹¹¹ Lilleholt (1999) s. 194

overdragelse fra et enkeltmannsforetak til et aksjeselskap. En drøy måned senere ble blant annet kunderegisteret, ved en endringsavtale, tilbakeført til enkeltmannsforetaket. Det ble inngått en tilhørende avtale om at aksjeselskapet kunne låne registeret gratis ut året, og deretter mot vederlag. Kunderegisteret var i aksjeselskapets besittelse hele tiden. Omtrent et halvt år senere gikk aksjeselskapet konkurs, og konkursboet tok beslag i kunderegisteret. Lagmannsretten kom frem til at konkursboet kunne ta beslag i kunderegisteret, ettersom det ikke var noe avstand mellom avtaleinngåelsen og tilbakeleien. Dermed måtte hovedregelen om besittelsesfratakelse gjelde. Dette ble uttalt i forbindelse med en henvisning til Andenæs, om at det kreves «slik avstand mellom overlevering og tilbakeleie at det reelt er tale om to atskilte transaksjoner».¹¹² Lagmannsrettens begrunnelse er uklar, men på bakgrunn av henvisningen til Andenæs, tolker jeg dommen dithen at lagmannsretten anerkjenner besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering som rettsvernsakt. Det oppstilles imidlertid et krav om en slik avstand mellom besittelsesfratakelse og tilbakelevering at det kan identifiseres to selvstendige disposisjoner.

I likhet med Høyesterett i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie), understreker Hauge forskjellen fra håndpantregelen i panteloven § 3-2 andre ledd, ved at rettsvern ved løsøreervert ikke opphører dersom avhenderen i etterkant av besittelsesfratakelsen får tilbakelevert løsøregjenstanden.¹¹³

Redegjørelsen for eksempelet fra punkt 3.3, om overdragelse av en hest mellom to sameiere i et beitesameie, har overføringsverdi til drøftelsen av kravet om besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback».¹¹⁴ I tråd med Brækhus og Hærem's forståelse av besittelsesbegrepet, konkluderte jeg med at erververen måtte flytte hesten ut av beitesameiet for å tilfredsstille kravet om besittelsesfratakelse. Dette til tross for at erververen også var eier av beitesameiet, og det enkleste dermed ville vært en avtalt besittelsesendring. Senere kunne hesten flyttes tilbake, uten at erververen tapte vernet mot etterfølgende kreditorbeslag. Dersom erververen kunne oppnå rettsvern til tross for at hesten ble flyttet tilbake til beitesameiet, som også tilhørte avhenderen, bør også erververen i tilfeller av «sale- and leaseback» kunne oppnå rettsvern til tross for at avhenderen får tilbake besittelsen i henhold til en leieavtale.

¹¹² Andenæs (1993) s. 152

¹¹³ Hauge (2016) s. 89

¹¹⁴ Brækhus og Hærem (1964) s. 31

Til tross for at kravet til besittelsesfratakelse i stor utstrekning begrunnes i notoritetshensyn, vil besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering kun ivareta hensynet i begrenset grad.¹¹⁵ Det er besittelsesfratakelsen som er gjenstand for etterprøving. Formålet med å oppstille en rettsvernsakt er å sikre notoritet omkring en disposisjon. Det at tilbakeleveringen begrenser muligheten til å etterprøve forhold omkring disposisjonen trekker i retning av at erververen ikke bør oppnå rettsvern dersom avhenderen i etterkant av besittelsesfratakelsen får løsøreobjektet tilbakelevert. Dette problemet vil drøftes nærmere i kapittel 5.

Besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering kan fremstå som en unødvendig bruk av ressurser. I forbindelse med korthåndsoverføring argumenterer Berg for at «[k]ravet til tradisjon bør ikke føre med seg heilt unødig fram- og attendeflytting av tingen».¹¹⁶

Korthåndsoverføring innebærer at dersom erververen allerede sitter med løsøreobjektet anses besittelsesfratakelsen som gjennomført allerede ved avtaleinngåelsen. Til tross for at situasjonen ved korthåndsoverføring er en annen, da erververen allerede har besittelse over løsøreobjektet, kan det spørres om besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering også vil innebære unødvendig fram- og tilbakeflytting av løsøreobjektet.

Besittelsesfratakelsen vil utelukkende tjene som en formalitet, og er både kostbart og tidkrevende. Rettsvernsreglene er et utslag av formalisme, og det kan ikke oppstilles unntak med den begrunnelse at besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering er en ren formalitet.¹¹⁷ Tilfeller av «sale- and leaseback» skiller seg fra korthåndsoverføring ved at avhenderen har og skal fortsette å ha løsøreobjektet i sin besittelse. Manglende besittelsesfratakelse vil ved korthåndsoverføring ikke avskjære muligheten til å etterprøve omstendigheter rundt disposisjonen, slik det vil i tilfeller av «sale- and leaseback». Dette trekker i retning av at besittelsesfratakelse må gjennomføres, og at løsøreobjektet senere kan tilbakeleveres til avhenderen.

Det finnes ingen andre anerkjente rettsvernsakter som sikrer løsøreerverver mot etterfølgende kreditorbeslag i tilfeller av «sale- and leaseback», og det fremstår tilsynelatende som en generell oppfatning at løsøreobjektet kan tilbakeleveres i etterkant av besittelsesfratakelsen. Dermed legges det til grunn at erververen må frata avhenderen

¹¹⁵ Masteroppgavens punkt 2.3

¹¹⁶ Berg (2021) s. 428

¹¹⁷ Berg (2021) s. 429

besittelsen over løsøreobjekten, men at erververen ikke taper rettsvern om gjenstanden tilbakeleveres til avhenderen i henhold til en leieavtale.

4.3 Hvilke krav oppstilles til besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering?

Rettsvernsakten for løsøreerwerb i tilfeller av «sale- and leaseback» innebærer at avhenderen først må fratas besittelsen over løsøreobjekten, og at den deretter kan tilbakeleveres til avhenderen uten at erververen taper rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag. I dette delkapittelet vil det drøftes nærmere hvilke krav som oppstilles til gjennomføringen av denne rettsvernsakten.

I HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) tas det ikke stilling til innholdet i rettsvernsakten ved tilfeller av «sale- and leaseback», annet enn uttalelsen om at besittelsesfratakelsen ikke behøver å være varig.¹¹⁸ Uttalelsen er uklar og tvetydig, idet den enten kan tolkes dithen at rettsvern oppnås i tilfeller der tilbakeleveringen skjer umiddelbart etter besittelsesfratakelsen, eller den kan tolkes slik at besittelsesfratakelsen må være av en viss varighet, men at det ikke må være en permanent besittelsesfratakelse.

I Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp) tok Høyesterett i større grad stilling til innholdet i kravet til besittelsesfratakelse enn i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie). Høyesterett anså det ikke som tilstrekkelig at de solgte møblene var innelåst over natten i et rom som kun en tredjeperson hadde nøkkel til, og kom dermed til den konklusjon at kreditor kunne ta beslag i møblene. Når det gjelder varigheten av besittelsesfratakelsen er dommen taus. Det vektlegges imidlertid at besittelsesfratakelsen hele tiden var ment å være midlertidig og at møblene skulle flyttes tilbake dagen etter. Jeg tolker dommen slik at Høyesterett mente rettsvern ikke var oppnådd fordi besittelsesfratakelsen hele tiden var ment å være midlertidig, og ikke fordi besittelsesfratakelsen i seg selv var for kortvarig.

Som jeg drøftet i delkapittel 4.2 argumenterer Lilleholt for at besittelsesfratakelsen bør være reell, slik at dersom det hele tiden er meningen at løsøreobjekten skal tilbakeleveres til avhenderen, bør kreditorene kunne ta beslag i løsøreobjekten.¹¹⁹ Videre hevder Lilleholt at

¹¹⁸ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

¹¹⁹ Lilleholt (2018) s. 306

de «mest opplagde omgåingstilfella der partane legg inn berre ein «kunstpause» mellom avhending og tilbakeleige» kan slå ned på.¹²⁰ I likhet med Høyesteretts oppfatning i Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp), mener Lilleholt at det avgjørende er at besittelsesfratakelsen ikke må være ment å være midlertidig. Ved inngåelse av en avtale om «sale- and leaseback», er forutsetningen at avhenderen skal ha besittelsen over løsøreobjektet, og dermed er besittelsesfratakelsen ment å være midlertidig. Erverv i tilfeller av «sale- and leaseback» vil ikke kunne oppnå rettsvern dersom en slik forståelse av kravet til besittelsesfratakelse skal legges til grunn. Betenkeligheter omkring dette kommer jeg nærmere inn på i delkapittel 4.4.

Andenæs argumenterer for at «[o]verleveringsprinsippet» ikke er til hinder for at erververen senere leier ut løsøreobjektet til avhenderen, men at det i slike tilfeller kreves slik avstand mellom overleveringen og tilbakeleien at «det reelt er tale om to atskilte transaksjoner».¹²¹ Slik jeg forstår dette, må avhenderen miste besittelsen over løsøreobjektet før leieavtalen kan inngås. Deretter kan løsøreobjektet i henhold til leieavtalen tilbakeleveres til avhenderen. Dette innebærer, i likhet med Lilleholts oppfatning, at rettsvern ikke kan oppnås i tilfeller av «sale- and leaseback».

I LA-2005-38803 (Kunderregister) ble det i større grad enn i de øvrige dommene, tatt stilling til besittelsesfratakelsens innhold. Det ble henvist til Andenæs om at «[d]et må imidlertid være en slik avstand mellom overlevering og tilbakeleie at det reelt er tale om to atskilte transaksjoner». Deretter ble det lagt til grunn at erververen av kunderregisteret ikke hadde oppnådd vern mot avhenderens kreditorer, ettersom det ikke var avstand mellom «avtaleinngåelsen og tilbakeleie». Til tross for at lagmannsrettens begrunnelse er uklar og reglene virker sammenblandet, tolker jeg dommen slik at overdragelsen og tilbakeleien må kunne identifiseres som to separate disposisjoner.

Berg anfører at overleveringskravet ikke er til hinder for at partene senere inngår en avtale om at avhenderen skal få rådighet over tingen, som for eksempel en leieavtale.¹²² Dette tyder på at leieavtalen må inngås etter at avhenderen har blitt fratatt besittelsen over løsøreobjektet. Videre argumenterer han i likhet med Andenæs,¹²³ for at det må være en slik varighet mellom besittelsesfratakelsen og tilbakeleveringen at de kan identifiseres som to selvstendige

¹²⁰ Lilleholt (1999) s. 194

¹²¹ Andenæs (2009) s. 265

¹²² Berg (2021) s. 429

¹²³ Andenæs (2009) s. 265

disposisjoner.¹²⁴ For å oppnå dette må den første disposisjonen ha oppnådd rettsvern enten ved besittelsesfratakelse, eller et anerkjent unntak fra kravet til besittelsesfratakelse. Deretter kan løsøreobjekten tilbakeleveres til avhenderen på et nytt selvstendig grunnlag.¹²⁵ En slik forståelse tilsier at en løsøreerhverver i tilfeller av «sale- and leaseback» ikke vil kunne oppnå rettsvern, noe som i praksis fører til en avskjæring av slike avtale typer. Uttalelsen virker imidlertid ikke å stå i veien for at leieavtalen kan inngås og tilbakeleveringen kan gjennomføres på det tidspunktet avhenderen er fratatt besittelsen over løsøreobjekten. Videre tilføyer Berg at det av hensyn til bevis vil være hensiktsmessig om det er en viss avstand i tid mellom de to disposisjonene.¹²⁶

Lilleholt legger avgjørende vekt på at besittelsesfratakelsen ikke skal være ment å være midlertidig, mens Andenæs og Berg uttrykker at det avgjørende er at det kan identifiseres to selvstendige disposisjoner. Dette kan tyde på to ulike oppfatninger. Jeg tolker det imidlertid slik at teoretikerne mener det avgjørende er at det først blir inngått en salgavtale og at avhenderen i tråd med denne blir fratatt besittelsen over løsøreobjekten. Deretter kan partene inngå en selvstendig leieavtale, og løsøreobjekten kan tilbakeleveres i henhold til denne.

I motsetning til Andenæs, Lilleholt og Berg, argumenterer ikke Hauge for at det må kunne identifiseres to selvstendige disposisjoner for at erververen skal oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag.¹²⁷ Hun påpeker at det er alminnelig antatt at avhenderen må være fratatt besittelsen med en slik varighet at det kan legges til grunn at erververen har blitt reell eier av løsøreobjekten før den tilbakeleies av avhenderen.¹²⁸ Hun virker å være uenig i et slikt krav, og argumenterer for at det heller er hensiktsmessig å foreta en vurdering av disposisjonens realitet.¹²⁹ Derimot anfører Hauge heller at tiden mellom besittelsesfratakelsen og tilbakeleveringen er egnet til å gi indikasjon på om avhendelsen er reell eller ikke.¹³⁰ Dette tyder på at kravet til besittelsesfratakelse anses oppfylt også der avtalen både innebærer salg og tilbakeleie, og løsøreobjekten blir tilbakelevert umiddelbart etter besittelsesfratakelsen.

¹²⁴ Berg (2021) s. 429

¹²⁵ Berg (2021) s. 429

¹²⁶ Berg (2021) s. 429

¹²⁷ Andenæs, Lilleholt og Berg

¹²⁸ Hauge (2016) s. 185, videre henvisning til Andenæs (2009) s. 265-266

¹²⁹ Hauge (2016) s. 186

¹³⁰ Hauge (2016) s. 89

Dermed vil avstanden mellom besittelsesfratakelsen og tilbakeleveringen ifølge Hauge hovedsakelig ha bevismessig betydning.

I samme retning som Huges argumentasjon, trekker hensynet til praktiske anvendbare rettsvernsregler. Det er betenkelig å forhindre avtaler om «sale- and leaseback» fra å oppnå rettsvern, ved å oppstille et krav om at overdragelsen og tilbakeleien må kunne identifiseres som to selvstendige disposisjoner. Dersom et slikt krav ikke oppstilles, men det likevel kreves en lengre varighet mellom besittelsesfratakelsen og tilbakeleveringen kan det i de tilfellene der den utleide løsøreobjekten skal benyttes av leietakeren kort tid etter overdragelsen også være umulig å oppnå rettsvern. Til illustrasjon er saken i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) hvor maskinene skulle benyttes på samme sted, og det ville medføre kontraktsbrudd med byggherren om maskinene var borte over en lengre periode fra anleggsområdet. Dersom det skal være mulig å oppnå rettsvern, tilsier praktiske årsaker at det bør være tilstrekkelig også der løsøreobjekten umiddelbart tilbakeleveres etter besittelsesfratakelsen.

Hensynet til regler om et klart skjæringstidspunkt og hensynet til omsetning tilsier at det bør være enkelt å fastslå om kravet til besittelsesfratakelse er oppfylt på en tilfredsstillende måte. Huges oppfatning om at det er mer hensiktsmessig å foreta en vurdering av en disposisjons realitet, ivaretar ikke hensynet til et klart skjæringstidspunkt eller hensynet til omsetning. En slik løsning vil innebære en konkret skjønnsmessig vurdering av hvert enkelt tilfelle. Ved et krav om at det må kunne identifiseres to selvstendige disposisjoner, må det være klare regler for hva som kreves for å kunne identifisere de to disposisjonene for at disse hensynene skal være ivarettatt. Meg bekjent, oppstiller hverken rettspraksis eller juridisk litteratur retningslinjer for hva som kreves for å identifisere to selvstendige disposisjoner. Rettskildene nøyer seg med å legge til grunn at to selvstendige disposisjoner må kunne identifiseres for å oppnå rettsvern. Innholdet i et slikt krav er uklart. Dette tilsier at den mest praktiske og minst ressurskrevende løsningen bør være gjeldende rett. Dermed trekker hensynet til klare regler om skjæringstidspunktet og omsetningshensyn i retning av at enhver besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering er tilstrekkelig for å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag.

Høyesterett har vært uklar om hva som kreves av besittelsesfratakelsen i tilfeller av «sale- and leaseback». Det er dermed ikke momenter av betydning å trekke ut av de to

Høyesterettsdommene, annet enn at besittelsesfratakelsen ikke behøver å være varig,¹³¹ og kravet om at hensikten ikke kan være en midlertidig besittelsesfratakelse.¹³² Dommen i LA-2005-38803 (Kunderegister) er noe mer oppklarende med tanke på innholdet i kravet til besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback», til tross for at begrunnelsen er uklart og gir uttrykk for forvirring hos lagmannsretten. Dommen gir uttrykk for at det må kunne identifiseres to selvstendige disposisjoner for å kunne oppnå rettsvern. Med unntak av Hauges «Løsøreerverters kreditorvern», er juridisk litteratur nokså samstemt om at det må kunne identifiseres to selvstendige disposisjoner for at erververen i en avtale om «sale- and leaseback» skal kunne oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag. Til tross for dette må det nok fortsatt anses å være uklart hvilke krav som stilles til rettsvernsakten for tilfeller av «sale- and leaseback». Dersom det oppstilles et krav om at det må kunne identifiseres to selvstendige disposisjoner for å oppnå rettsvern, vil det være umulig å oppnå rettsvern i tilfeller av «sale- and leaseback». Dette er etter min mening noe betenkelig, og jeg vil derfor i neste delkapittel redegjøre for noen betenkeligheter med et eventuelt krav om å kunne identifisere to selvstendige disposisjoner.

4.4 Betenkeligheter med å oppstille et krav om å kunne identifisere to selvstendige disposisjoner

Som drøftet ovenfor trekker majoriteten av rettskildene mot at kravet om besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback» krever at det må kunne identifiseres to selvstendige disposisjoner. Rettsvernsakten er dermed ikke i veien for at partene i en salgavtale *senere* inngår en leieavtale, men vil likevel avskjære erververen fra å oppnå rettsvern i tilfeller av «sale- and leaseback». Det er som nevnt uklart om et slikt krav faktisk oppstilles, i og med at både lovgivningen og rettspraksis er tause om innholdet i kravet til besittelsesfratakelse. I dette delkapittelet vil jeg gjennomgå noen betenkeligheter med å oppstille et krav om at det må identifiseres to selvstendige disposisjoner.

Et krav om å at det må identifiseres to selvstendige disposisjoner innebærer at partene først må inngå en salgavtale og at avhenderen fratras besittelsen over løsøregjenstanden i henhold til denne. Deretter kan partene inngå en avtale om tilbakeleie, og avhenderen kan få tilbake besittelsen over løsøregjenstanden i tråd med leieavtalen. En avtale om «sale- and leaseback»

¹³¹ HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) avsnitt 68

¹³² Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp) s. 414

innebærer både salg og tilbakeleie, slik at krav om to separate avtaler vil medføre at det ikke lenger er tale om «sale- and leaseback». Dermed vil et slikt krav medføre at rettsvern ikke kan oppnås i tilfeller av «sale- and leaseback».

Det er uklart om det ved å oppstille en slik rettsvernsakt, er ment å hindre inngåelse av avtaler om «sale- and leaseback», eller om det ikke er tenkt tilstrekkelig nøye gjennom hvordan en slik rettsvernsakt vil fungere i praksis. Meg bekjent er denne problemstillingen hverken drøftet i rettspraksis eller juridisk litteratur. Berg bekjenner seg at kravet om at det må kunne identifiseres to selvstendige disposisjoner, kanskje kan medføre at vurderingen vil «bli noko tilfeldig».¹³³ Det er uklart hva Berg mener med en tilfeldig vurdering, når de krav han stiller til besittelsesfratakelsen medfører at avtaler om «sale- and leaseback» i realiteten ikke kan oppnå rettsvern. Dette kan tyde på at den praktiske gjennomføringen av rettsvernsakten i tilfeller av «sale- and leaseback» ikke er tilstrekkelig grundig gjennomtenkt.

På den andre siden vil det være flere alternative måter å skaffe kapital eller rendyrke virksomheten, dersom dette er formålet med å inngå en avtale om «sale- and leaseback». Dermed kan det på bakgrunn av et ønske om å forhindre kreditorsvik, fremstå tilsiktet å oppstille en rettsvernsakt som i praksis forhindrer erververen i å oppnå rettsvern ved slike avtaler. Det faktum at det gikk mer enn 100 år mellom forrige gang Høyesterett behandlet spørsmålet til den nyeste dommen HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie), gjør det klart at problemstillingen ikke er særlig praktisk. Dermed er det ikke unaturlig å anta at den praktiske siden ved reglene ikke er tilstrekkelig gjennomtenkt. Uansett om rettsvernsakten er lite gjennomtenkt eller om det er tilsiktet at erververen ved avtaler om «sale- and leaseback» ikke kan oppnå rettsvern, er det problematisk å avskjære muligheten til å oppnå rettsvern for slike avtaler. Spesielt kritikkverdig er det å avskjære erververen fra å oppnå rettsvern uten at det uttrykkelig fremgår av rettskildene.

På grunn av hensynet til regler om et klart skjæringspunkt og hensynet til omsetning, bør det klart fremgå av rettskildene dersom tilfeller av «sale- and leaseback» ikke kan oppnå rettsvern. Rettskildene gir uttrykk for at rettsvern kan oppnås også i tilfeller av «sale- and leaseback», noe som ikke stemmer dersom det oppstilles et krav om at det må identifiseres to selvstendige disposisjoner. Reglene kan dermed være villedende for parter som ønsker å inngå en avtale om «sale- and leaseback» i den tro at det er mulig å oppnå rettsvern mot

¹³³ Berg (2021) s. 423

etterfølgende kreditorbeslag. Dette understrekes ytterligere ved at advokaten i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) trodde en avtale om «sale- and leaseback» kunne oppnå kreditorvern.

Som nevnt innledningsvis finnes det alternativer, dersom formålet med avtalen om «sale- and leaseback» er å frigjøre kapital eller rendyrke virksomheten. En alternativ avtaleform, som vil frigjøre kapital, er en låneavtale kombinert med at långiver får driftstilbehørspann i løsøreobjektet etter panteloven § 3-4. En slik avtale kan for eksempel inngås mellom søsterselskaper i samme konsern, slik som en avtale om «sale- and leaseback». Dette vil imidlertid kun frigjøre kapital, og er ikke et alternativ som tjener formålet om å rendyrke virksomheten. Det er dessuten kun næringsdrivende som kan pantsette driftstilbehør.¹³⁴ Et annet alternativ er å skille ut deler av selskapet gjennom fisjon etter Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (Aksjeloven) kapittel 14. Dette vil gi mulighet for å rendyrke virksomheten. Fisjoning kan imidlertid kun gjennomføres av aksjeselskap.¹³⁵ At disse løsningene kun kan gjennomføres av næringsdrivende, innebærer at privatpersoner ikke har noen alternativ mulighet til å oppnå tilsvarende formål som de kan ved en avtale om «sale- and leaseback». Derimot anses det som nokså uvanlig at privatpersoner inngår avtaler om «sale- and leaseback», slik at det heller ikke vil være et påtrengende behov for alternative avtaleformer for privatpersoner.

Til illustrasjon er saken i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie) hvor formålet med avtalen om «sale- and leaseback» var å rendyrke virksomheten og frigjøre kapital, noe som anses som legitime formål for å inngå avtaler om «sale- and leaseback». Å styrke bedriftens økonomiske vekst er et legitimt formål. Et samfunnsøkonomisk perspektiv gjør det betenkelig å oppstille en rettsvernsakt som i realiteten forhindrer avtaler som bidrar til bedrifters vekst.

Til tross for at det finnes alternative løsninger for næringsdrivende, der behovet i størst grad aktualiseres, er det etter min mening svært betenkelig å oppstille en rettsvernsakt som avskjærer en avtale med legitime formål fra å oppnå rettsvern.

¹³⁴ Panteloven § 3-4 første ledd

¹³⁵ Aksjeloven § 14-1 første ledd

5 I hvilken grad ivaretar kravet om besittelsesfratakelse hensynet til notoritet?

5.1 Innledning

Formålet med kreditorvernreglene er å forhindre kreditorsvik.¹³⁶ Dette formålet ivaretas ved å oppstille et krav om at erververen må gjennomføre en rettsvernsakt som sikrer notoritet omkring disposisjonen. Notoritet innebærer at omstendigheter omkring en disposisjon, herunder dens realitet, innhold og tidspunktet for rettsstiftelsen, kan etterprøves.¹³⁷ Det er en forutsetning at avtalen om overdragelsen er reell og gyldig, og rettsvernsakten er dermed et tilleggsvilkår.¹³⁸

Til tross for at hensynet til notoritet i stor grad begrunner reglene om rettsvern og kreditorekstinksjon, er det varierende i hvilken grad de ulike rettsvernsaktene ivaretar hensynet til notoritet. Spørsmålet om hensynet til notoritet er ivaretatt, kan ikke besvares med et enkelt ja eller nei, ettersom en disposisjon kan være notorisk i større eller mindre grad.¹³⁹

Ifølge Brækhus og Hærem er besittelsesfratakelse den rettsvernsakten for erverv av løsøre som i størst grad ivaretar hensynet til notoritet, men at besittelsesfratakelsen ikke vil si noe mer enn at erververen har fått en rett til løsøregjenstanden.¹⁴⁰ Det kan imidlertid tenkes at det nå er andre rettsvernsakter som i større grad ivaretar hensynet til notoritet, på grunn av at teknologien stadig utvikles. For eksempel vil det gjennom elektroniske betalingsløsninger være enklere å undersøke om erververen har betalt for løsøregjenstanden, og i så fall når dette har skjedd.¹⁴¹ Elektroniske avtaler og lignende kan også bidra til at en disposisjon kan etterprøves.

For ikke-realregistrerbart løsøre, der det ikke finnes et register som gir opplysninger om eierforholdet, kan det være utfordrende å etterprøve om en disposisjon er reell, når den eventuelt er foretatt og dens innhold.¹⁴² Det faktum at gjenstanden befinner seg hos en annen

¹³⁶ Masteroppgavens punkt 2.2

¹³⁷ Masteroppgavens punkt 2.3

¹³⁸ Berg (2021) s. 227

¹³⁹ Falkanger og Falkanger (2016) s. 590, Marthinussen (2019) s. 168

¹⁴⁰ Brækhus og Hærem (1964) s. 496

¹⁴¹ Marthinussen (2019) s. 174

¹⁴² Marthinussen (2019) s. 168

enn den tidligere eieren, vil utgjøre et tydelig tegn på at gjenstanden faktisk er overdratt, men ved tilfeller av «sale- and leaseback» vil ofte ikke heller dette være situasjonen. Til tross for at hensynet til notoritet i stor grad begrunner det strenge kravet til besittelsesfratakelse som rettsvernsakt for løsøreervert, fremstår hensynet ved første øyekast kun ivaretatt i begrenset grad.

I dette kapitlet vil det undersøkes hvorvidt rettsvernsakten om besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback» ivaretar hensynet til notoritet, og hvorvidt en eventuell begrenset ivaretagelse av hensynet har betydning for erververs rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag. I forlengelsen av drøftelsen i punkt 4.4 vil det undersøkes om det å oppstille en rettsvernsakt som i begrenset grad ivaretar hensynet til notoritet, i realiteten er en metode å forhindre avtaler om «sale- and leaseback». For å danne et utgangspunkt for den videre drøftelsen vil jeg i det følgende undersøke hvorvidt hensynet til notoritet ivaretas ved varig besittelsesfratakelse.

5.2 I hvilken grad ivaretas hensynet til notoritet ved varig besittelsesfratakelse?

Til tross for at det ikke oppstilles et krav om *varig* besittelsesfratakelse, oppnår løsøreervert vanligvis rettsvern ved at avhenderen varig blir fratatt besittelsen over løsøregjenstanden.¹⁴³ Det som gjør disposisjonen notorisk er at avhenderen har mistet besittelsen over den aktuelle løsøregjenstanden. Omstendigheter omkring disposisjonen etterprøves ved å undersøke om avhenderen har mistet besittelsen over løsøregjenstanden.

Ved å undersøke om skyldneren har besittelsen over en løsøregjenstand, kan det til en viss grad etterprøves om løsøregjenstanden eies av skyldneren på konkurstidspunktet. Skyldnerens besittelse av løsøregjenstander er en presumsjon for at han er eier av gjenstandene.¹⁴⁴ Motsatt kan det at skyldneren er fratatt besittelsen tilsi at han ikke lenger er eier av løsøregjenstanden. Det er derimot ikke slik at enhver besittelsesfratakelse innebærer at løsøregjenstanden er overdratt til en tredjeperson. For eksempel kan skyldneren ha utleid, utlånt eller håndpantsett løsøregjenstanden etter panteloven § 3-2. Det at skyldneren er fratatt besittelsen over løsøregjenstanden, vil dermed ikke alene fortelle noe mer enn at skyldneren ikke har

¹⁴³ Masteroppgavens punkt 3.3

¹⁴⁴ Brækhus (1998) s. 41

gjenstanden i sin besittelse på det aktuelle tidspunktet. Uten andre holdepunkter vil det være umulig å vite på hvilket grunnlag avhenderen er fratatt besittelsen over løsøre-gjenstanden.¹⁴⁵ For å kunne etterprøve om disposisjonen dreier som en overdragelse og er en realitet mellom partene, må besittelsesfratakelsen ses i sammenheng med avtalen mellom partene.

Det vil også være utfordrende å etterprøve til hvilket tidspunkt overdragelsen eventuelt ble foretatt. Tidspunktet vil være helt vesentlig dersom det mistenkes at overdragelsen ble foretatt etter konkursåpning. Kreditorskadelige disposisjoner vil ofte være foretatt rundt tidspunktet for konkursåpningen. En rettsvernsakt som ikke gir mulighet til å etterprøve noe så vesentlig som tidspunktet for disposisjonen, vil ikke ivareta hensynet til notoritet i særlig stor grad.

Drøftelsen gjør det klart at hensynet til notoritet ivaretas i begrenset grad ved varig besittelsesfratakelse. Det kan tenkes at det i tillegg til besittelsesfratakelse må fremlegges bevis for at det skal være mulig å etterprøve hvilken rettighet som er overdratt, og til hvilket tidspunkt. En håndskrevet avtale vil ikke bidra i særlig stor grad til overdragelsens notoritet, ettersom det er vanskelig å finne ut om denne er antedatert. En elektronisk avtale vil bidra til overdragelsens notoritet i større grad, dersom det kan vises til datoen avtalen faktisk ble inngått. Dette vil i så fall svekke behovet for besittelsesfratakelse som rettsvernsakt, ettersom avtalen vil sikre bedre notoritet enn selve besittelsesfratakelsen. Kravet til besittelsesfratakelse kan dermed fremstå som en unødvendig formalitet.

5.3 I hvilken grad ivaretas hensynet til notoritet ved besittelsesfratakelse i tilfeller av «sale- and leaseback»?

Et krav til besittelsesfratakelsen om at erververen må kunne identifisere to selvstendige disposisjoner, vil i realiteten medføre at erververen ikke kan oppnå rettsvern i tilfeller av «sale- and leaseback».¹⁴⁶ Det vil derfor i dette delkapittelet forutsettes at det ikke oppstilles et slikt krav til besittelsesfratakelsen. I det følgende vil det vurderes i hvilken grad besittelsesfratakelse som rettsvernsakt i tilfeller av «sale- and leaseback» ivaretar hensynet til notoritet, og hvorvidt eventuell dokumentasjon av gjennomføring av besittelsesfratakelsen vil ivareta hensynet til notoritet i større grad. Det vil også undersøkes om kravet om å

¹⁴⁵ Brækhus og Hærem (1964) s. 496-497

¹⁴⁶ Masteroppgavens punkt 4.3 og 4.4

gjennomføre en rettsvernsakt som i begrenset grad sikrer notoritet, er begrunnet i et ønske om å forhindre avtaler om «sale- and leaseback».

Med mindre det oppstilles ytterligere vilkår enn besittelsesfratakelsen ved tilfeller av «sale- and leaseback», er det utvilsomt at midlertidig besittelsesfratakelse vil ivareta hensynet til notoritet i enda mindre grad enn ved varig besittelsesfratakelse. Det faktum at avhenderen er fratatt besittelsen over løsøreobjektet, gjør det til en viss grad mulig å etterprøve omstendigheter omkring en disposisjon. Det er dermed ikke tvil om at det vil skape problemer for etterprøvingen dersom løsøreobjektet i etterkant av besittelsesfratakelsen er tilbakelevert til avhenderen. Dersom avhenderen er fratatt besittelsen for en stund før løsøreobjektet tilbakeleveres, vil det i dette tidsrommet være mulig å etterprøve omstendigheter omkring disposisjonen på lik linje med varig besittelsesfratakelse. Jo lengre tid som går mellom besittelsesfratakelsen og tilbakeleveringen, desto lengre tid er det mulig å etterprøve disposisjonens realitet.

Det at rettsvernsakten i så liten grad ivaretar hensynet til notoritet, gjør det betenkelig at et så absolutt krav om å gjennomføre besittelsesfratakelsen er begrunnet i hensynet til notoritet. Det er tydelig at reglene er gamle, og fra en tid da det var vanskelig å sikre hensynet til notoritet på en mer effektiv måte. Marthinussen argumenterer for at det er «vanskeligere å finne gode argumenter for absolutte rettsvernsregler [...] der notoriteten og publisiteten som oppnås er svært begrenset».¹⁴⁷ Det vil i det følgende derfor undersøkes om det oppstilles krav til besittelsesfratakelsen som i større grad sikrer notoritet omkring en disposisjon.

For å ivareta hensynet til notoritet i større grad, kan det være aktuelt å oppstille et tilleggskrav om at besittelsesfratakelsen også må dokumenteres. Berg argumenterer for en slik løsning. Han uttaler at ettersom erververen uansett må kunne dokumentere overdragelsens realitet, vil det normalt ikke koste særlig mye å i tillegg dokumentere at den aktuelle rettsvernsakten er gjennomført.¹⁴⁸ Det fremstår uklart om Berg betrakter dokumentasjon av gjennomført rettsvernsakt som et gjeldende krav, eller om det kun er en oppfordring til løsøreerververe.

Berg tar ikke stilling til hvordan en besittelsesfratakelse kan dokumenteres, og hvilke dokumentasjonsmetoder som eventuelt sikrer en større grad av notoritet. Det vil i det følgende

¹⁴⁷ Marthinussen (2019) s. 175

¹⁴⁸ Berg (2021) s. 429-430

presenteres, og vurderes, noen alternative måter å dokumentere at avhenderen har vært fratatt besittelsen over løsøreobjekten.

En åpenbar og enkel måte å dokumentere at besittelsesfratakelse er gjennomført kan være ved bruk av vitner. Det kan oppstilles krav om at et eller flere vitner er til stede når avhenderen fratras besittelsen, og at disse kan vitne for konkursboet eller i en eventuell retts sak. Vitnene kan også signere et dokument som bekrefter gjennomført besittelsesfratakelse. Med tanke på at kravet til besittelsesfratakelse som rettsvernssak er begrunnet i hensynet til å forhindre kreditorsvik, bør en eventuell dokumentasjon for at rettsvernssaken er gjennomført, også begrunnes i dette hensynet. På lik linje som det uten et krav om en rettsvernssak er enkelt for skyldneren og en tredjeperson å oppdiktet en historie om overdragelse, vil det også være enkelt å få tredjepersoner til å oppdiktet en historie om at de har vært vitne til besittelsesfratakelsen. Vitneførsel som dokumentasjon vil ikke i særlig stor grad bidra til å forhindre kreditorsvik. Det vil heller ikke i spesielt stor grad bidra til å gjøre disposisjonen notorisk.

Opptak fra et overvåkningskamera kan være egnet til å dokumentere at avhenderen er fratatt besittelsen over løsøreobjekten. Til illustrasjon er saken i HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie). I saken kunne eventuelle overvåkningskameraer på byggeplassen ha tjent som dokumentasjon for at maskinene var flyttet ut av byggeplassen. Slike opptak ville imidlertid ikke bevist at avhenderen hadde mistet besittelsen over maskinene. Det ville kun bevist at maskinene for en periode hadde vært utenfor anleggsområdet. I likhet med dokumentasjon i form av vitner, kan partene også enkelt samarbeide om å få videoopptak til å se ut som rettsvernssaken er gjennomført. Dermed vil heller ikke opptak fra overvåkningskamera være en tilfredsstillende måte å dokumentere besittelsesfratakelsen på.

Dersom løsøreobjekten er et kjøretøy med kilometerteller, kan dokumentasjonen av at besittelsesfratakelse er gjennomført, gjøres ved å vise til en endring i kilometertelleren. Dette vil kun fungere dersom det faktisk er tale om et kjøretøy med kilometerteller, og det ikke vil kreve uforholdsmessig mye ressurser å frata avhenderen besittelsen ved å fysisk kjøre bort kjøretøyet. En slik dokumentasjon ville, i likhet med vitner og videoopptak, ikke fortalt noe annet enn at kjøretøyet var kjørt et visst antall kilometer. Dokumenteringen ville ikke tjene som bevis for at avhenderen var fratatt besittelsen over løsøreobjekten. Heller ikke tidspunktet for flyttingen ville blitt dokumentert gjennom å vise til kilometertelleren. Det vil dermed ikke bidra til ivaretagelse av notoritet.

Dersom løsøreobjekten blir fraktet med ekstern transport fra avhenderen til erververen, vil dokumentene fra transportselskapet kunne dokumentere gjennomføringen av besittelsesfratakelsen. I så fall bør partene være oppført som avsender og mottaker i dokumentene. Dersom også tilbakeleveringen kan dokumenteres vil det muligens gi enda sterkere bevis for at besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering er gjennomført. Om transportdokumenter skal fungere som bevis for at besittelsesfratakelse er gjennomført, bør det klart fremgå av dokumentene hvilke løsøreobjekter det er tale om. Det kan være ved å vise til serienummer eller registreringsnummer på løsøreobjekten.

Transportdokumenter vil kun være aktuelt å føre som bevis dersom erververen faktisk bruker ekstern transport til å frakte løsøreobjektene. Dersom erververen kan frakte løsøreobjekten på egenhånd, eller det dreier seg om et kjøretøy som fysisk kan kjøres, vil en slik løsning være unødvendig ressursbruk.

Gjennomgangen av noen utvalgte metoder å dokumentere gjennomført besittelsesfratakelse, viser at det kan være utfordrende å dokumentere på en tilfredsstillende måte at besittelsesfratakelse er gjennomført. I tillegg er det vanskelig å oppstille noen generelle regler for hvordan dokumentasjon skal gjennomføres. Et krav om dokumentasjon vil i liten grad bidra til at hensynet til notoritet ivaretas i større grad enn besittelsesfratakelsen alene. Mesteparten av alternativene ivaretar heller ikke hensynet til å forhindre kreditorsvik i særlig stor grad, ettersom det er enkelt å manipulere dokumentasjonen av besittelsesfratakelsen.

En sentral del av begrunnelsen ved å oppstille et strengt krav om at det må gjennomføres en rettsvernsakt, er å unngå skjønnsmessige vurderinger. Det vil lette arbeidet til både konkursboene og domstolene, og i tillegg sikre forutberegnelighet for erververen og kreditorene. Det å oppstille et krav om at det må kunne dokumenteres at avhenderen har vært fratatt besittelsen, uten å oppstille konkrete regler for hvordan dette skal gjøres, vil medføre at det må foretas skjønnsmessige vurderinger.

På den andre siden vil kravet til besittelsesfratakelse alene, også medføre skjønnsmessige vurderinger. Dette fordi rettsvernsakten har et uklart innhold. Dokumentasjon vil muligens gjøre de skjønnsmessige vurderingene enklere, ved at konkursbo og domstoler kan etterprøve om besittelsesfratakelsen er gjennomført. Dersom det mistenkes at disposisjonen er kreditorskadelig og at rettsvernsakten ikke er foretatt, er det vanskelig å vite om partene kun

har diktet opp en historie.¹⁴⁹ Det vil neppe være tilstrekkelig å fortelle at avhenderen tidligere har vært fratatt besittelsen ved en slik mistanke. Dette kan tilsi at det kan oppstilles et krav om dokumentasjon i tillegg til gjennomføringen av besittelsesfratakelsen. Uansett om det oppstilles krav om dokumentasjon eller ikke, kan det være en fordel om erververen sikrer dokumentasjon i tilfeller der det er mulig.

Det er meg bekjent, ingen andre enn Berg som argumenterer for at en besittelsesfratakelse bør dokumenteres. Sammenholdt med at det er uklart om Berg oppstiller det som et krav eller en oppfordring til løsøreerververe, er det uklart om det kan kreves dokumentasjon for at besittelsesfratakelsen er gjennomført.

Ettersom et krav om dokumentasjon av besittelsesfratakelsen vil medføre en skjønnsmessig vurdering, virker det betenkelig å oppstille et slikt krav. Sammenlignet med om det avgjørende for erververens kreditorvern hadde berodd på en konkret vurdering av disposisjonens realitet,¹⁵⁰ vil et uklart krav om dokumentasjon hverken bidra til lettelse i bobehandlingen eller eventuell domstolsbehandling. I tillegg vil hverken konkursboets eller løsøreerververens forutberegnelighet, styrkes i særlig stor grad.

Et absolutt krav om å gjennomføre en rettsvernsakt, er ressurskrevende og i noen tilfeller også umulig å gjennomføre. Det ivaretar heller ikke det svært sentrale hensynet til notoritet i særlig stor grad. Rettsvernsakten som oppstilles fremstår som en metode å forhindre at det inngås avtaler om «sale- and leaseback». Om det i tillegg oppstilles et krav om at besittelsesfratakelsen må dokumenteres, som har et uklart innhold og ikke bidrar til å ivareta hensynet til notoritet i særlig stor grad, forsterkes en slik oppfatning ytterligere.

¹⁴⁹ Hauge (2016) s. 143

¹⁵⁰ Hauge (2016) s. 186

6 Avsluttende bemerkninger

Formålet med masteroppgaven har vært å undersøke hvordan kreditorvern oppnås for løsøreervert i tilfeller av «sale- and leaseback», og hvorvidt den påkrevde rettsvernsakten ivaretar hensynet til notoritet – et sentralt bakenforliggende hensyn til reglene om rettsvern og kreditorekstinksjon.

Etter en drøftelse av relevante rettskilder la jeg i kapittel 4 til grunn at rettsvernsakten for løsøreervert i tilfeller av «sale- and leaseback» krever at avhenderen fratras besittelsen, men at rettsvernsakten ikke er til hinder for at avhenderen senere får tilbake besittelsen over løsøregjenstanden i henhold til leieavtalen. En overvekt av rettskildene trekker i retning av at besittelsesfratakelsen må være av en varighet som fører til at det kan identifiseres to selvstendige disposisjoner. Det er uklart om en slik forståelse anses som gjeldende rett. Konsekvensene av et slikt krav er uheldige, ettersom ervert i tilfeller av «sale- and leaseback» ikke kan oppnå rettsvern.

Et krav om besittelsesfratakelse med etterfølgende tilbakelevering, ivaretar ikke hensynet til notoritet i særlig stor grad. Det kan være vanskelig kun ved hjelp av en besittelsesfratakelse å etterprøve at et ervert er en realitet mellom partene, når disposisjonen er foretatt og det eventuelle innholdet. Enda vanskeligere kan det være å bevise at avhenderen har vært fratatt besittelsen over løsøregjenstanden for en periode, dersom den er tilbakelevert til avhenderen. Med dagens teknologi, vil elektroniske avtaler og betaling sikre en større grad av notoritet enn en besittelsesfratakelse. Det kan stilles spørsmål om det er behov for å oppstille et absolutt krav om rettsvernsakt, når den oppstilte rettsvernsakten ikke ivaretar det sentrale hensynet til notoritet.¹⁵¹ Dette spørsmålet blir særlig sentralt dersom det i tillegg til besittelsesfratakelsen må fremlegges bevis for at rettsvernsakten er gjennomført for å oppnå vern mot etterfølgende kreditorbeslag. Bevisfremleggelse kan være vanskelig og ressurskrevende, og vil medføre at domstolene må foreta konkrete skjønnsmessige vurderinger i hver enkelt sak. Det virker unødvendig firkantet å oppstille absolutte rettsvernsregler istedenfor å konkret vurdere hver enkelt disposisjons realitet slik Hauge foreslår.¹⁵²

¹⁵¹ Marthinussen (2019) s. 175

¹⁵² Hauge (2016) s. 186

Både det eventuelle kravet om identifisering av to selvstendige disposisjoner, og den begrensede ivaretagelsen av hensynet til notoritet, bidrar til at det er vanskelig å inngå avtaler om «sale- and leaseback». Dette er betenkelig, ettersom slike avtaler kan ha gode hensikter. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det uheldig å hindre inngåelse av avtaler som kan forhindre en bedrift fra å gå konkurs eller som kan bidra til bedriftens økonomiske vekst.

Et absolutt krav om besittelsesfratakelse, som i tilfeller av «sale- and leaseback» ikke kan gjennomføres på en tilfredsstillende måte, vil medføre at reelle og lojale disposisjoner rammes. Dette kan være ruinerende for parten som får sin rett ekstingvert av konkursboet, samtidig som det vil være positivt for konkursboet. Derfor vil jeg fremheve at konkursbo har en rett, og ikke en plikt, til å påberope seg manglende rettsvern hos erverver av en løsøreobjekt.¹⁵³ Hvis det er klart at et erverv er reelt, og partene ikke har noen som helst hensikt om å foreta kreditorsskadelige disposisjoner, bør konkursboet vurdere om det er nødvendig å påberope seg manglende rettsvern for å kunne ta beslag i en overdratt løsøreobjekt.

Reglene om løsøreerverters kreditorvern er umoderne og uklare, spesielt for tilfeller av «sale- and leaseback». Det er for «sale- and leaseback» vanskelig å klarlegge hvordan erverten sikrer seg mot etterfølgende kreditorbeslag, ettersom det kun er juridisk litteratur som går i dybden på problemstillingen. Oppfatningene i juridisk litteratur er heller ikke samstemte. Oppfatningen som går igjen hos majoriteten av teoretikerne er ikke drøftet av Høyesterett, noe som gjør det usikkert om oppfatningen kan legges til grunn som gjeldende rett. I tillegg er oppfatningen av hvordan kreditorvern oppnås så upraktisk at en løsøreervert ikke har noen reell mulighet til å oppnå rettsvern, og løsøreerverten er derfor henvist til andre ordninger for å frigjøre kapital og reindrykke sin virksomhet dersom dette er formålet med avtalen. Det er behov for en oppklaring av spørsmålet om avtaler om «sale- and leaseback» i realiteten skal forhindres som avtaletype.

¹⁵³ NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 192, Marthinussen (2019) s. 180

Kildeliste

Lover

Lov 12. oktober 1857 nr. 3 indeholdende nærmere Bestemmelser om Pant og Thinglæsning

Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysingsloven)

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

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

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

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

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

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

Forarbeider

NUT 1970: 2 Rådsegn 8 Om pant

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs.

Ot.prp.nr. 56 (1976-1977) Om lov om godtroerverv av løsøre

Rettspraksis

Rt. 1878 s. 412 (Møbelkjøp)

Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)

Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen)

Rt. 1953 s. 729

Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt)

Rt. 1997 s. 1050 (Momentum)

Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter)

HR-2017-33-A (Forusstranda)

HR-2021-1773-A (Bank Norwegian)

HR-2021-2248-A (Aurstad maskinutleie)

LA-2005-38803 (Kunderegister)

Litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, M.H. Andenæs 1993.

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utg., M.H. Andenæs 2009.

Berg, Borgar Høgetveit, «*Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?*»
Jussens venner 1999 s. 1-30.

Berg, Borgar Høgetveit, *Beslagsretten: Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med
rettane til tredjemann*, Universitetsforlaget 2021.

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 og 4 – Omsetningskollisjoner I og II*,
Universitetsforlaget 1998.

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Universitetsforlaget 1964.

Falkanger, Thor og Thor Aage Falkanger, *Tingsrett*, 8. utg., Universitetsforlaget 2016.

Falkanger, Thor og Thor Aage Falkanger, *Tingsrett*, 9. utg., Universitetsforlaget 2022.

Hauge, Hilde, *Løsøreerververs kreditorvern*, Fagbokforlaget 2016.

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

Lilleholt, Kåre, *Godtroerverv og kreditorvern*, 3. utg., Universitetsforlaget 1999.

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

Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett: Fleire rettar til same formuesgode*, 2. utg., Universitetsforlaget 2018.

Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene: Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2. utg., Cappelen Damm Akademisk 2019.

Salvesen, Sverre Magnus Bergslid, *Kreditorvern*, 1. utg., Cappelen Damm Akademisk 2021.