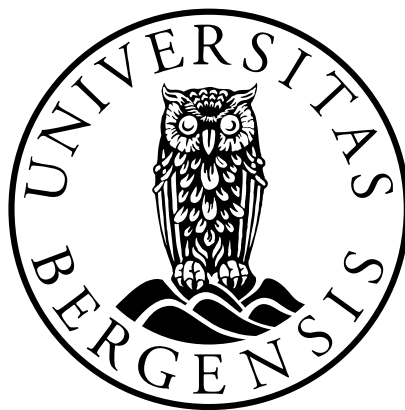


Overleveringskravet som rettsvernsvilkår ved overdragelse av ikke-realregistrerbart løsøre

*En analyse av overleveringskravets grunnlag og
rekkevidde sett i lys av HR-2021-2248-A og de
grunnleggende hensynene som begrunner kravet*

Kandidatnummer: 4

Antall ord: 14 179



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Problemstillingen og dens aktualitet	4
1.2 Rettskildebildet.....	4
1.3 Avgrensninger, forutsetninger og terminologi	6
1.4 Fremstillingen videre.....	7
2 Grunnleggende utgangspunkter og hensyn	8
2.1 Eiendomsretten.....	8
2.2 Kreditorbeslag og kreditorekstinksjon	8
2.2.1 Beslagsretten etter dekningsloven § 2-2.....	9
2.2.2 Generelt om rettsvernsreglene.....	9
2.2.3 Rettsvernsakter	10
2.2.4 Absolutte rettsvernsregler.....	11
2.3 Forholdet mellom ugyldighetsreglene, kreditorekstinksjonsreglene og omstøtelsesreglene.....	12
3 Overleveringskravet som rettsvernsakt	14
3.1 Historisk bakgrunn: fra eiendomsrettens overgang til et spørsmål om rettsvern.....	14
3.2 Eldre høyesterettspraksis som grunnlag for overleveringskravet.....	16
3.2.1 Rt. 1909 s. 734 <i>Tømmerdommen</i>	16
3.2.2 Rt. 1910 s. 231 <i>Kudommen</i>	16
3.2.3 Rt. 1912 s. 263 <i>Jernskrapdommen</i>	17
3.2.4 Avgjørelsens bidrag som grunnlag for et overleveringskrav.....	18
3.3 Overleveringskravet i juridisk litteratur	19
3.3.1 Oppfatningen av gjeldende rett i nyere juridisk teori.....	19
3.3.2 Argumentasjonen bak overleveringskravet	22
(1) Faren for kreditorsvik og hensynet til notoritet.....	22
(2) Kredittmomentet og hensynet til å likebehandle kreditorene.....	23
(3) Forholdet mellom overleveringskravet og håndpanteregelen	24
(4) Hensynet til omsetningslivet	25
3.4 Utblikk: kreditorvern i Europa	26
3.4.1 Forholdet mellom kreditorvernet og eiendomsrettens overgang.....	26

3.4.2	Nordiske rettsvernsregler	27
3.4.3	Kreditorvern i øvrige land i Europa	28
3.4.4	Draft Common Frame of Reference.....	29
3.4.5	Oppsummert	29
4	HR-2021-2248-A <i>Aurstad Maskin</i>	31
4.1	Sakens faktum	31
4.2	Analyse og vurdering av dommen.....	32
4.2.1	Flertallet.....	32
4.2.2	Mindretallet	35
5	Grunnlag for prejudikatfravik?.....	38
5.1	Innledning.....	38
5.2	Kritikk av flertallets rettskildebruk i HR-2021-2248-A.....	38
5.2.1	Hensynet til forutberegnelighet.....	38
5.2.2	Formålet med rettsvernsreglene	39
5.2.3	Hensynet til omsetningslivet	40
5.2.4	Vern av eiendomsretten etter EMK P1-1	42
5.2.5	Forholdet til håndpanteregelen.....	44
5.2.6	Forholdet mellom kontraktsretten og tingsretten	45
5.2.7	Alternative løsninger	46
5.3	Avsluttende bemerkninger	47
	Litteraturliste	49

1 Innledning

1.1 Problemstillingen og dens aktualitet

Temaet for denne masteroppgaven er overleveringskravet som rettsvernsvilkår ved overdragelse av ikke-realregistrerbart løsøre. Nærmere bestemt vil det foretas en analyse av overleveringskravets rettskildemessige grunnlag og rekkevidde, sett i lys av den nylig avsagte høyesterettsdommen HR-2021-2248-A og de grunnleggende hensynene som begrunner kravet.

Spørsmålet om hva som skal til for å oppnå rettsvern overfor avhenderens kreditorer ved overdragelse av løsøre, har vært drøftet i juridisk litteratur i over 250 år.¹ Rettsoppfatningen har vekslet mellom to ytterpunkter: avtaleprinsippet og tradisjonsprinsippet.² Som jeg kommer nærmere inn på senere i oppgaven, synes den rådende rettsoppfatningen i dag å være at det gjelder et krav om overlevering – med visse unntak – for å oppnå kreditorvern for løsøreervert.³ Den seneste dommen fra Høyesterett viser imidlertid at overleveringskravets grunnlag og rekkevidde er uklart.

Til tross for at problemstillingen har vært omdiskutert i flere hundre år, har lovgiver ennå ikke kommet på banen og lovfestet reglene for løsøreerverters kreditorvern. Det er imidlertid over hundre år siden spørsmålet sist var oppe til behandling i Høyesterett, noe som kan tyde på at spørsmålet rett og slett ikke skaper så mange konflikter i praksis.⁴ Likevel kom problemstillingen nylig på spissen i dommen inntatt i HR-2021-2248-A, og Høyesterett fikk med det en gylden mulighet til å gi en etterlengtet avklaring.

1.2 Rettskildebildet

For overdragelse av eiendomsrett til ikke-realregistrerbart løsøre er rettsvernsreglene, i motsetning til rettsvernsreglene for andre formuesgoder, ulovfestet. Det finnes heller ingen

¹ Lilleholt (2018) s. 301.

² Berg (2021) s. 399-400. Avtaleprinsippet innebærer at kreditorvern oppnås ved avtaleinngåelsen, mens tradisjonsprinsippet (*traditio*) innebærer at det kreves fysisk overlevering.

³ Den rådende oppfatning i juridisk litteratur er at det gjelder unntak for interesselæren og store tilvirkningskontrakter, jf. blant annet Lilleholt (2018) s. 308-309.

⁴ Rt. 1912 s. 263 *Jernskrapdommen*.

tidligere prinsipielle høyesterettsdommer som avklarer rettsvernsreglene for dette formuesgodet. Lilleholts beskrivelse av rettskildesituasjonen er treffende:

«Inga lov, lite praksis og ingen sedvanerettsregel – det skulle vel svara til den tilstanden som av og til blir kalla rettskjeldenaud».⁵

Denne rettskildenøden medfører at rettskildebildet blir nokså uklart. I mangel av autoritative rettskilder blir reelle hensyn en sentral rettskilde,⁶ og grensen mellom *de lege ferenda* vurderinger og rettstilstanden *de lege lata* blir derfor mindre tydelig. I den forlengelse blir også rommet for vurderinger *de sententia ferenda* større.⁷

Den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur har lenge vært at det som hovedregel gjelder et krav om fysisk overlevering eller fratakelse av avhenderens besittelse, for å oppnå kreditorvern for løsøreervert. Dette overleveringskravet har imidlertid blitt møtt med kritikk i juridisk litteratur de senere årene, både i relasjon til om det kan oppstilles en hovedregel om overlevering og til rekkevidden av en slik hovedregel.⁸

Det er flere argumenter som taler mot å oppstille en hovedregel om overlevering i dag. For det første kan det nevnes at hensynene som begrunner kravet om rettsvernsakt – *hensynet til notoritet og publisitet* – i liten grad blir ivaretatt gjennom et overleveringskrav. Videre medfører *den teknologiske utviklingen* at de nevnte hensynene ofte kan oppnås på andre måter. Det kan videre pekes på at overlevering kan være lite praktisk, og dermed legge *unødvendige hindringer for omsetningslivet*, sett i lys av den store variasjonen av kontrakter som inngås i dagens samfunn. I tillegg har *andre europeiske rettssystemer* jevnt over valgt en annen løsning enn et krav om overlevering. Avslutningsvis, og som vi skal se i forbindelse med HR-2021-2248-A, vil et overleveringskrav ikke nødvendigvis ta høyde for eventuelle kontraktsrettslige hindringer, noe som medfører at *tingsretten og kontraktsretten ikke nødvendigvis harmonerer*.

⁵ Lilleholt (2000) s. 51-52.

⁶ Lilleholt (2000) s. 54: «rettskjedefaktoren reelle omsyn er konge på haugen».

⁷ Begrepene *de lege lata*, *de lege ferenda* og *de sententia ferenda* kommer fra latin, og brukes gjerne om henholdsvis gjeldende rett, hvordan retten bør være og anbefalinger til domstolene om hvordan de bør dømme.

⁸ Se særlig Hauge (2016) og Salvesen (2021).

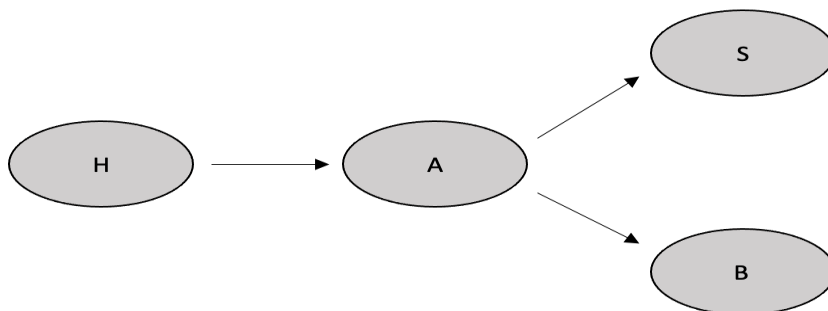
Det er med andre ord ikke opplagt at det å fastsette skjæringstidspunktet for løseerverters kreditorvern ved overleveringen av løsøret, vil utgjøre en god regel. Dette vil jeg komme tilbake til i oppgavens punkt 5.

1.3 Avgrensninger, forutsetninger og terminologi

Begrepet *rettsvern* er vidt og omfatter både rettsvern overfor et etterfølgende kreditorbeslag og rettsvern overfor godtroende tredjepersoner. I denne sammenhengen vil begrepet rettsvern imidlertid kun sikte til rettsvern overfor et etterfølgende kreditorbeslag – såkalt kreditorvern.

For fremstillingens skyld vil det fokuseres på *kreditorbeslag ved konkurs*, men reglene som gjelder kreditorbeslag ved utlegg er ofte sammenfallende. Videre avgrenses det mot rettsvernsreglene for andre typer formuesgoder enn ikke-realregistrerbart løsøre. Ikke-realregistrerbart løsøre vil i det videre kun omtales som løsøre. Slikt løsøre kan omfatte et vidt spekter av gjenstander med svært ulik verdi, men for et konkursbo vil det først og fremst være løsøre som representerer store verdier som er interessante som dekningsobjekter.

Det er i tilfeller der løsøret påstås overdratt til en erverver (S) før konkursen, at faren for kreditorsvik er størst.⁹ Det er dermed i *dobbelt suksessjonskonflikten* reglene om kreditorvern er aktuelle, og det avgrenses dermed mot hjemmelsmannskonflikten.¹⁰ I den forbindelse forutsettes det at avtalen om overdragelse fra A til S er reell og gyldig, da oppgaven avgrenser mot en behandling av kontraktsrettslig binding og ugyldighet.



Illustrasjon av HASB-modellen. I denne oppgaven er det konflikten mellom S (løseervert) og B (konkursbo) som er relevant.

⁹ Brækhus/Hærem (1964) s. 493.

¹⁰ I hjemmelsmannskonflikten løses spørsmålet om kreditorbeslag på grunnlag av bevisreglene, ikke på grunnlag av rettsvernsreglene, jf. blant annet Lilleholt (2018) s. 38.

Det er videre en grunnleggende forutsetning for rettsvern ved konkurs – og dermed for separatistrett i konkursboet – at løsøreerververen har rett til et *bestemt formuesgode*.¹¹ Dersom det ikke er tale om et bestemt formuesgode, blir det heller ikke spørsmål om ervervet har rettsvern. Dette omtales gjerne som spesialitetsprinsippet, og medfører et krav om individualisering dersom ytelsen ikke er individuelt bestemt.¹² Dersom ytelsen ikke er individualisert, vil erververen kun stå igjen med et usikret dividendekrav.¹³ For den videre fremstillingen forutsettes det derfor at det er tale om et individualisert løsøre.

Problemstillingen er mest praktisk der en løsøreerververer har betalt for et løsøre, men gjenstanden av en eller annen grunn fortsatt er i selgerens besittelse når konkursen åpnes. Det kan for eksempel være tale om forskuddsbetaling eller det kan være tale om en avtale som ikke forutsetter overlevering av løsøret – slik tilfellet var i HR-2021-2248-A. I det videre er det derfor denne situasjonen det vil tas utgangspunkt i.

1.4 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil det først redegjøres for grunnleggende utgangspunkter og hensyn som gjør seg gjeldende på området, før jeg deretter vil presentere overleveringskravets grunnlag og rekkevidde ut fra de rettskildene som foreligger. Det vil deretter ses hen til om den nylig avsagte dommen HR-2021-2248-A gir en etterlengtet avklaring av rettsvernsspørsmålet ved overdragelse av løsøre. Avslutningsvis vil jeg foreta en drøftelse av hvorvidt det fortsatt kan oppstilles et krav om overlevering, sett i lys uttalelser i dommen, de øvrige rettskildene og samfunnsutviklingen.

¹¹ Hauge (2016) s. 63-64; Lilleholt (2018) s. 259-260.

¹² For en nærmere redegjørelse av spesialitetsprinsippet, se Hauge (2016) s. 157-160.

¹³ Lilleholt (2018) s. 268.

2 Grunnleggende utgangspunkter og hensyn

2.1 Eiendomsretten

Det helt grunnleggende utgangspunktet er eiendomsretten. Eiendomsretten kan anses som den mest omfattende rettigheten en kan ha til et formuesgode,¹⁴ og den gir en eier «rett til å råde rettslig og faktisk over ting eller fast eiendom så langt dette ikke er forbudt ved lov eller strider mot rettigheter som tilkommer andre».¹⁵ Eiendomsretten har et sterkt vern mot inngrep i vestlige rettsordener, og nyter både et konstitusjonelt og et menneskerettslig vern i norsk rett i henhold til Grunnloven § 105 og EMK P1-1.¹⁶

Ved overdragelse av eiendomsretten til et formuesgode, vil avtalen være avgjørende for når retten anses overdratt *inter partes*. Partenes avtale vil imidlertid ikke gi erververen vern overfor tredjepersoner, som for eksempel avhenderens kreditorer. Dette skyldes at en avtale, i henhold til prinsippet om avtalefrihet, kun binder de som har vært part i avtalen. Videre operer norsk rett med en funksjonell tilnærming til eiendomsrettens overgang, slik at skjæringspunktet for eiendomsrettens overgang ikke er den samme i alle relasjoner.¹⁷

Et utslag av eiendomsretten er at det ved kolliderende rettigheter til samme formuesgode, gjelder et prinsipp om *først i tid, best i rett* – også formulert som at *ingen kan overføre større rett enn en selv har*. Prinsippet medfører at det ved en rettighetskollisjon mellom en omsetningsserverver (S) og et etterfølgende kreditorbeslag (B), vil omsetningsserververens rett i utgangspunktet vinne frem. Reglene om kreditorekstinksjon åpner imidlertid for at det kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet.

2.2 Kreditorbeslag og kreditorekstinksjon

¹⁴ Lilleholt (2018) s. 69.

¹⁵ Rt. 2011 s. 780 avsnitt 59 *Jæren Energi*.

¹⁶ Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.); Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 (EMK P1).

¹⁷ Motsatsen til det funksjonelle eiendomsbegrepet, er det substansielle eiendomsbegrepet. Sistnevnte tilnærming innebærer at eiendomsretten anses å gå over som én enhet i alle relasjoner. Skjæringspunktet for eiendomsrettens overgang *inter partes* og for kreditorvernet er dermed sammenfallende ved denne tilnærmingen.

2.2.1 Beslagsretten etter dekningsloven § 2-2

Ved kreditorbeslag har de nevnte prinsippene kommet til uttrykk i dekningsloven¹⁸ § 2-2. Bestemmelsen angir at kreditorene – både utleggstakere og konkursbo – som hovedregel kun kan ta beslag i det som «tilhører skyldneren på beslagstiden». Hvorvidt et formuesgode «tilhører» skyldneren eller ikke, beror på hvorvidt en påstått overdragelsen er reell og kontraktsrettslig gyldig. Med andre ord hefter skyldneren med alle sine formuesgoder, og kreditorene får ikke bedre rett enn skyldneren har på tidspunktet for beslaget.¹⁹

Dersom et formuesgode anses å «tilhøre» en annen enn skyldneren, er utgangspunktet at denne vinner rett foran et etterfølgende kreditorbeslag. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid av dekningslovens forarbeider, som angir at beslagsretten må suppleres med «reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse».²⁰ Beslagsretten beror dermed på noe mer enn kun eiendomsretten til formuesgodet, idet erververen også må ha rettsvern for sitt erverv.

2.2.2 Generelt om rettsvernsreglene

Med rettsvern menes det vern en erverver av et formuesgode har mot avhenderens kreditorer.²¹ Rettsvernsreglene innebærer at kreditorene rent faktisk kan ta beslag i formuesgoder som ikke lenger «tilhører» debitor, ved å utslette suksessors rett til formuesgodet – såkalt kreditorekstinksjon. Kreditorekstinksjon utgjør dermed et unntak fra utgangspunktet om at *ingen kan overføre større rett enn en selv har*.

Bakgrunnen for kreditorekstinksjonsadgangen er at en skyldner som står på randen til konkurs, kan ha et ønske om å tilgodese andre enn sine kreditorer, for eksempel egen familie. Kreditorene risikerer dermed å bli møtt med påstander om at formuesgoder allerede er overdratt på beslagstiden. Slike påstander kan ofte være sanne, men det vil generelt være en fare for at rettsstiftelsen er oppkonstruert av skyldneren og hans medkontrahent. Konsekvensen av å godta slike påstander er at kreditorene sjeldent vil oppnå dekning ved en konkurs. Faren for at debitor skal foreta slike illojale disposisjoner, omtales gjerne som faren for kreditorsvik.

¹⁸ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven – deknl.).

¹⁹ Beslagstidspunktet vil ved konkurs være tidspunktet for boåpning, jf. dekningsloven § 1-4, og ved enkeltfølging det tidspunktet utlegget skal tas, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-18.

²⁰ NOU 1972: 20 s. 255.

²¹ Se tilsvarende Marthinussen (2019) s. 28.

Det er faren for kreditorsvik som først og fremst begrunner rettsvernsreglene. Hensynet til å unngå kreditorsvik sikres ved at disposisjonen må oppfylle kravene til notoritet og publisitet. Notoritet innebærer at rettsstiftelsen er etterprøvbar, herunder at suksessor kan påvise at en rett er stiftet, når en rett er stiftet og innholdet av denne retten.²² Det må med andre ord foreligge «så gode bevis for [disposisjonen] at ingen kan være i tvil om at den har funnet sted».²³ At kreditorene kan etterprøve disposisjonen vil imidlertid ikke være særlig verdifullt, dersom kreditorene ikke har hatt mulighet til å oppdage og reagere på den.²⁴ Disposisjonen må dermed også oppfylle kravet til publisitet.

2.2.3 Rettsvernsakter

For å sikre notoritet og publisitet, og dermed oppnå vern mot et etterfølgende kreditorbeslag, krever rettsvernsreglene at erververen gjennomfører en rettsvernsakt. En rettsvernsakt er en ytre manifestasjon av en rettighetsovergang som er nødvendig for at en rettsstiftelse skal stå seg overfor etterfølgende rettsstiftelser. Slike rettsvernsakter har karakter av å være formregler, idet kravet om ytre markering gjelder uavhengig av disposisjonens realitet *inter partes*.²⁵

Rettsvernsreglene i norsk rett er i stor grad lovfestet. Lovgivningen oppstiller ulike former for rettsvernsakter, herunder tinglysning av fast eiendom, registrering av skip og luftfartøy, notifikasjon til debitor ved enkle fordringer og registrering av rettigheter til finansielle instrumenter i Verdipapirsentralen.²⁶

Rettsvernsreglene for overdragelse av ikke-realregistrerbart løsøre er som nevnt ikke lovregulert, og det må dermed ses hen til ulovfestet rett. Den tradisjonelle rettsoppfatningen har lenge vært at det som hovedregel kreves overlevering for å oppnå kreditorvern for løsøreervert. Overleveringskravet vil bli nærmere behandlet under punkt 3.

Dersom erverver ikke gjennomfører den aktuelle rettsvernsakten, kan kreditorene ta beslag i formuesgodet uavhengig av om rettsstiftelsen er gyldig og dermed uavhengig av hvem formuesgodet faktisk «tilhører». Kreditorene slipper således å foreta vanskelige

²² Lilleholt (2018) s. 35; Hauge (2016) s. 41.

²³ Brækhus/Hærem (1964) s. 493.

²⁴ Lilleholt (1996) s. 70 og (2018) s. 36; Hauge (2016) s. 44.

²⁵ Hauge (2016) s. 73-74.

²⁶ Tinglysingsloven §§ 20 flg., luftfartsloven § 3-31, sjøloven § 25, gjeldsbrevloven § 29 og verdipapirsentralloven § 7-1.

bevisvurderinger, og kan ta beslag til tross for at det er beviselig at det ikke har skjedd kreditorsvik i det konkrete tilfellet. Regelen er retts teknisk enkel og økonomisk gunstig for kreditorene, men nokså hard for en løsøreerhverver som har betalt, men som mangler rettsvern.

2.2.4 Absolutte rettsvernsregler

Høyesterett har lagt til grunn at «[d]et klare utgangspunktet er at rettsvernsreglene gjelder absolutt», jf. Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054 *Momentum*. Høyesterett uttalte videre at

*«[...] det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene».*²⁷

Den strenge anvendelsen av rettsvernsreglene må ses i lys av behovet for klare og retts teknisk enkle regler – et behov som gjør seg særlig gjeldende på formuerettens område.²⁸ Dette kan begrunnes med at klare regler vil skape forutberegnelighet i omsetningslivet, slik at det legges til rette for en effektiv og trygg omsetning.

Ettersom de lovfestede rettsvernsreglene er klare og etablerte, har erververe av slike formuesgoder en klar oppfordring til å gjennomføre den aktuelle rettsvernsakten. Det er nettopp fordi reglene er så klare, at en absolutt anvendelse av reglene vil skape forutberegnelighet for partene.

Dette stiller seg imidlertid annerledes for den ulovfestede rettsvernsregelen om overlevering av løsøre, som av natur er en mer uklar regel. Uklarheten forsterkes av at det oppstilles flere skjønsmessige unntak, slik at skillet mellom hovedregelens og unntakenes virkeområde blir uskarpt. En streng anvendelse av overleveringskravet vil dermed ikke nødvendigvis bidra til å sikre forutberegnelighet, idet regelen i seg selv ikke er særlig forutberegnelig. Dette vil bli nærmere behandlet under punkt 5.

²⁷ Standpunktet er fulgt opp i senere avgjørelser, se blant annet Rt. 1998 s. 268 *Cruise Charter*.

²⁸ Marthinussen (2019) s. 48.

2.3 Forholdet mellom ugyldighetsreglene, kreditorekstinksjonsreglene og omstøtelsesreglene

Når et konkursbo skal ta beslag, er det særlig tre regelsett som gjør seg gjeldende. De tre regelsettene er ugyldighetsreglene, kreditorekstinksjonsreglene og omstøtelsesreglene. Regelsettene overlapper hverandre, og det er tilstrekkelig at konkursboet kan bygge på ett av grunnlagene for å kunne ta beslag i skyldnerens formuesgoder. I det videre vil det i korte trekk redegjøres for hvordan de ulike regelsettene anvendes ved kreditorbeslag.

Det første regelsettet er ugyldighetsreglene. Reglene gjør seg gjeldende i relasjon til dekl. § 2-2, ved at kreditorene kun kan ta beslag i det som «tilhører» skyldneren. Hvorvidt et formuesgode kan sies å «tilhøre» noen, beror på hvorvidt det er inngått en reell og kontraktsrettslig gyldig avtale. Dersom en påstått overdragelse ikke anses reell og kontraktsrettslig gyldig, for eksempel fordi overdragelsen i realiteten er en pantsettelse, vil konkursboet kunne ta beslag allerede på dette punktet.

For det tilfellet at overdragelsen anses reell og kontraktsrettslig gyldig, slik at formuesgodet faktisk «tilhører» en annen enn skyldneren, kan konkursboet likevel ta beslag i kraft av kreditorekstinksjonsreglene. Som allerede gjennomgått, må det gjennomføres en rettsvernsakt for å oppnå kreditorvern. Dersom erververen ikke gjennomfører en rettsvernsakt og dermed ikke har vern, vil konkursboet kunne ta beslag i formuesgodet.

Er tilfellet at disposisjonen både er reell og kontraktsrettslig gyldig samt har rettsvern, må konkursboet respektere disposisjonen, såfremt ikke omstøtelsesreglene kommer til anvendelse. Omstøtelsesreglene rammer disposisjoner foretatt i en nærmere bestemt tidsperiode før boåpningen og som etter sin art anses illojale. I den forbindelse skilles det tradisjonelt mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler.

De objektive omstøtelsesreglene, se dekl. §§ 5-2 til 5-8 jf. § 5-11, er utformet med tanke på behovet for retts teknisk enkle regler. Reglene oppstiller dermed presumsjoner for illojalitet ved enkelte typer disposisjoner foretatt forut for konkursåpningen. Den samme begrensningen gjelder ikke for kreditorekstinksjonsreglene, som kan påberopes uavhengig av type disposisjon. Virkeområdet for kreditorekstinksjonsreglene er dermed videre enn virkeområde for de objektive omstøtelsesreglene, så fremt erververen mangler rettsvern.

Den subjektive omstøtelsesregelen, se dekl. § 5-9 jf. § 5-12, ivaretar behovet for en sikkerhetsventil for tilfeller der de objektive omstøtelsesreglene ikke fanger opp utilbørlige og «klart kritikkverdige» disposisjoner.²⁹ Videre forutsetter regelen at mottakeren av disposisjonen «kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Regelen innebærer dermed en mer omfattende skjønnsmessig vurdering enn de objektive omstøtelsesreglene, men omstøtelsesfristen er til gjengjeld mye lenger. Den subjektive omstøtelsesregelen skiller seg videre fra kreditorekstinksjonsregelen, ved at kreditorekstinksjon kan skje uavhengig av kreditorenes gode eller onde tro og selv om den konkrete disposisjonen *ikke* er utilbørlig.³⁰

Et konkursbo står fritt til å anvende det regelsettet som lettest leder til beslagsrett, og kan dermed «hoppe over gjerdet der det er lavest». Etersom både ugyldighetsreglene og de subjektive omstøtelsesreglene innebærer skjønnsmessige vurderinger, og de objektive omstøtelsesreglene er begrenset til enkelte typer disposisjoner, vil kreditorekstinksjonsreglene gjerne være å foretrekke for et konkursbo. Reglene er retts teknisk enkle og gir konkursboet en vidtrekkende dekningsrett, idet betydningen av eiendomsretten vannes ut til fordel for kreditorenes dekningsrett. Som vi skal se i punkt 3.4 skiller norsk rett seg fra andre europeiske lands rett ved å anerkjenne et så sterkt vern for kreditorene.

²⁹ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 170-171.

³⁰ Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054-1055 *Momentum*.

3 Overleveringskravet som rettsvernsakt

3.1 Historisk bakgrunn: fra eiendomsrettens overgang til et spørsmål om rettsvern

Overleveringskravet har røtter helt tilbake til den klassiske romerretten. I denne perioden var eiendomsrettens overgang betinget av fysisk overlevering (*traditio*).³¹ Det ble med andre ord krevd noe mer enn kun partenes avtale for å anse eiendomsretten for overdratt, og kravet om overlevering fikk dermed karakter av å være en rettsvernsakt.³²

Etter hvert ble det imidlertid ansett upraktisk med en streng anvendelse av prinsippet, idet fysisk forflytting – særlig av store gjenstander – kunne være krevende. Romerne utviklet derfor ulike overleveringssurrogater (*traditio ficta*), som i realiteten vannet ut tradisjonsprinsippet.³³ Det var etter dette tilstrekkelig at avhenderen ikke lenger hadde faktisk og rettslig råderett over tingen.³⁴

Det mest sentrale overleveringssurrogatet var *constitutum possessorium*, som gikk ut på at eiendomsretten gikk over ved at partene avtalte at avhender skulle sitte på tingen på erververens vegne.³⁵ De to andre hovedgruppene av overleveringssurrogater var *traditio brevi manu* og *traditio longa manu*. I disse tilfellene var gjenstanden henholdsvis allerede i erververens besittelse og i en tredjepersons besittelse.³⁶ Overleveringskravet ble på denne måten et deklarasjonskrav og mistet med det sin karakter av å være en rettsvernsakt.

Allerede i romerretten ble partsviljen mer fremtredende på bekostning av den fysiske kontrollen over formuesgjenstanden. Utviklingen av naturretten på 1600-tallet førte videre til at tradisjonsprinsippet ble fullstendig tilsidesatt av partsviljen, idet det ble lagt større vekt på rasjonelle resonnementer. I *De jure belli ac pacis libri tres* fra 1625 skrev Grotius at eiendomsretten kan overføres ved avtale uten overlevering – og avtaleprinsippet ble dermed grunnlagt.³⁷

³¹ Berg (2021) s. 401.

³² Hauge (2016) s. 89-91; Brækhus/Hærem (1964) s. 499-500.

³³ Berg (1999) s. 4.

³⁴ Berg (2021) s. 401.

³⁵ Ibid s. 402.

³⁶ Ibid s. 402.

³⁷ Ibid s. 402.

På starten av 1800-tallet ble naturretten avløst av den historiske skolen, der man søkte tilbake til den klassiske romerretten og dermed også tilbake til tradisjonsprinsippet.³⁸ I senere tid forsøkte både Francis Hagerup og Carl Torp å gjeninnføre avtaleprinsippet i norsk juridisk litteratur, uten å lykkes.³⁹

Videre introduserte Herman Scheel sin lære på starten av 1900-tallet, som en mellomløsning mellom avtaleprinsippet og tradisjonsprinsippet. Scheel hadde, i likhet med sine forgjengere, et substansielt syn på eiendomsrettens overgang, men skilte mellom aktuell og eventuell eiendomsrett.⁴⁰ Aktuell eiendomsrett innebærer at erververen når som helst kan utøve eierrådighet, mens eventuell eiendomsrett innebærer at eiendomsrettens overgang er betinget av visse forutsetninger.⁴¹ Denne læren kommer jeg tilbake til under punkt 3.2.

På 1960-tallet gis Scheels lære tilsynelatende en ny utforming, idet Brækhus og Hærem lanserer sin form for mellomløsning mellom tradisjonsprinsippet og avtaleprinsippet – *interesselæren*.⁴² Til forskjell fra Scheel, hadde Brækhus og Hærem en funksjonell tilnærming til eiendomsrettens overgang. Spørsmålet om kreditorvern gikk dermed fra å være et spørsmål om eiendomsrettens overgang til å bli et spørsmål om rettsvern. Tilsvarende gikk overlevering fra å være et vilkår for overføring av eiendomsrett, til å bli et vilkår for å etablere rettsvern.

Interesselæren ble utledet av de to eldre høyesterettsdommene Rt. 1910 s. 231 *Kudommen* og Rt. 1912 s. 263 *Jernskrapdommen*, som forfatterne hevdet ga løsøreerververen kreditorvern der «selgeren sitter med gjenstanden i [kjøperens] interesse».⁴³ Løsningen tok sikte på å gi en rimelig balanse mellom hensynet til kjøperen og hensynet til selgerens kreditorer.⁴⁴ Det er ut fra denne læren at overleveringskravet, slik vi kjenner det i dag, synes å ha utkrystallisert seg.

I det videre skal det først redegjøres for noen sentrale dommer som kan sies å utgjøre selve grunnlaget for overleveringskravet i nyere tid. Deretter vil argumentasjonen bak overleveringskravet i juridisk teori behandles, før det ses hen til hvordan andre europeiske rettssystemer har valgt å løse spørsmålet om løsøreerververens kreditorvern.

³⁸ Scheel (1912) s. 336; Brækhus/Hærem (1964) s. 500; Berg (2021) s. 403.

³⁹ Hagerup (1884) s. 673-784; Torp (1892) s. 323-329.

⁴⁰ Scheel (1912) s. 336-359.

⁴¹ Scheel (1912) s. 347.

⁴² Brækhus/Hærem (1964) s. 513; Hauge (2016) s. 135

⁴³ Brækhus/Hærem (1964) s. 513.

⁴⁴ Berg (2021) s. 431.

3.2 Eldre høyesterettspraksis som grunnlag for overleveringskravet

3.2.1 Rt. 1909 s. 734 *Tømmerdommen*

Det er særlig Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 som er blitt trukket frem ved drøftelsene av løsøreerververens kreditorvern i juridisk teori. Likevel er det også grunn til å se hen til en tredje høyesterettsdom fra samme tidsperiode, nemlig Rt. 1909 s. 734. Dommen ble blant annet trukket frem av mindretallet i HR-2021-2248-A.⁴⁵

Rt. 1909 s. 734 *Tømmerdommen* omhandler en selger som solgte tømmer til to trelasthandlere. Kjøperne forskuddsbetalte kr. 2 500 for tømmeret, men selgeren maktet ikke å levere tømmeret til avtalt leveringstid. Selgeren hadde derfor ved skriftlig erklæring overdratt blinket og delvis hugget tømmer fra andre skoger til kjøperne. Da selgeren gikk konkurs, hevdet boet at overdragelsen innebar en pantsettelse for eldre gjeld eller betaling ved usedvanlige betalingsmiddel, og at det solgte tømmeret ikke var individualisert. Høyesterett la avgjørende vekt på formuleringene i overdragelseserklæringen, og fant at det forelå en «virkelig eiendomsoverdragelse» og at tømmeret var tilstrekkelig individualisert.⁴⁶

Resonnementet synes å bygge på Scheels lære, selv om Høyesterett ikke gir eksplisitt uttrykk for det. Det avgjørende synes dermed å være realiteten i avtalen og om tømmeret var individualisert. Det er verdt å merke seg at Høyesterett derimot ikke oppstiller et krav om overlevering for å oppnå kreditorvern for løsøreerverv.

3.2.2 Rt. 1910 s. 231 *Kudommen*

Den neste dommen, Rt. 1910 s. 231 *Kudommen*, gjaldt en kjøper som hadde forskuddsbetalt for ti kuer. Kjøpesummen var fastsatt til et beløp pr. kilo antatt slaktet vekt, men slik at prisen skulle korrigeres etter at kuene var blitt slaktet. Etter avtalen skulle kuene imidlertid stå igjen hos selgeren frem til de var utmelket. Før slakteren fikk hentet kuene, gikk selgeren konkurs og konkursboet tok beslag i de ti kuene. Høyesteretts flertall på fire dommere tiltrådte i det

⁴⁵ HR-2021-2248-A avsnitt 84.

⁴⁶ Rt. 1909 s. 734 på s. 735

vesentlige flertallet i byrettens begrunnelse. Ettersom Høyesteretts egen begrunnelse er såpass sparsom, er det av interesse å se hen til byrettens begrunnelse.

Et sentralt poeng ved byrettens begrunnelse er at det fremholdes at spørsmålet om eiendomsrettens overgang ikke er av betydning for om kjøper har kreditorvern, da spørsmålet er om kjøper har ervervet eiendomsrett på en slik måte at den er «fuldt tinglig rettsbeskyttet ligeoverfor sælgerens konkursbo».⁴⁷ I den forbindelse henviser byretten til Scheels lære og det hevdes at det «ligger ganske utenfor parternes myndighet at bestemme» hvorvidt kjøper skal ha vern overfor selgerens konkursbo.

Uttalelsen kan ved første øyekast tyde på det kreves noe mer enn avtalen for å oppnå kreditorvern. Dersom man ser uttalelsen i sammenheng med henvisningen til Scheels lære, er det imidlertid klart at uttalelsen må forstås slik at avtalen må innebære en reell overgang av eiendomsrettsbeføyelsene – slik at avtalen får «karakteren af en virkelig eiendomsoverdragelse».⁴⁸ Det er dette Scheel omtalte som aktuell eiendomsrett, og som ga en løsøreerverver kreditorvern i kraft av avtalen.

I den konkrete saken ble ikke avtalen ansett å innebære en virkelig eiendomsoverdragelse, da selgeren fortsatt hadde den faktiske rådigheten over kuene. Det var dermed kun tale om en eventuell eiendomsrett, og det ble dermed oppstilt et krav om overlevering for å effektivere eiendomsoverdragelsen. Dommen oppstiller dermed ikke et krav om overlevering som en nødvendig betingelse for å oppnå kreditorvern for løsøreerverv.

3.2.3 Rt. 1912 s. 263 *Jernskrapdommen*

To år senere kom Rt. 1912 s. 263 *Jernskrapdommen*. Dommen omhandlet et skipsverft som hadde solgt jernavfallet fra året 1908 til en kjøper. Kjøperen hentet og betalte for avfallet etter hvert som det var samlet opp et tilstrekkelig kvantum. Det siste kvantumet som ble betalt, herunder 94 tonn jernavfall, skulle i utgangspunktet hentes ved utgangen av året. Partene avtalte imidlertid at avfallet skulle bli liggende på verftet til utgangen av februar. Før kjøperen fikk hentet jernavfallet, gikk skipsverftet konkurs.

⁴⁷ Rt. 1910 s. 231 på s. 235.

⁴⁸ Rt. 1910 s. 231 på s. 232.

Høyesteretts flertall kom til at eiendomsretten måtte anses overdratt til kjøperen og det var dermed oppnådd kreditorvern for ervervet av jernskrapet. Dette ble begrunnet med at avfallet «etter varenes art og forholdets natur» var tilstrekkelig individualisert ved at det var «færdig til afhenting». I tillegg hadde ikke selgeren rett til å «bortføre eller sælge til andre noget fra haugen».⁴⁹ Det var derfor ikke av betydning at jernavfallet verken var oppveid eller levert til transport.

I likhet med de øvrige dommene synes også dette resonnementet å passe inn i Scheels lære, selv om retten ikke eksplisitt bygger på denne læren. Det avgjørende synes å ha vært hvorvidt avtalen innebar en reell overdragelse. Dommen gir i lys av dette ingen holdepunkter for å oppstille et krav om overlevering for å oppnå kreditorvern for løsøreerverv.

3.2.4 Avgjørelsenes bidrag som grunnlag for et overleveringskrav

Det er omstridt hvorvidt et krav om overlevering faktisk kan utledes av disse dommene.⁵⁰ For å utlede rettssetninger fra dommene, må de tolkes i lys av sin historiske kontekst. I den forbindelse må det pekes på at samtlige av dommene synes å bygge på Scheels lære, selv om det kun ble gjort eksplisitt i *Kudommen*. Etter denne læren vil løsøreerververs kreditorvern bero på om både den faktiske og rettslige eierrådigheten har gått over til erververen. I *Kudommen* og *Tømmerdommen* ble dette formulert som et krav om at avtalen må innebære en «virkelig eiendomsoverdragelse»,⁵¹ mens det i *Jernskrapdommen* fremgikk at selger ikke hadde rett til å «bortføre eller sælge til andre noget fra haugen».⁵² Dette tilsier at dommene ikke gir grunnlag for å oppstille et krav om overlevering for å oppnå kreditorvern for løsøreerverv.

Videre bygger overleveringskravet på hensynet til å unngå kreditorsvik, samt hensynene til notoritet og publisitet. De nevnte dommene drøfter imidlertid ikke disse hensynene ved spørsmålet om løsøreerververs kreditorvern. Dette skyldes at spørsmålet om kreditorvern etter et substansielt eiendomsbegrep, er et spørsmål om overføring av eiendomsrett og ikke et

⁴⁹ Rt. 1912 s. 263.

⁵⁰ Se særlig Hauge (2016) s. 112-122.

⁵¹ Rt. 1910 s. 231 på s. 232 og Rt. 1909 s. 734 på s. 735.

⁵² Rt. 1912 s. 263.

spørsmål om rettsvern. Dommene har dermed begrenset rettskildemessig vekt ved spørsmålet om kreditorvern etter et funksjonelt eiendomsbegrep.⁵³

Som vi skal se, synes Brækhus og Hærem utelukkende å utlede interesselæren av disse dommene, selv om det ut fra denne læren har utkrystallisert seg en hovedregel om overlevering.⁵⁴ Interesselæren minner mye om Scheels lære, og i mange tilfeller vil de nok samsvare ved at det vil være tale om eventuell eiendomsrett der gjenstanden er igjen hos selger i selgers interesse og aktuell eiendomsrett der «selgeren sitter på gjenstanden i [kjøperens] interesse».⁵⁵

En grunnleggende forskjell mellom de to lærene er imidlertid at Scheel har en substansiell tilnærming til eiendomsrettens overgang, mens Brækhus og Hærem har en funksjonell tilnærming.⁵⁶ Ettersom spørsmålet om kreditorvern ikke løses på samme måte etter de to tilnærmingene, kan det innvendes at det er uskjønnsomt av Brækhus og Hærem å legge til grunn de nevnte dommene ved spørsmålet om kreditorvern etter en funksjonell tilnærming.

Etter min mening er Brækhus og Hærem forståelse av dommene et anstrengt forsøk på å sette resultatene i dommene i et system, slik at interesselæren kan gis en forankring. Denne rettskildebruken blir av Høgetveit Berg beskrevet som

*«eit fenomen eg i studietida fekk eit klart inntrykk av ikkje var spesielt god rettskjeldebruk».*⁵⁷

Det rettskildemessige grunnlaget disse dommen gir for å oppstille et krav om overlevering og interesselæren, er med andre ord svakt.

3.3 Overleveringskravet i juridisk litteratur

3.3.1 Oppfatningen av gjeldende rett i nyere juridisk teori

⁵³ Eckhoff (2001) s. 171-172.

⁵⁴ Se punkt 3.3.1.

⁵⁵ Brækhus/Hærem (1964) s. 513.

⁵⁶ Ved en substansiell tilnærming er tidspunktet for eiendomsrettens overgang og kreditorvernet sammenfallende, mens eiendomsrettens overgang *inter partes* ikke er av betydning for kreditorvernet etter en funksjonell tilnærming.

⁵⁷ Berg (1999) s. 21.

Den rådende rettsoppfatningen i juridisk teori⁵⁸ i dag er at det som hovedregel gjelder et krav om overlevering – eller fratakelse av avhenderens rådighet – for at en løsøreerverver skal oppnå rettsvern overfor avhenderens kreditorer.⁵⁹ Denne rettsoppfatningen anses gjerne å være forankret i Brækhus og Hærem's analyse av det samme spørsmålet *de lege ferenda*.⁶⁰

I deres analyse tar forfatterne til orde for at løsøreerververens rett bør være beskyttet mot selgerens kreditorer der

*«salgsgjenstanden er stillet til kjøperens disposisjon eller det bare beror på ham selv når han skal få gjenstanden i sin besittelse. Det samme bør muligens være tilfelle hvor det bare er transporten av gjenstanden som gjenstår, eller hvor selgeren skal utføre visse tilleggsarbeider på gjenstanden som i og for seg er ferdig til levering. Kort – men noe unøyaktig – kan dette også uttrykkes slik at kjøperen er beskyttet dersom selgeren sitter med gjenstanden i hans interesse».*⁶¹ (min understrekning)

Videre oppstiller Brækhus og Hærem separatistrett der kjøperen «ved forskudd på kjøpesummen finansierer tilvirkningskontrakter».⁶²

Det fremheves at det er klart at overlevering er *tilstrekkelig* for å oppnå rettsvern, men at det ikke er gitt at overlevering er *nødvendig*.⁶³ Brækhus og Hærem mener at det *de lege ferenda* både er argumenter for og imot et overleveringskrav.⁶⁴ Deres oppfatning er videre at

*«gjeldende rett [er] så pass usikker at man må regne med at domstolene vil stå temmelig fritt. Det gjelder intet ubetinget krav om overlevering, men det er heller ikke alltid at avtalen vil være nok».*⁶⁵ (min understrekning)

Slik jeg forstår Brækhus og Hærem's analyse, tar forfatterne til orde for typetilfeller der løsøreerverver bør ha rettsvern overfor avhenderens kreditorer. Interesselæren blir på denne måten et utgangspunkt for vurderingen av løsøreerververs kreditorvern. Forfatterne tar derimot ikke stilling til hvorvidt det burde oppstilles en hovedregel om overlevering. Likevel

⁵⁸ For en redegjørelse av den rettskildemessige betydningen av rettsoppfatninger i juridisk teori, se Hauge (2016) s. 130-133.

⁵⁹ Lilleholt (2018) s. 308; Andenæs (2009) s. 260-262; Falkanger/Falkanger (2016) s. 766; Berg (2021) s. 426.

⁶⁰ Brækhus/Hærem (1964) s. 506-514.

⁶¹ Ibid s. 513.

⁶² Ibid s. 513.

⁶³ Ibid s. 497.

⁶⁴ Ibid s. 497.

⁶⁵ Ibid s. 514.

er det, basert på Brækhus og Hærens analyse, nettopp en slik hovedregel – med interesselæren som unntak – som har utkrystallisert seg som gjeldende rett i den senere juridiske doktrine. Det synes imidlertid å være usikkerhet om i hvilke tilfeller et krav om overlevering *ikke* er nødvendig.

I likhet med Brækhus og Hærem mener Lilleholt at overlevering vil være tilstrekkelig for å oppnå kreditorvern, men spør om «det greier seg med mindre».⁶⁶ Lilleholt sammenholder sitt syn med at «utgangspunktet kan vera eit vilkår om fråtaking av innehaving», og oppstiller unntak for typetilfeller i tråd med interesselæren og der hensynet til «tenlege transaksjonar» tilsier det.⁶⁷

Videre tar også Høgetveit Berg til orde for et krav om overlevering med unntak for typetilfeller der «faren for kreditorsvik er liten og kredittmomentet gjerne manglar» og der andre reelle hensyn ikke tilsier et krav om overlevering. Han presiserer videre at unntak ikke kan bygge på rimelighet eller konkrete vurderinger av kreditorsvikfaren.⁶⁸

Falkanger/Falkanger synes å oppstille en hovedregel om overlevering, men uttrykker usikkerhet til om det kan gjøres unntak basert på interesselæren.⁶⁹ Andenæs er derimot usikker på om det i det hele tatt gjelder en hovedregel om overlevering.⁷⁰

En av de som har markert seg som svært kritiske til et krav om overlevering er Hilde Hauge. I boken *Løsøreerverters kreditorvern* foretar hun en grundig analyse av spørsmålet, og tar til orde for at det ikke er grunnlag for å oppstille en generell regel om overlevering som rettsvernsakt for å oppnå kreditorvern ved løsøreervert.⁷¹ Videre kritiserer hun Brækhus og Hærem for å ikke ha viet plass i sin fremstilling til forarbeidene til gjeldsbrevloven fra 1930-tallet, der det legges til grunn at det ikke gjelder et overleveringskrav ved overdragelse av løsøre.⁷²

Oppsummert synes det likevel å være enighet om at overlevering er *tilstrekkelig* for å etablere rettsvern for et løsøreervert, mens det er mer omdiskutert hvorvidt det også er *nødvendig*.

⁶⁶ Lilleholt (2018) s. 302.

⁶⁷ Ibid s. 308-309.

⁶⁸ Berg (2021) s. 423-425.

⁶⁹ Falkanger/Falkanger (2016) s. 766-771.

⁷⁰ Andenæs (2009) s. 260-261.

⁷¹ Hauge (2016) s. 155. I samme retning, se Salvesen (2021) s. 337.

⁷² NUT 1935: 1 s. 45.

Selv om oppfatningene varierer, er et de samme hensynene som går igjen i argumentasjonen i de ulike juridiske fremstillingene. I det videre vil det derfor redegjøres for hovedtrekkene i argumentasjonen som ligger til grunn for overleveringskravet i nyere juridisk litteratur.

3.3.2 Argumentasjonen bak overleveringskravet

(1) Faren for kreditorsvik og hensynet til notoritet

Et av de mest sentrale argumentene bak overleveringskravet, er hensynet til å hindre kreditorsvik ved at en skyldner oppkonstruerer rettsstiftelser for å unndra konkursboet dekning.⁷³ Faren for kreditorsvik medfører et behov for notoritet – etterprøvbarhet – rundt disposisjonen, slik at kreditorene kan avdekke illojale disposisjoner. Hvorvidt et krav om overlevering faktisk ivaretar behovet for notoritet, er imidlertid omdiskutert i juridisk litteratur.

Brækhus og Hærem anerkjente allerede i 1964 at et overleveringskrav i liten grad sikrer notoritet, ved at det verken gir informasjon om rettens innhold eller hva slags rett – f.eks. eiendomsrett, bruksrett eller panterett – det er tale om.⁷⁴ Likevel hevdet de at det ikke finnes noen bedre måte å sikre notoriteten på enn ved overlevering av løsøre.⁷⁵

Forfattere i nyere tid synes også å følge samme linje som Brækhus og Hærem. Lilleholt presiserer at overlevering kun gir notoritet i den forstand at det lar seg påvise hvor tingen faktisk er når konkursen åpnes, mens Høgetveit Berg hevder at overlevering gir en viss notoritet, men at «effekten må ikkje overdrivast».⁷⁶ Videre erkjenner sistnevnte at overleveringskravet ikke hindrer kreditorsvik, idet avtaleparter som «medvitne går inn for kreditorsvik, vil [...] normalt kunne ordne med overlevering også».⁷⁷

Et sentralt argument i kritikken mot overleveringskravet, er nettopp at et slikt krav gjerne ikke vil skape notoritet for et løsøreervert. Notoritet vil etter omstendighetene kunne sikres ved overlevering, men dette vil nærmest være tilfeldig. I den forbindelse vises det til den teknologiske utviklingen, som åpner for notoritet i form av elektroniske spor. Ettersom de

⁷³ Lilleholt (2018) s. 305, Falkanger/Falkanger (2016) s. 766, Andenæs (2009) s. 260, Salvesen (2021) s. 330.

⁷⁴ Brækhus/Hærem (1964) s. 496-497.

⁷⁵ Ibid s. 506-507.

⁷⁶ Lilleholt (1996) s. 88; Berg (1999) s 12.

⁷⁷ Berg (2021) s. 423.

fleste store transaksjoner i dag skjer og avtales elektronisk, vil overdragelser lettere kunne etterprøves uten et krav om overlevering. Bevissituasjonen er dermed en helt annen enn den var i 1964 da Brækhus og Hærem lanserte sin lære.

Det er naturlig at Brækhus og Hærem ikke har tatt hensyn til elektroniske spor ved transaksjoner i sin vurdering av notoritetshensynet. Det at verken Høgetveit Berg eller Lilleholt – som har gitt ut lærebøker i henholdsvis 2021 og 2018 – synes å problematisere den teknologiske utviklingen i sammenheng med disposisjoners etterprøvbarehet, kan derimot bidra til å svekke vekten av deres synspunkter.

(2) Kredittmomentet og hensynet til å likebehandle kreditorene

Kredittmomentet og hensynet til å likebehandle kreditorene har særlig blitt trukket frem som begrunnelsen for interesselæren. Synspunktet er at forskuddsbetaling anses som en kredittytelse til selgeren, slik at en forskuddsbetaler ikke burde stilles bedre enn andre som har gitt selgeren usikret kreditt, med mindre vilkårene for pantesikkerhet – altså overlevering – er oppfylt.⁷⁸

Forfatterne mener imidlertid at kredittmomentet må nyanseres noe ut fra bakgrunnen for at salgsgjenstanden ikke blir overlevert med det samme. I den forbindelse mener de det er relevant å se hen til om betalingen minner om vanlig kreditt. Tilfeller som ifølge Brækhus og Hærem ikke minner om vanlig kreditt, og som dermed medfører separatistrett, er der selger beholder rådigheten i kjøpers interesse, der bare transporten gjenstår og ved større tilvirkningskontrakter. Begrunnelsen er at det i slike tilfeller er «meget liten fare for kreditorsvik» og kredittmomentet er fraværende.⁷⁹

Hauge stiller seg kritisk til denne tilnærmingen, og hevder faren for kreditorsvik neppe kan anses «å være generelt større i tilfeller hvor gjenstanden ikke er leveringsklar på beslagstiden, enn hvor den er leveringsklar, eller hvor det skal utføres tilleggsarbeider eller gjennomføres transport».⁸⁰ Videre fremholder Salvesen at det ikke lenger er treffende å anse forskuddsbetaling som usikret kreditt, ettersom forskuddsbetaling ofte er påkrevd, for eksempel ved netthandel.⁸¹ Både Hauge og Salvesen mener derfor at kredittmomentet ikke er

⁷⁸ Brækhus/Hærem (1964) s. 508.

⁷⁹ Ibid s. 510.

⁸⁰ Hauge (2016) s. 174.

⁸¹ Salvesen (2021) s. 319.

et tungtveiende argument for at en løsøreerverver som har forskuddsbetalt ikke skal få kreditorvern uten overlevering.

(3) Forholdet mellom overleveringskravet og håndpanteregelen

Håndpanteregelen i panteloven⁸² § 3-2 er det grunnleggende utgangspunktet for pant i løsøre. Etter bestemmelsens første og annet ledd er rettsvern for panterett i løsøre betinget av at pantsetter blir fratatt rådigheten over den pantsatte gjenstanden. Regelen tjener hovedsakelig to formål: sikring av notoritet og begrensning av pantsettelsesadgangen.⁸³

Det er flere grunner til at det kan være hensiktsmessig å se hen til håndpanteregelen ved fastleggningen av løsøreerververs kreditorvern. I teorien er det særlig likhetene mellom salg og pantsettelse av løsøre som har blitt trukket frem som et argument for å også oppstille et krav om overlevering ved løsøreerwerb.⁸⁴

For det første må det pekes på at andre lovregulerte rettsvernsregler opererer med en parallell løsning, slik at rettsvernsreglene for overdragelse og pantsettelse av det samme formuesgodet er sammenfallende. Ettersom det kreves overlevering for å oppnå rettsvern for håndpanterett i løsøre, taler hensynet til koherens for at det også bør gjelde et krav om overlevering ved overdragelse av løsøre.⁸⁵

Dersom det kun gjelder et krav om overlevering ved pantsettelse, vil det videre være en mulighet for at skyldneren kamuflerer en håndpantsettelse som et salg. I den forlengelse kan det være vanskelig å skille mellom hva som reelt sett er en sikkerhetsstillelse og hva som er en omsetningsoverdragelse. For å hindre omgåelser av håndpanteregelen, kan det derfor argumenteres for at det bør gjelde et overleveringskrav også for løsøreerwerb, særlig der transaksjonen ligner en pantsettelse og kredittmomentet reelt sett er til stede. Dette argumentet er fremhevet av flere forfattere i juridisk teori.⁸⁶

Salvesens innvender imidlertid at det i praksis trolig vil «gjøres få forsøk på å omgå denne regelen» og at «faren for omgåelse av håndpantereglene bør derfor ikke overdrives».⁸⁷ Han

⁸² Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven – pantel.)

⁸³ Lilleholt (2018) s. 293.

⁸⁴ Lilleholt (2018) s. 305-306; Brækhus/Hærem (1964) s. 506-507; Andenæs (2009) s. 260-261; Hauge (2016) s. 97; Salvesen (2021) s. 332; Berg (2021) s. 415-418.

⁸⁵ Berg (2021) s. 416.

⁸⁶ Brækhus/Hærem (1964) s. 506; Lilleholt (2018) s. 305-306; Andenæs (2009) s. 260; Berg (2021) s. 416.

⁸⁷ Salvesen (2021) s. 333.

mener derfor at hensynet til koherens ikke er et tungtveiende argument for å oppstille et krav om overlevering som rettsvernsakt ved løsøreervert.

Ettersom både overdragelse og pantsettelse av løsøre innskrenker kreditorenes dekningsmuligheter ved en konkurs, er det hevdet at faren for kreditorsvik og behovet for notoritet er like stort i begge tilfeller. Flere forfattere tar derfor til orde for at notoritetsbehovet tilsier et overleveringskrav ved løsøreervert.⁸⁸ Dette argumentet svekkes imidlertid ved at flere av forfatterne innrømmer at overlevering i liten grad sikrer notoritet, se punkt 3.3.2 (1).

Videre gjør kredittmomentet og hensynet til likebehandling av kreditorene seg gjeldende som argument. Synspunktet er at en forskuddsbetaler som ikke har fått overlevert tingen anses for å ha ytt selgeren usikret kreditt, og burde derfor likestilles med de øvrige usikrede kreditorene.⁸⁹ Det kan imidlertid innvendes at pantsettelser har et helt annet formål og en annen økonomisk funksjon enn omsetningsoverdragelser: mens pantsettelser innebærer en sikkerhet i løsøret, vil omsetningsoverdragelser innebære at kjøper blir eier av løsøret.⁹⁰ Forskuddsbetalings karakter av å være en finansieringsform for å oppfylle en konkret kontrakt, skiller seg dermed fra pantsettelsens karakter av være en mer generell finansieringsform. Bakgrunnen for overleveringskravet ved håndpantsettelse er som nevnt å forhindre at skyldneren pantsetter alle sine eiendeler når det går mot konkurs. En slik begrunnelse er ikke opplagt for forskuddsbetaling ved normal drift av en virksomhet.⁹¹ Kredittmomentets gjennomslagskraft som argument er dermed usikkert.

(4) Hensynet til omsetningslivet

Hensynet til omsetningslivet tilsier at regler utformes slik at det legges til rette for samfunnsøkonomisk rasjonell virksomhetsdrift.⁹² Dette hensynet problematiseres i liten grad av Brækhus og Hærem, idet de hevder at det ikke kan

⁸⁸ Berg (2021) s. 416; Brækhus/Hærem (1964) s. 508-510.

⁸⁹ Brækhus/Hærem (1964) s. 508-510; Hauge (2016) s. 13.

⁹⁰ Hauge (2016) s. 98-99.

⁹¹ Ibid s. 99-100.

⁹² Ibid s. 27.

*«antas at et krav om overlevering vil virke noe særlig hemmende på omsetningen, bortsett fra at kjøperen nok i enkelte tilfelle vil være noe mer forsiktig med å betale kjøpesummen på forskudd».*⁹³

I dag er det imidlertid klart at omsetningshensynet er blitt et relevant hensyn i drøftelsen av overleveringskravets rekkevidde.⁹⁴ Høgetveit Berg fremhever i den forbindelse at «[o]mfanget av og variasjonsbreidda i lausøyreomsetnaden gjer i alle fall at det må gjerast vidtgående unntak for typetilfelle der det er grunn til det».⁹⁵

3.4 Utblikk: kreditorvern i Europa

3.4.1 Forholdet mellom kreditorvernet og eiendomsrettens overgang

I utgangspunktet har utenlandsk rett begrenset betydning for klarleggingen av gjeldende norsk rett. Likevel vil det i et tilfelle som det foreliggende, der rettskildetilfanget er sparsomt, anses relevant å se hen til hvordan andre rettssystemer i Europa har løst spørsmålet om kreditorvern.

Etter dekl. § 2-2 beror kreditorenes beslagsrett på hvorvidt formuesgodet «tilhører» skyldneren. Språklig sett tilsier bestemmelsen at det avgjørende er hvorvidt eiendomsretten har gått over fra avhender til erverver. I de fleste europeiske rettssystemer utenfor Norden, er det også en slik tilnærming en har til spørsmålet om kreditorvern.

En slik substansiell tilnærming til eiendomsrettens overgang innebærer at eiendomsretten – og den rettsbeskyttelsen denne gir – går over i alle relasjoner samtidig. Spørsmålet om hvem som anses som innehaver av eiendomsretten til det aktuelle formuesgodet, avgjør også spørsmålet om kreditorvern. I de nordiske landene tar man derimot utgangspunkt i en funksjonell tilnærming til eiendomsrettens overgang. Dette innebærer at skjæringstidspunktet for eiendomsrettslig beskyttelse må vurderes i hver av de ulike relasjonene. Etter sistnevnte tilnærming blir dermed spørsmålet om kreditorvern, et spørsmål om rettsvern.

⁹³ Brækhus/Hærem (1964) s. 507.

⁹⁴ Lilleholt (2018) s. 305; Hauge (2016) s. 27-32 og 150-153; Berg (2021) s. 423, Salvesen (2021) s. 329.

⁹⁵ Berg (2021) s. 423.

Som vi skal se, er tilnærming til spørsmålet om eiendomsrettens overgang likevel ikke avgjørende for hvilket skjæringstidspunkt for kreditorvern ulike rettssystemer har lagt til grunn.

I det videre vil det ses hen til hvordan spørsmålet er løst i de nordiske landene og enkelte andre land i Europa. I tillegg vil det vises til hvilke modellregler *Draft Common Frame of Reference*⁹⁶ har oppstilt.

3.4.2 Nordiske rettsvernsregler

Til tross for at samtlige rettssystemer i Norden tar utgangspunkt i en funksjonell tilnærming til spørsmålet om eiendomsrettens overgang, har rettssystemene likevel valgt ulike løsninger for hvilket skjæringstidspunkt løsøreerververen oppnår kreditorvern.

I *svensk rett* oppnås kreditorvern enten ved registrering av ervervet etter reglene i lösöreköplagen⁹⁷ eller ved overlevering. Det ulovfestede overleveringskravet er imidlertid den praktiske hovedregelen, ettersom registreringsordningen svært sjeldent anvendes i praksis.⁹⁸ Overleveringskravet i svensk rett gjelder i utgangspunktet absolutt, noe som er særegent for svensk rett i den europeiske konteksten.⁹⁹

Overleveringskravet modifiseres imidlertid i tilfeller der erververen allerede har gjenstanden i sin besittelse, og der gjenstanden er i tredjemanns besittelse. I disse tilfellene oppnås kreditorvern henholdsvis ved avtaleinngåelse og ved melding til tredjemann.¹⁰⁰ Videre gjelder det unntak fra overleveringskravet ved forbrukerkjøp, der kreditorvern oppnås ved avtaleinngåelsen så lenge gjenstanden er individualisert.¹⁰¹

Allerede i 1995 ble det i forarbeidene til konsumentköplagen tatt til orde for at tradisjonskravet generelt burde avskaffes.¹⁰² Det ble imidlertid ikke foreslått en generell lovendring, idet komitéens mandat var begrenset til forbrukerkjøp. Dette standpunktet ble likevel også fremmet i en senere betenkning, der komitéen gikk inn for å avskaffe

⁹⁶ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Verket er et felleseuropeisk prosjekt for å harmonisere den europeiske privatretten.

⁹⁷ Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (lösöreköplagen).

⁹⁸ Hauge (2016) s. 80 med videre henvisninger.

⁹⁹ Ibid s. 81 med videre henvisninger.

¹⁰⁰ Ibid s. 81 med videre henvisninger.

¹⁰¹ Konsumentköplag (1990:932) § 49

¹⁰² SOU 1995: 11 s. 133-179.

overleveringskravet til fordel for avtaleprinsippet og kravet om individualisering.¹⁰³ Denne rettsoppfatningen har også flere høyesterettsdommere i Sverige støttet.¹⁰⁴ Svenskene synes dermed å legge til grunn at spørsmålet om kreditorvern løses bedre gjennom avtaleprinsippet enn tradisjonsprinsippet. Det er derfor ikke utenkelig at den svenske lovgiver i fremtiden vil lovfeste en hovedregel i tråd med avtaleprinsippet.

I *dansk rett* oppnår løsøreerhverver kreditorvern ved avtaleinngåelse, såfremt gjenstanden er individualisert.¹⁰⁵ Danskene har med andre ord den løsningen som er foreslått i svensk rett. Ettersom det kun er ved omsetningsoverdragelser at kreditorvern oppnås ved avtaleinngåelsen, blir skillet mellom omsetningsoverdragelser og sikkerhetsoverdragelser et sentralt vurderingstema i dansk rett.¹⁰⁶

Løsningen i *norsk rett* synes å ligge et sted mellom den svenske og den danske løsningen. I likhet med svensk rett har vi også *de lege lata* en hovedregel om overlevering, men ikke en absolutt regel som den svenske. På den andre siden har vi strengere regler enn dansk rett.

3.4.3 Kreditorvern i øvrige land i Europa

I *tysk rett* oppstiller lovgivningen som hovedregel både krav til enighet om eiendomsovergangen («Einigung») og krav til overlevering («Übergabe»), for at eiendomsretten skal anses gått over fra avhender til erverver.¹⁰⁷ Likevel åpnes det for overleveringssurrogater, der erververen eller en tredjeperson allerede er i besittelse av formuesgodet, eller der avhender sitter på tingen på erververs vegne («Besitzkonstitut»).¹⁰⁸ Tysk rett synes dermed å følge den romerske løsningen med *traditio* og *constitutum possessorium*.¹⁰⁹

I *engelsk rett* ligger reguleringen nærmere naturrettens løsning med avtaleprinsippet. Det følger av Sale of Goods Act 1979 sec. 17 (1) at minstevilkåret er at det gjelder et bestemt formuesgode («specific goods») eller at genusytelsen er individualisert («ascertained»). Videre kan partene i kraft av avtalefriheten avtale når eiendomsrettens overgang skjer.¹¹⁰

¹⁰³ SOU 2015: 18 s. 15.

¹⁰⁴ NJA 2008 s. 684: «Det förefaller alltså finnas övertygande skäl för att helt avskaffa traditionsprincipen».

¹⁰⁵ Hauge (2016) s. 83-84.

¹⁰⁶ Ibid s. 84.

¹⁰⁷ BGB § 929; Hauge (2016) s. 77

¹⁰⁸ BGB § 929 annet punktum, § 930 og § 931.

¹⁰⁹ Brækhus/Hærem (1964) s. 500.

¹¹⁰ Sale of Goods Act (SGA) 1979 section 17 (1): “at such time as the parties intend it to pass”.

Dette beror på «the terms of the contract, the conduct of the parties and the circumstances of the case», jf. sec. 17 (2). Den generelle presumsjonen er likevel at eiendomsretten for leveringsklare ytelser går over ved avtaleinngåelsen, jf. sec. 18 rule 1 og 2.

I likhet med engelsk rett, bygger også *fransk rett* på naturretten og den personlige autonomi.¹¹¹ Det kan i den forbindelse vises til Code Civil art. 1583, som slår fast at eiendomsretten går over ved avtaleinngåelsen dersom gjenstanden er individualisert.

3.4.4 Draft Common Frame of Reference

Draft Common Frame of Reference (DCFR) er et forsøk på å samle prinsipper, definisjoner og modellregler for en felles europeisk lovgivning på privatrettens område. Verket er dermed sentralt ved undersøkelsen av hvilke regler som jevnt over gjelder i Europa.

DCFR regulerer ikke direkte spørsmålet om løsøreerverters kreditorvern, men regulerer eiendomsrettens overgang. Dette skyldes at de fleste andre land i Europa har en substansiell tilnærming til eiendomsrettens overgang, slik at skjæringstidspunktet for når eiendomsretten går over fra avhender til erverver sammenfaller med når erververen oppnår kreditorvern. På denne måten blir løsøreerverters kreditorvern indirekte regulert i DCFR.

Reguleringen av eiendomsrettens overgang ved løsøreervert er regulert i DCFR VIII. 2:102 (1) bokstav e, som fastsetter en deklatorisk regel om overlevering. Regelen får dermed kun anvendelse dersom partene ikke har avtalt noe annet. Reguleringen synes dermed å være en slags mellomløsning mellom avtaleprinsippet og tradisjonsprinsippet, og minner om den romerske løsningen med *traditio* og *constitutum possessorium*.

3.4.5 Oppsummert

Gjennomgangen ovenfor viser at overleveringskravet synes å ha nokså liten realitet i resten av Europa, idet rettssystemene enten har valgt å tilnærme seg spørsmålet i tråd med avtaleprinsippet (engelsk, fransk og dansk rett) eller ved at det oppstilles et overleveringskrav som i stor grad kan omgås ved ulike overleveringssurrogater (tysk og svensk rett). Løsningen

¹¹¹ Brækhus/Hærem (1964) s. 500.

i de øvrige europeiske rettssystemene gir dermed ikke støtte for å legge til grunn et overleveringskrav som vilkår for kreditorvern.

Et preseptorisk overleveringskrav gir kreditorene et særlig sterkt vern. De norske kreditorekstinksjonsreglene går dermed mye lenger i å gi kreditorene vern, sammenlignet med reglene i resten av Europa. I den forbindelse kan det stilles spørsmål ved om det er nødvendig å gi kreditorene et så sterkt vern i norsk rett.

4 HR-2021-2248-A *Aurstad Maskin*

4.1 Sakens faktum

Dommen omhandler konsernet Aurstad AS som, i forbindelse med en restrukturering av selskapet i oktober 2018, overdro deler av en maskinpark fra ett av konsernets datterselskaper (K.A. Aurstad AS) til et annet (Aurstad Maskinutleige AS). I underkant av to uker etter overdragelsen ble det inngått avtale om tilbakeleie av maskinparken til selgerselskapet K.A. Aurstad. Maskinparken, som på tidspunktet for overdragelsen delvis var utplassert på ulike anlegg i Norge på kontrakter, ble i mellomtiden ikke flyttet fra selger til kjøper.

Utover høsten ble K.A. Aurstads økonomi stadig dårligere, og 6. desember begjærte selskapet seg konkurs. Konkursboet mente at overdragelsen av maskinparken til Aurstad Maskinutleige ikke hadde rettsvern overfor boet, ettersom det ikke hadde skjedd en overlevering av maskinparken. Aurstad Maskinutleige inngikk da forlik med konkursboet, men krevde erstatning for mangelfull rådgivning fra advokatfirmaet som hadde bistått som rådgiver i forbindelse med transaksjonen. Ved vurderingen av om det var grunnlag for erstatningsansvar, var det sentralt om overdragelsen av maskinparken hadde rettsvern overfor K.A. Aurstads konkursbo. Mer konkret var spørsmålet om «det ved salg av ikke registrerbart løsøre gjelder et krav om overlevering eller fratakelse av rådighet for å oppnå rettsvern», jf. dommens avsnitt 1.

Høyesteretts flertall på fire dommere kom til at det som hovedregel gjelder et krav om overlevering for at løsøreerverver skal oppnå kreditorvern, og at det ikke var grunnlag for å gjøre unntak for avtaletypen. Aurstad Maskinutleige hadde dermed ikke rettsvern for eiendomsretten til maskinparken på beslagstidspunktet, slik at K.A. Aurstads kreditorer kunne ta beslag etter dekl. § 2-2. Mindretallet på én dommer hadde derimot en mer pragmatisk tilnærming til rettsvernsspørsmålet, og kom til at Aurstad Maskinutleige måtte anses å ha rettsvern for ervervet av maskinparken overfor selgerens kreditorer.

I det videre vil det redegjøres for både flertallets og mindretallets standpunkt, samt styrker og svakheter ved deres resonnementer sett i lys av de grunnleggende utgangspunktene og hensynene bak rettsvernsreglene.

4.2 Analyse og vurdering av dommen

4.2.1 Flertallet

Flertallet tar utgangspunkt i hovedregelen i dekl. § 2-2, som angir at kreditor kan ta beslag i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Det vises videre til forarbeidene, der det fremgår at beslagsretten må suppleres med rettsvernsreglene.¹¹² Det avgjørende er dermed om erververen har rettsvern overfor avhenderens konkursbo.

Deretter foretar flertallet en generell redegjørelse av rettsvernsreglene. Det vises både til formålet om å «forhindre kreditorskadelige disposisjoner»,¹¹³ og relevante hensyn som notoritetshensynet, publisitetshensynet og retts tekniske hensyn. Det fremheves videre at rettsvernsreglene «nødvendigvis [er] preseptoriske, og må som det klare utgangspunkt gjelde absolutt, jf. HR-2021-1773-A avsnitt 64 med videre henvisninger til HR-2017-33-A, Rt. 1998 s. 268 og Rt. 1997 s. 1050».¹¹⁴ Flertallet går imidlertid ikke nærmere inn på overføringsverdien av de nevnte dommene. Dommene gjelder lovfestede rettsvernsregler, og burde etter mitt syn ikke automatisk legges til grunn som et utgangspunkt også på ulovfestet område, uten at dette blir kommentert.

Ved fastleggingen av den ulovfestede rettsvernsakten, tar flertallet utgangspunkt i rettsvernsreglene for håndpant i panteloven § 3-2, som oppstiller et krav om overlevering. Dette begrunnes med hensynet til konsekvens, noe som tolkes dit hen at det siktes til den parallelle reguleringen av rettsvernsreglene for salg og pantsettelse av samme formuesgode.

De nevner, men problematiserer imidlertid ikke, reglene om underpantsettelse, som utvider pantsetterens adgang til å pantsette sine eiendeler uten overlevering. I den forbindelse er det av særlig interesse at dersom K.A. Aurstad faktisk hadde pantsatt maskinparken til Aurstad Maskinutleige, hadde sistnevnte oppnådd rettsvern ved registrering i Løsøreregisteret.¹¹⁵ Det hadde altså ikke vært et krav om overlevering ved pantsettelse av det aktuelle løsøret. For øvrig var maskinparken pantsatt til en tredjeperson. Det er lite tilfredsstillende at flertallet

¹¹² NOU 1972: 20 s. 255.

¹¹³ HR-2021-2248-A avsnitt 49.

¹¹⁴ HR-2021-2248-A avsnitt 50.

¹¹⁵ Panteloven § 3-6.

ikke vurderte betydningen av underpantsettelsesreglene ved drøftelsen av overleveringskravet.¹¹⁶

Videre påpekes det at overleveringskravet lenge har vært drøftet i juridisk teori, og det vises særlig til Brækhus og Hærems analyse basert på *Kudommen* og *Jernskrapdommen*. Med rette anerkjenner flertallet at de nevnte dommene ikke omhandler rettsvern, men derimot eiendomsrettens overgang i relasjon til det dagjeldende substansielle eiendomsbegrepet. Flertallet mener derfor at interesselæren ikke samsvarer med begrunnelsene i dommene, men at læren gir «en rasjonell forklaring på de resultatene Høyesterett kom til».¹¹⁷

Flertallet fremholder imidlertid at Brækhus og Hærem tok til orde for at det gjaldt et krav om overlevering med unntak for tilfeller som faller innenfor interesselæren.¹¹⁸ Som gjennomgått overfor, er dette en forståelse av forfatterens analyse som har utkrystallisert seg i teorien, men som ikke stemmer med det Brækhus og Hærem faktisk fremholder i sin analyse.¹¹⁹ Brækhus og Hærem tok kun til orde for at løsøreerverver burde gis kreditorvern i tilfeller som faller innenfor interesselæren.

Realiteten er likevel at det har utkrystallisert seg en hovedregel om overlevering eller fratakelse av selgerens besittelse som gjeldende rett i juridisk teori, og det vil jo – som flertallet også påpeker – i seg selv ha rettskildemessig betydning.¹²⁰

Det må imidlertid innvendes at det er en klar svakhet ved flertallets drøftelse at en oppfatning som i teorien «antas å ha de beste grunner for seg» legges til grunn, uten at kritikken blir drøftet.¹²¹ Rettsoppfatninger i juridisk teori får sin legitimitet fra at oppfatningen bygger på en grunnleggende analyse.¹²² Det er derfor kritikkverdigg at fremstillingene til Hauge og Salvesen – som synes å være de eneste som har behandlet spørsmålet inngående i nyere tid – så vidt blir nevnt av flertallet.

Etter dette legger flertallet til grunn at det gjelder en hovedregel om overlevering, noe som innebærer at unntak må begrunnes. Til tross for at flertallet mener at «[h]ensynene bak

¹¹⁶ Se punkt 5.2.5.

¹¹⁷ HR-2021-2248-A avsnitt 57.

¹¹⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 56.

¹¹⁹ Se punkt 3.3.1.

¹²⁰ HR-2021-2248-A avsnitt 62.

¹²¹ HR-2021-2248-A avsnitt 59.

¹²² Monsen (2012) s. 41.

reglene om kreditorekstinksjon og rettsvern» er avgjørende for denne vurderingen, viser flertallet kun til «hensynet til faren for kreditorsvik som et grunnleggende hensyn».¹²³ Som vi skal se, synes dette hensynet å være styrende for flertallets subsumsjon i saken.

Hvorvidt det kan oppstilles unntak i den konkrete saken beror på om avtaler om salg og samtidig tilbakeleie, er en kontraktstype «der faren for kreditorsvik er liten og gode grunner taler for å ikke kreve en rettsvernsakt».¹²⁴

I vurderingen vises det til at denne avtaletypen i teorien har blitt behandlet som et forsøk på å omgå håndpantereguleringene – altså som et kreditorsviktilfelle. Flertallet synes utelukkende å vektlegge teoretiske oppfatninger av avtaletypen, idet ankemotpartens anførsel om at avtaletypen er «forretningsmessig og samfunnsøkonomisk godt begrunnet» og at «manglende overlevering [...] er i samsvar med lang og fast transaksjonspraksis», blir avfeid av flertallet uten en nærmere redegjørelse.¹²⁵ En balansert drøftelse der alle relevante hensyn tas i betraktning, kan dette derfor ikke sies å være.

Det blir i den forbindelse fremhevet at det «ikke er noe i veien for at det inngås slike avtaler, men dette er ikke avgjørende for om avtalene har rettsvern overfor selgerens kreditorer».¹²⁶ Uttalelsen tydeliggjør at flertallet ikke vurderer de praktiske konsekvensene deres standpunkt vil ha i omsetningslivet – det vil jo ikke være noe poeng i å erverve eiendomsretten til et løsøre, hvis man ikke også reelt sett kan oppnå rettsvern.

Flertallet kom til at det ikke er grunnlag for å oppstille unntak for avtaler om salg og samtidig tilbakeleie. Konklusjonen innebærer at slike avtaler – som ofte gjennomføres for å redde virksomheter fra å gå konkurs og derfor ofte er samfunnsøkonomisk gunstige – ofte ikke vil kunne oppnå rettsvern. Dette vil kunne få store og uforutsette ringvirkninger i fremtiden.

Det må avslutningsvis påpekes at den konkrete transaksjonen i saken klart kan kategoriseres som kreditorsvik, ettersom maskinparken var solgt for kraftig underpris i et kritisk tidsrom – noe styrelederen i selskapet også ble dømt for.¹²⁷ I utgangspunktet har ikke dette betydning for vurderingen, da det er avtaletypen og ikke den konkrete transaksjonen som skal vurderes.

¹²³ HR-2021-2248-A avsnitt 64.

¹²⁴ HR-2021-2248-A avsnitt 68.

¹²⁵ HR-2021-2248-A avsnitt 67.

¹²⁶ HR-2021-2248-A avsnitt 67.

¹²⁷ Se TMOR-2021-16773 der styrelederen i selskapet ble dømt for grov formuesforringelse etter straffeloven § 404 jf. § 405.

Etter mitt syn synes imidlertid denne omstendigheten å ha farget flertallets vurdering, ved at fokuset utelukkende ligger på faren for kreditorsvik. Flertallet har dermed unnlatt å foreta en balansert avveining av alle relevante hensyn for avtaletypen generelt. Dette vil jeg komme tilbake til i punkt 5.

4.2.2 Mindretallet

Dommer Noer legger til grunn det samme rettslige utgangspunktet som flertallet, og viser til flertallets syn om at manglende gjennomføring av en rettsvernsakt medfører at konkursboet kan ta beslag.¹²⁸ Mindretallet går imidlertid mer pragmatisk til verks, ved å vurdere hvilke rettsvernsakter som i realiteten kunne blitt gjennomført i den konkrete saken.

Mindretallet viser til fire alternative rettsvernsakter, og vurderer om de er aktuelle i den konkrete saken.¹²⁹ Den tradisjonelle læren om overlevering var ikke aktuell, da en fysisk forflytting ville medført «avtalebrudd overfor byggherren, det ville vanskelig la seg gjøre i praksis og manøveren ville blitt svært kostbart».¹³⁰ Flere av de samme utfordringene ville også alternativet om fratakelse av rådighet i form av nøkler eller lignende, møtt på. Varsel til tredjeperson etter regelen i panteloven § 3-2 tredje ledd var heller ikke aktuelt, ettersom selger fortsatt hadde rådigheten over de utplasserte maskinene. Videre ble også merking av maskinene med nye logoer eller lignende avfeid, da det ikke ble ansett tilstrekkelig for å oppnå rettsvern. Etter dette kommer dommer Noer til at et krav om overlevering i den konkrete saken ville være «upraktisk, uklart og gir liten notoritet over tid».¹³¹ Ved å vurdere om en rettsvernsakt er praktisk gjennomførbar, synes mindretallet i større grad å ta hensyn til omsetningslivet.

I tråd med gjeldende rett påpeker hun imidlertid det ikke kan oppstilles ulike rettsvernsregler etter forholdene i den konkrete saken – unntak må vurderes på typetilfellenivå. I det videre vurderer dommer Noer hensynene som begrunner overleveringskravet som rettsvernsakt på generelt grunnlag.

Mindretallet fremhever at læren ble utviklet på et tidspunkt da avtaler ble inngått skriftlig på papir og gjort opp med kontante penger, slik at det var et behov for et overleveringskrav.

¹²⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 81-88.

¹²⁹ HR-2021-2248-A avsnitt 88-92.

¹³⁰ HR-2021-2248-A avsnitt 88-89.

¹³¹ HR-2021-2248-A avsnitt 93.

Samfunnsutviklingen har imidlertid medført at behovet for å sikre notoritet ved overlevering ikke lenger gjør seg gjeldende, da store avtaler og transaksjoner normalt kan spores elektronisk.¹³² Argumentasjonen illustrer hvordan mindretallet er bevisst ulovfestet retts egnethet til å tilpasse seg samfunnsutviklingen.

I motsetning til flertallet, peker mindretallet på at adgangen til å underpantsette løsøre – uten krav til overlevering – er mer omfattende nå enn tidligere. Kreditorne har derfor mindre grunn til å regne med at løsøret som befinner seg hos debitor kan tjene til dekning.¹³³ Denne argumentasjonen svekker verdien av håndpanterregelens løsning som et argument for et overleveringskrav ved løsøreerwerb. Ved å trekke inn andre panteregler enn håndpanteregelen, synes mindretallet dessuten å bygge på et bredere rettskildetilfang enn flertallet.

Det stilles også spørsmålsteget ved hvorvidt overleveringskravet faktisk er egnet til å forhindre kreditorsvik – et spørsmål som er utelatt i flertallets vurdering. I den forbindelse henvises det til Høgetveit Berg, som hevder at overlevering generelt gir svak notoritet og at avtaleparter som ønsker å svike kreditorne normalt vil klare å gjennomføre en overlevering.¹³⁴ Dommer Noer mener dermed at overleveringskravet ikke er særlig egnet til å forhindre kreditorsvik – særlig der fratakelse av rådigheten er midlertidig.

Mens flertallet nærmest ukritisk legger til grunn at overleveringskravet gjelder absolutt, synes mindretallet å vurdere hensynet til forutberegnelighet grundigere. Mindretallet anerkjenner at det er et stort behov for klare og forutberegnelige rettsvernsregler på formuerettens område, men påpeker at overleveringskravet åpner for unntak basert på relativt skjønnsmessige vurderinger, noe som gjør at kravet i seg selv ikke er «skarp i kantene».¹³⁵ Dommer Noer mener derfor at heller ikke dette hensynet taler for et overleveringskrav.

I likhet med flertallet viser også mindretallet til den parallelle lovreguleringen av rettsvernsregler for salg og pantsettelse av samme formuesgoder, og påpeker at retts tekniske hensyn taler for et overleveringskrav.¹³⁶ Det er imidlertid en svakhet ved mindretallets vurdering at forholdet mellom disse reglene ikke vurderes mer inngående, se punkt 5.2.5.

¹³² HR-2021-2248-A avsnitt 94-95.

¹³³ HR-2021-2248-A avsnitt 96.

¹³⁴ HR-2021-2248-A avsnitt 97.

¹³⁵ HR-2021-2248-A avsnitt 98.

¹³⁶ HR-2021-2248-A avsnitt 99.

Videre vises det både omstøtelsesreglene og reglene om tilsidesettelse av proforma-avtaler, som alternative regelsett som kan forhindre kreditorsvik.¹³⁷ I likhet med flertallet, som imidlertid avfeide disse regelsettene, begrunnes ikke dette. Det fremstår dermed som uklart hvorfor flertallet avfeier regelsettene samtidig som mindretallet legger de til grunn som aktuelle alternativer.

Et ytterligere argument mindretallet mener taler mot et overleveringskrav, er konsekvenshensynet. Det påpekes at manglende rettsvern i slike saker vil medføre at konkursboet får dobbeltdekning, mens kjøper kun vil stå igjen med et dividendekrav. Det vises også til at en reglene står i et visst spenn til ordlyden i dekl. § 2-2, og burde derfor ikke tolkes for vidt.¹³⁸ Uttalelsen viser at mindretallet, i motsetning til flertallet, også vektlegger hensynet til omsetningslivet.

I motsetning til flertallet viser mindretallet til utenlandsk rett, og påpeker at reglene i «de fleste europeiske land ikke lenger krever overlevering», samt at overleveringskravet foreslås avskaffet i svensk rett.¹³⁹ Kritikken mot overleveringskravet blir også i større grad behandlet av mindretallet enn av flertallet. Rettskildene blir ikke undergitt en særlig grundig drøftelse, men mindretallet synes gjennomgående å bygge på et bredere rettskildetilfang enn flertallet – noe som synes fornuftig på et område der det i utgangspunktet er sparsomt med rettskilder.

Til tross for at behovet for strenge rettsvernsregler tradisjonelt har vært ansett som stort for den konkrete avtaletypen, trekker mindretallet frem at slike avtaler trolig er ganske vanlige, kan ha legitime formål og tjene samfunnsmessige behov. Det fremheves at selv om den konkrete saken gjelder avtale mellom nærstående og det er mistanke om salg til underpris, vil et krav om overlevering også ramme en avtale mellom uavhengige parter til markedspris. Det legges videre vekt på at reglene er ulovfestede og at de derfor ikke burde gis større rekkevidde enn nødvendig. Dommer Noer kommer derfor til at overdragelsen har rettsvern uten overlevering.¹⁴⁰

¹³⁷ HR-2021-2248-A avsnitt 100.

¹³⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 102.

¹³⁹ HR-2021-2248-A avsnitt 104-105.

¹⁴⁰ HR-2021-2248-A avsnitt 108-111.

5 Grunnlag for prejudikatfravik?

5.1 Innledning

Det må etter HR-2021-2248-A anses klart *de lege lata* at overlevering er *tilstrekkelig* og som hovedregel *nødvendig* for å oppnå kreditorvern ved løsøreervert. Rekkevidden av overleveringskravet er imidlertid fortsatt svært uklar, idet flertallet ikke behandlet kravet på generelt grunnlag. Den etterlengtede rettsavklaringen av rettsvernsspørsmålet ved løsøreervert kom dermed ikke med dommen HR-2021-2248-A.

Derimot kom det en avklaring for den konkrete avtaleypen salg og samtidig tilbakeleie. Etter mitt syn er likevel ikke flertallets standpunkt særlig tilfredsstillende, ettersom det ikke blir foretatt en grundig og balansert avveining av alle relevante hensyn på generelt grunnlag for den konkrete avtaleypen.

Til tross for at Høyesteretts rettsoppfatning som hovedregelen må legges til grunn i senere saker, åpner prejudikatslæren for prejudikatfravik der «tungtveiende rettskildemessige grunner» tilsier det.¹⁴¹ I denne vurderingen vil det være relevant å se hen til om prejudikatet bygger på et for snevert rettskildetilfang og om Høyesterett har trukket uriktige slutninger fra rettskildene.¹⁴²

I denne avsluttende delen av oppgaven vil jeg derfor foreta en vurdering av om det er grunnlag for å fravike prejudikatet i HR-2021-2248-A, særlig sett i lys av de grunnleggende utgangspunkter og hensyn som ligger til grunn for overleveringskravet.

5.2 Kritikk av flertallets rettskildebruk i HR-2021-2248-A

5.2.1 Hensynet til forutberegnelighet

Hensynet til forutberegnelighet er nært knyttet til hensynet til klare og retts teknisk enkle regler, ved at forutberegnelighet nettopp kan sikres gjennom klare og enkle regler. Dette innebærer at man utformer regler slik at de blir enkle å praktisere, og dermed med så lite

¹⁴¹ Monsen (2012) s. 70-71. Se også Skoghøy (2015) s. 290.

¹⁴² Monsen (2012) s. 155 og s. 242-243. I samme retning, se Eckhoff (2001) s. 182.

innslag av skjønn som mulig. Av samme grunn tilsier dette hensynet at unntak må henvises til typetilfeller, og ikke til en konkret vurdering.

En absolutt og unntaksfri hovedregel om overlevering ville klart sikret forutberegnelighet. Likevel er det ikke en slik regel som er gjeldende rett, og det er ingenting som tyder på at det er ønskelig heller. Det ulovfestede overleveringskravet er oppstilt som en hovedregel med flere skjønnsmessige unntak, og adgangen til å etablere unntak synes å være nokså vidtgående. Dette medfører at selve hovedregelen får et uklart virkeområde. Regelen ivaretar dermed i liten grad hensynet til klare og retsteknisk enkle regler, og er etter min mening ikke egnet som rettsvernsakt. Ettersom rettsvernsregelen nettopp har en uklar rekkevidde, synes det også kunstig å hevde, slik Høyesterett gjør, at hensynet til klare og retsteknisk enkle regler tilsier en streng anvendelse.

Etter min mening er derfor hensynet til forutberegnelighet og hensynet til klare og retsteknisk enkle regler, hensyn som ikke kan tillegges særlig vekt ved spørsmålet om det skal oppstilles et overleveringskrav som betingelse for løseerverters kreditorvern.

5.2.2 Formålet med rettsvernsreglene

Formålet med rettsvernsreglene er å forhindre at debitor foretar kreditorskadelige disposisjoner forut for en konkurs. Det oppstilles derfor krav om at disposisjoner må være notoriske – de må kunne etterprøves. Flere forfattere i juridisk teori legger til grunn et krav om overlevering nettopp med den begrunnelse at disposisjonen må være notorisk, samtidig som de også erkjenner at notoritet egentlig ikke blir sikret gjennom et krav om overlevering.¹⁴³

Et overleveringskrav vil gjennomgående ikke sikre notoritet med hensyn til *tidspunktet* for og *innholdet* av disposisjonen. Overleveringskravet vil derimot normalt sikre notoritet med hensyn til *at* det er skjedd en overdragelse, så fremt gjenstanden ikke tilbakeleveres ved lån eller leie. I enkelte tilfeller, slik som i HR-2021-2248-A der en stor maskinpark skulle flyttes, vil det være nødvendig med en større operasjon for å gjennomføre overleveringen. Notoritet med hensyn til *at* det er skjedd en overdragelse og *når* overdragelsen har skjedd, vil nok bli relativt godt sikret i slike tilfeller. Dette vil imidlertid kunne være tilfeldig.

¹⁴³ Lilleholt (1996) s. 90; Andenæs (2009) s. 245; Falkanger/Falkanger (2016) s. 766-767; Berg (2021) s. 423.

Det er riktig, slik Høyesterett legger til grunn, at et løsøreerverv ikke kan oppnå kreditorvern basert på en vurdering av om notoritet er sikret i det konkrete tilfellet. Likevel burde selve rettsvernsakten, som tross alt legitimeres av notoritetshensynet, faktisk også sikre notoritet.

Den teknologiske utviklingen har medført at de fleste transaksjoner kan spores elektronisk, slik at både betalinger, forhandlinger og inngåelser av avtaler enkelt kan etterprøves. Dette poenget gjør seg desto mer gjeldende for større transaksjoner, som gjerne er de transaksjonene kreditorene ønsker å ta dekning i. Bevissituasjonen er med andre ord en helt annen enn den var da overleveringskravet ble etablert. Et overleveringskrav vil derfor fremstå formalistisk ved at det egentlig ikke tilfører noe – notoriteten er allerede sikret og overlevering vil ikke nødvendigvis gi større grad av notoritet.

Det kan imidlertid hevdes at omgåelse av et overleveringskrav vil være vanskeligere enn omgåelse ved å konstruere en avtale, slik at et overleveringskrav i større grad vil hindre illojale disposisjoner. Likevel vil det for en skyldner som først oppkonstruere en rettsstiftelse, ikke være særlig komplisert å også konstruere en troverdig begrunnelse for at gjenstanden er hos selger i kjøpers interesse eller å faktisk oppfylle overleveringskravet.¹⁴⁴ Som Høgetveit Berg påpeker vil avtaleparter som «medvitne går inn for kreditorsvik, [...] nok normalt kunne ordne med overlevering også».¹⁴⁵ Overleveringskravet synes dermed ikke å være et særlig effektivt virkemiddel for å avverge kreditorsvik.

I den forbindelse kan det også vises til den svenske utredningen i SOU 2015: 18 s. 10, der komitéen legger til grunn at faren for kreditorsvik ved overdragelse av løsøre ikke blir større ved å legge til grunn avtaleprinsippet fremfor tradisjonsprinsippet.

Etter min mening er overleveringskravet utdatert og unødvendig som følge av samfunnsutviklingen. Hensynene som begrunner kravet blir ikke sikret av et slikt krav, men blir derimot jevnt over sikret i og med avtalen. Det er derfor ikke lenger et reelt behov for å oppstille et krav om overlevering for at løsøreerverver skal oppnå kreditorvern.

5.2.3 Hensynet til omsetningslivet

¹⁴⁴ Hauge (2016) s. 140; Berg (2021) s. 423; Salvesen (2021) s. 342.

¹⁴⁵ Berg (2021) s. 423.

Hensynet til omsetningslivet tilsier at regler utformes på en slik måte at de ikke er til hinder for samfunnsøkonomisk ønskelige transaksjoner. Flertallets standpunkt i HR-2021-2248-A sender i den forbindelse et klart signal om at avtaler om salg og samtidig tilbakeleie – på generelt grunnlag – ikke er ønskelige. Etter min mening har flertallet i realiteten unnlatt å se hen til avtaletypen på generelt grunnlag, som følge av den omstendighet at det klart var tale om kreditorsvik i det konkrete tilfellet. Flertallets drøftelse etterlater dermed et inntrykk av at det ikke er foretatt en grundig vurdering av hvilke konsekvenser overleveringskravet har for omsetningslivet.

For det første må det fremheves at det er tale om en avtaletype som er svært vanlig i næringslivet. Avtaler om salg og samtidig tilbakeleie inngås ofte for å restrukturere en virksomhet som har likviditetsproblemer, og har gjerne til hensikt å redde en virksomhet fra konkurs. På generelt grunnlag er dette utvilsomt en samfunnsøkonomisk ønskelig transaksjon.

I mange slike transaksjoner vil det trolig være teoretisk mulig å gjennomføre en overlevering. En teoretisk mulighet hjelper imidlertid lite dersom det ikke også er praktisk mulig å gjennomføre en overlevering. I den forbindelse kan det pekes på at et krav om overlevering vil kunne være vanskelig, upraktisk og kostbart å gjennomføre. Ettersom virksomheter som inngår slike avtaler i utgangspunktet har likviditetsproblemer, vil et overleveringskrav ofte være uforenlig med helt nødvendige redningsaksjoner. Kravet om overlevering vil dermed reelt sett kunne avskjære løseereververe fra å beskytte seg mot kreditorekstinksjon.

Dette kan illustreres av tilfellet i HR-2021-2248-A, der verken flertallet eller mindretallet kom frem til en konkret måte å gjennomføre et krav om overlevering på. Som mindretallet påpekte er «kravet til overlevering som vilkår for rettsvern [...] problematisk i en sak som dette».¹⁴⁶ Kravet om overlevering var dermed uforenlig med avtaletypen – og det kan ikke utelukkes at det samme også vil gjelde for andre avtaletyper.

For øvrig kan det nevnes at avtaler om forskuddsbetaling også vil bli rammet hardt av et overleveringskrav. Forskuddsbetaling er en stadig mer vanlig betalingsmåte, særlig i forbindelse med netthandel, og kjøperen vil ofte ikke ha noe valg. Et overleveringskrav vil medføre at en forskuddsbetaler aldri vil kunne oppnå rettsvern ved inngåelsen av kjøpsavtalen

¹⁴⁶ HR-2021-2248-A avsnitt 93.

og vil dermed alltid risikere kreditorekstinksjon – overleveringskravet er dermed ikke forenlig med denne avtaletypen.¹⁴⁷

Videre er det ikke et alternativ for en virksomhet å begjære oppbud på et tidspunkt der en avtale om salg og samtidig tilbakeleie inngås, idet vilkårene for konkurs enda ikke vil være oppfylt.¹⁴⁸ Dersom det ikke skal være mulig å foreta slike redningsoperasjoner for å redde en virksomhet fra konkurs, blir virksomheten nærmest tvunget til å sette seg ned og vente på konkursen. Dette kan ikke være en ønskelig konsekvens.

En annen konsekvens av overleveringskravet er at konkursboet, i tilfeller der det er klart at det ikke er tale om kreditorsvik, vil oppnå dobbeltdekning. Dette vil være en tilfeldig fordel for konkursboet, som i utgangspunktet har ivaretatt sine interesser ved at kjøpesummen allerede inngår i bomassen. Løsøreerververen vil derimot stå igjen med et dividendekrav, som gjerne vil gi erververen lite eller ingenting.

Ettersom slike transaksjoner gjennomgående antas være nyttige i omsetningslivet, vil det være uheldig om den praktiske nytten av denne typen transaksjoner nærmest blir utslettet ved at det stilles et krav om overlevering – et krav som uansett ikke er særlig egnet til å ivareta sentrale hensyn.

5.2.4 Vern av eiendomsretten etter EMK P1-1

Det kan videre stilles spørsmål ved om overleveringskravet kan være i strid med vernet av eiendomsretten etter EMK P1-1. Spørsmålet ble verken drøftet av flertallet eller mindretallet i HR-2021-2248-A.

EMK P1-1 har forrang foran annen norsk lovgivning,¹⁴⁹ og angir at

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.»

¹⁴⁷ I juridisk teori er det tatt til orde for å oppstille et unntak for forbrukerkjøp, som vil omfatte tilfeller av forskuddsbetaling. Dette er imidlertid ikke avklart av Høyesterett.

¹⁴⁸ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven – kkl.) § 61.

¹⁴⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.) §§ 2 jf. 3.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»

Etter EMK artikkel 1 plikter statene å sikre en effektiv oppfyllelse av konvensjonen, noe som blant annet innebærer en plikt til å sikre borgernes eiendomsrett mot inngrep fra andre.¹⁵⁰

Konvensjonen kommer likevel kun til anvendelse dersom det foreligger et inngrep i eiendomsinteressen.¹⁵¹ Etter Pye-saken – som gjaldt den engelske hevdsregelen *adverse possession* – må det imidlertid anses klart at ekstinksjonsregler anses som inngrep i konvensjonens forstand.¹⁵²

Hvorvidt inngrepet er konvensjonsstridig beror på om inngrepet har en «akseptabel hjemmel, tjener et legitimt formål og består proporsjonalitetstesten».¹⁵³ I det videre vil det kort redegjøres for disse tre vilkårene i relasjon til overleveringskravet.

Hjemmelsvilkåret setter en skranke med hensyn til hjemmelens kvalitet, ved at hjemmelen må være tilstrekkelig tilgjengelig, presis og forutsigbar.¹⁵⁴ Det avgjørende er trolig om regelen er velkjent og etterprøvbart.¹⁵⁵ Selv om overleveringskravet bygger på et nokså svakt rettskildemessig grunnlag og har en uklar rekkevidde, har regelen festnet seg som gjeldende rett i juridisk teori. Det antas derfor at hjemmelen oppfyller konvensjonens krav.

Hvorvidt regelen har et legitimt formål beror på om den tjener samfunnsmessige interesser. I Pye-saken la EMD til grunn at statene har en særlig vid «margin of appreciation» når det gjelder gamle og komplekse regler som regulerer privatrettslige forhold.¹⁵⁶ Ettersom rettsvernsregler har som formål å motvirke kreditorsvik samt være retts teknisk enkle regler for kreditorene, vil EMD sannsynligvis være tilbakeholdne med å konstatere at overleveringskravet ikke tjener et legitimt formål. Det avgjørende blir dermed om kravet om overlevering kan anses proporsjonalt sett i lys av dette formålet.

¹⁵⁰ Osman v. The United Kingdom (87/1997/871/1083), Judgment of 28 October 1998.

¹⁵¹ Solheim (2010) s. 60.

¹⁵² J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. The United Kingdom (44302/02), Judgment of 30 August 2007.

¹⁵³ Solheim (2010) s. 75.

¹⁵⁴ The Sunday Times v. The United Kingdom (6538/74), Judgment of 26 April 1979, paragraph 49.

¹⁵⁵ Salvesen (2021) s. 181.

¹⁵⁶ Pye avsnitt 71.

Proporsjonalitetsvurderingen beror på om det er en rimelig balanse mellom formålet med inngrepet og selve inngrepet i eiendomsretten.¹⁵⁷ I lys av Pye-saken er det klart at ekstinksjonsregler i seg selv ikke anses uproporsjonale.¹⁵⁸ EMD vektla blant annet at regelen var tilgjengelig, at Pye hadde mulighet til å stoppe tidsfristen som løp etter regelen om *adverse possession*, at det ikke var avgjørende at Pye ikke mottok kompensasjon for tapet, samt at det ikke var stor ubalanse mellom rettstapet og gevinsten.¹⁵⁹ Domstolen konkluderte derfor med at reglene om *adverse possession* ikke medførte brudd på EMK P1-1.

Dersom resonnementet overføres til overleveringskravet, kan det for det første hevdes at regelen ikke er særlig tilgjengelig idet regelens rekkevidde er såpass usikker. Videre vil det kunne forekomme tilfeller der det ikke er praktisk mulig å gjennomføre en overlevering, noe som medfører at erverver ikke har en reell mulighet til å beskytte seg mot et kreditorbeslag. Det kan også påpekes at ubalansen kan bli vesentlig, ettersom erververen taper sin rett i bytte mot et usikret dividendekrav, noe som i realiteten innebærer at løseererverver ikke har mulighet til å få kompensasjon samtidig som konkursboet oppnår dobbeltdekning. Dette vil være en hard rettsvirkning å møte på et så tynt rettskildemessig grunnlag.

Ettersom norske kreditorekstinksjonsregler ikke tidligere har vært prøvd for EMD, er det vanskelig å si noe sikkert om hvordan reglene ville blitt vurdert. Sett i lys av statenes vide skjønnsmargin er det imidlertid tvilsomt om regelen er konvensjonsstridig, særlig siden den tross alt er lagt til grunn i teorien som gjeldende rett i omtrent et halvt århundre. Det er heller ikke EMDs oppgave å vurdere regelens kvalitet utover en vurdering av om den oppfyller konvensjonens krav. Som Salvesen påpeker, vil konvensjonsbrudd «trolig kun konstateres i snevre unntakstilfeller».¹⁶⁰ Det kan likevel ikke utelukkes at overleveringskravet bryter med EMK P1-1.

5.2.5 Forholdet til håndpanteregelen

I juridisk litteratur er det viet stor plass til håndpanteregelen i panteloven § 3-2, som oppstiller et krav om overlevering for å oppnå rettsvern ved pantsettelse av løsøre, ved spørsmålet om

¹⁵⁷ Draon v. France (1513/03), Judgment of 6 October 2005.

¹⁵⁸ Salvesen (2021) s. 179.

¹⁵⁹ Pye avsnitt 77-83.

¹⁶⁰ Salvesen (2021) s. 184; Marthinussen (2019) s. 173-174.

løsøreerverters kreditorvern. De øvrige rettsvernsreglene for pantsettelse av løsøre synes imidlertid å ha blitt utelatt fra vurderingen.

Reglene om underpantsettelse i pantelovens kapittel 3, åpner for pantsettelse av både driftstilbehør og varelager. Slike pantsettelser oppnår rettsvern ved registrering, og ikke ved overlevering.¹⁶¹ Rettsvernsreglene for underpantsettelse tar nettopp høyde for at noen typer løsøre ikke er ment å skulle gå ut av pantsetterens besittelse. Den samme betraktningen synes ikke å ha vært vurdert ved fastleggningen av overleveringskravet som rettsvernsakt ved løsøreervert. Dersom pantelovens regler først anvendes som argument for å oppstille en rettsvernsakt, burde disse reglene også hensynstas.

Videre har reglene om underpantsettelse utvidet adgangen til å pantsette løsøre. Kreditorer har derfor mindre grunn til å tro at det som skyldneren har i sin besittelse, faktisk kan tas dekning i. Sammenligningen mellom løsøreervert og pantsettelse av løsøre som argument for et krav om overlevering, blir dermed mindre tungtveiende.

Det kan også hevdes at det generelt vil være et mindre behov for et overleveringskrav ved løsøreervert sammenlignet med pantsettelse av løsøre. Dette skyldes at en overlevering gjerne vil være en naturlig del av et løsøreervert. Disposisjonen vil dermed etter sin art i større grad ivareta hensynet til notoritet og publisitet – i den grad man kan si at overlevering faktisk sikrer disse hensynene. Disposisjoner der en overlevering ikke er en naturlig del av avtalen, vil derimot kunne hindres ved at det oppstilles et krav om overlevering – noe HR-2021-2248-A er et godt eksempel på.

5.2.6 Forholdet mellom kontraktsretten og tingsretten

Med en funksjonell tilnærming til eiendomsrettens overgang vil det nok generelt være en større risiko for at ulike rettsområder ikke harmonerer, sammenlignet med en substansiell tilnærming. HR-2021-2248-A illustrerer hvordan overleveringskravet kan medføre dårlig koherens mellom kontraktsretten og tingsretten.

Flertallets standpunkt innebærer i realiteten at kjøperen av maskinparken måtte forsettlig brutt kontraktene med medkontrahtentene som leide anleggsmaskinene, for å kunne oppnå rettsvern. Et slikt kontraktsbrudd ville gjerne medført erstatningsansvar, og er derfor ikke ønskelig for

¹⁶¹ Panteloven § 3-6 og § 3-12.

kjøper. Løsøreerverver henvises med andre ord til å velge mellom kontraktsbrudd eller manglende rettsvern – dette synes ikke å være en særlig god løsning.

Det kan videre nevnes at det kun var mindretallet som kom med reelle forslag til hvordan en rettsvernsakt i det konkrete tilfellet kunne blitt gjennomført. Ettersom ingen av alternativene var aktuelle, blant annet som følge av kontraktsforpliktelsene, ville et krav om overlevering i prinsippet gjøre det umulig å oppnå kreditorvern i slike tilfeller. Det kan heller ikke utelukkes at dette også kan bli et hinder for andre samfunnsøkonomisk ønskelige transaksjoner. Etter min mening burde retten derfor tilstrebe koherens i formueretten.

5.2.7 Alternative løsninger

Drøftelsen overfor i punkt 5.2.1 til 5.2.6 viser at overleveringskravet verken er nødvendig eller egnet som en rettsvernsakt ved løsøreerverv. Det er heller ikke aktuelt med andre rettsvernsakter, idet realregistrering ikke ville vært praktisk gjennomførbart. Etter min mening kan kreditorenes interesser uansett bli ivaretatt i tilstrekkelig grad gjennom dekl. § 2-2 og omstøtelsesreglene.

Ved å legge større vekt på vurderingen i dekl. § 2-2, vil man i større grad kunne hindre at et kreditorbeslag undergraver eiendomsretten. Vurderingen vil i så fall bero på realiteten i disposisjonen, og skillet mellom reelle omsetningsoverdragelser og sikkerhetsstillelser er dermed sentralt. Som nevnt er det en slik tilnærming man opererer med i dansk rett.¹⁶² Riktignok vil dette i utgangspunktet være en mindre rettsteknisk enkel regel for konkursboet, men dette kan avbøtes med bevisreglene.

Den alminnelige bevisbyrden tilsier at den som hevder å ha en separatistrett i boet, har bevisbyrden.¹⁶³ Det er altså løsøreerververen som må bevise at vedkommende har krav på å få utlevert gjenstanden fra boet. Det kan videre bli innført et skjerpet beviskrav i tilfeller der overdragelsen skjer til skyldnerens nærstående, eller for andre typetilfeller der fare for kreditorsvik anses å foreligge. Vurderingen kan forenkles ytterligere til fordel for kreditorene, ved å oppstille ulike bevispresumsjoner.¹⁶⁴ Ettersom overlevering er en vanlig konsekvens ved løsøreerverv, kan det oppstilles en presumsjon om at manglende overlevering tilsier at

¹⁶² Se punkt 3.4.2.

¹⁶³ Hauge (2016) s. 46.

¹⁶⁴ Hauge (2016) s. 45; Marthinussen (2019) s. 165.

disposisjonen er illojal. Det blir dermed opp til løseerververen å bevise at disposisjonen er lojal, noe som antas å være relativt enkelt sett i lys av den teknologiske utviklingen.

Videre kan det ses hen til omstøtelsesreglene, som er utformet for å kunne fange opp illojale disposisjoner. Reglene tar hensyn til at faren for kreditorsvik er større ved overdragelser mellom nærstående, ved ekstraordinær betaling av gjeld og ved sikkerhetsstillelse av eldre gjeld.¹⁶⁵ En anvendelse av omstøtelsesreglene på bekostning av overleveringskravet, vil dermed i større grad kunne ramme disposisjoner som reelt sett innebærer kreditorsvik.

I HR-2021-2248-A var maskinparken solgt til kraftig underpris, og konkursboet kunne dermed trolig tatt beslag i kraft av at salget reelt sett var en sikkerhetsstillelse, samt ved at disposisjonen kunne blitt omstøtt som gave etter deknl. § 5-2 eller som utilbørlig etter deknl. § 5-9. Det var med andre ord ikke nødvendig med kreditorekstinksjon for at konkursboet skulle kunne ta beslag i den konkrete saken.

Ved å legge større vekt på deknl. § 2-2, bevisregler og omstøtelsesreglene, vil man kunne hindre at åpenbart lojale og ordinære overdragelser rammes av et kreditorbeslag og at konkursboet får dobbeltdekning. Disse reglene gir etter min mening samlet sett kreditorene et tilstrekkelig sterkt vern, og samsvarer bedre med det grunnleggende utgangspunktet om *først i tid, best i rett*.

5.3 Avsluttende bemerkninger

Spørsmålet om løseerververs kreditorvern er interessant både i et retthistorisk, rettskilde- og rettspolitisk perspektiv. Likevel har spørsmålet fått mer oppmerksomhet i den juridiske litteraturen enn i de norske domstolene.

Det har lenge vært den rådende rettsoppfatning i juridisk teori at det gjelder en hovedregel om overlevering for at løseerverver skal oppnå kreditorvern. Både Høyesterett og teoretikere synes å tviholde på kravet om overlevering, uten at det gis en særlig god begrunnelse. Løsningen synes derfor å ha vært lagt til grunn som følge av mangel på andre gode løsninger. Etter min oppfatning er det tungtveiende grunner som taler for at det ikke lenger kan

¹⁶⁵ Se punkt 2.3.

oppstilles et krav om overlevering som rettsvernsvilkår ved løsøreerwerb, og at prejudikatet i HR-2021-2248-A derfor burde fravikes.

For det første kan det pekes på at hensynene som ligger til grunn for overleveringskravet – særlig hensynet til notoritet – i ingen eller liten grad blir sikret ved et krav om overlevering. Ettersom overleveringskravet ikke sikrer notoritet «blir det et bevisspørsmål og poenget med notoritetskravet er dermed borte».¹⁶⁶ Videre bidrar ikke overleveringskravet til å vanskeliggjøre kreditorsvik, og det sikrer heller ikke forutberegnelighet. Overlevering er dermed en lite egnet rettsvernsakt ved løsøreerwerb, og gir etter min mening uttrykk for formalisme som er strukket for langt.

Samfunnsutviklingen har dessuten medført at avtaler kan spores elektronisk, slik at etterprøvbareheten i utgangspunkt er sikret uten overlevering. Det antas derfor at det også vil være nokså enkelt å bevise at en overdragelse er reell, dersom en tvist først skulle oppstå. Hensynet til retts teknisk enkle regler som et argument for et overleveringskrav, er derfor ikke særlig tungtveiende.

Videre tar ikke overleveringskravet høyde for den variasjonen av kontrakter som finnes i dag, enten det er forskuddsbetaling av løsøre ved netthandel eller avtaler som ikke forutsetter overlevering. Overleveringskravet hindrer dermed alminnelige og nyttige transaksjoner. Riktignok har kreditorene et behov for beskyttelse, men dette har de allerede i kraft av andre regelsett.¹⁶⁷

Overleveringskravet er med andre ord upraktisk, unødvendig og utdatert. Det er derfor, etter mitt skjønn, ikke lenger grunnlag for å oppstille et overleveringskrav som rettsvernsvilkår ved overdragelse av ikke-realregistrerbart løsøre.

¹⁶⁶ Lilleholt (1999) s. 195.

¹⁶⁷ Se punkt 5.2.7.

Litteraturliste

Litteratur

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

Berg, Borgar Høgetveit, *Beslagsretten: Kreditoranes beslagsrett i konkurransen med tredjemanns rettar*, Universitetsforlaget 2021.

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

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

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2001.

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

Hagerup, Francis, «Om tradition som betingelse for overdragelse af eiendomsretten til løsøre» inntatt i *Norsk Retstidende* 1884 s. 673-784.

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

Hauge, Hilde, «Uklar avklaring om løsøreerverters kreditorvern», *Lov og Rett* 2022 side 277-278.

Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett: fleire rettar til same formuesgode*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2018.

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

Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave, Universitetsforlaget 1999.

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

Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene – om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2. utgave, Cappelen Damm Akademisk 2019.

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk 2012.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), full Edition, edited by Christian von Bar and Eric Clive, München 2009.

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

Scheel, Herman, *Forelæsninger over norsk Tingsret*, A. W. Brøgger Boktrykkeri 1912.

Skoghøy, Jens Edvin A., «I hvilken utstrekning burde rettsoppfatninger av Høyesterett fravikes?», *Lov Sannhet Rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år 2015* s. 254-290.

Solheim, Stig Harald, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen Damm Akademisk 2010.

Torp, Carl, *Dansk Tingsret*, G. E. C. Gad 1892.

Lover og forarbeider

Norske lover og forarbeider

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

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)

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

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950

Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

NUT 1935: 1 Lov om gjeldsbrev

Svenske lover og forarbeider

Lag (1845: 50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (lösöreköpslagen)

Konsumentköplag (1990: 932)

SOU 1995: 11 Nya konsumentregler, Preskriptionstid, Garantier m.m. Borgenärsskydd

SOU 2015: 18 Lösöreköp och registerpant

Øvrig lovgivning

Sale of Goods Act (SGA) 1979

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

Code Civil des Français

Rettspraksis

Norsk rettspraksis

Rt. 1909 s. 734 *Tømmerdommen*

Rt. 1910 s. 231 *Kudommen*

Rt. 1912 s. 263 *Jernskrapdommen*

Rt. 1997 s. 1050 *Momentum*

Rt. 1998 s. 268 *Cruise Charter*

HR-2021-2248-A *Aurstad Maskin*

LB-2020-126065 *Aurstad Maskin*

TMOR-2021-16773 *Aurstad Maskin (straffedom)*

Rettspraksis fra EMD

The Sunday Times v. The United Kingdom (6538/74), Judgment of 26 April 1979

Draon v. France (1513/03), Judgment of 6 October 2005

J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. The United Kingdom (44302/02),
Judgment of 30 August 2007

Osman v. The United Kingdom (87/1997/871/1083), Judgment of 28 October 1998