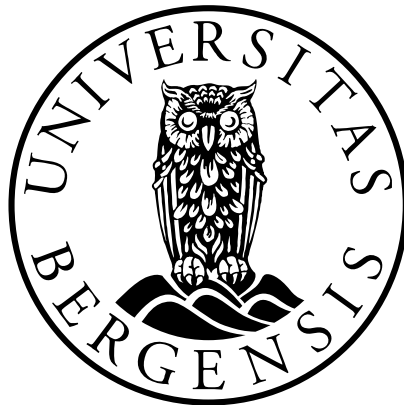


Eiendomsoverdragelse uten hjemmelsovergang

*Sikringsobligasjoner som sikkerhet for kjøperens
interesse i eiendommen*

Kandidatnummer: 47

Antall ord: 14433



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	5
1.1	Tema og problemstilling.....	5
1.2	Oppgavens bakgrunn og aktualitet	5
1.3	Nærmere om sikringsobligasjonen	7
1.4	Rettslige spørsmål ved bruk av sikringsobligasjon	8
1.5	Rettskildebildet og metodiske presiseringer.....	9
2	Panteavtalens betydning for sikringsobligasjonens omfang	12
2.1	Pantavtalen danner grunnlaget for hvilke krav obligasjonen sikrer	12
2.2	Tolking av panteavtaler	13
2.3	Sikkerhet for utbetalt kjøpesum.....	15
2.3.1	Kjøperens hevingskrav mot selgeren	15
2.3.2	Sikringsobligasjonen effektivitet i tid	16
2.4	Dekning for økonomisk tap utover betalt kjøpesum	19
2.5	Kjøperens muligheter til å forhindre tvangssalg.....	20
3	Sikringsobligasjonens rettsvern og prioritet.....	23
3.1	Problemstillingen.....	23
3.2	Sikringsobligasjonens rettsvern.....	24
3.3	Opplåning av sikringsobligasjonen med restitusjonskravet på kjøpesummen	25
3.3.1	Opptrinn og opplåning	25
3.3.2	Kreditorbeslagets krav på best ledige prioritet.....	26
3.3.3	Betydningen av luftfarts- og borettslagslovens opplåningsregler	28
3.3.4	Opplåning av sikringsobligasjonen	30
4	Konfusjon.....	34
4.1	Problemstillingen.....	34
4.2	Det historiske utgangspunkt: Pant i egen ting er en selvmotsigelse.....	35
4.3	Dagens rettstilstand.....	37
4.3.1	Eldre rettspraksis vedrørende pant i egen eiendom.....	37
4.3.2	Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey).....	38
4.4	Kjøperens «legitime interesse» i å se sikringsobligasjonen opprettholdt.....	40
5	Avsluttende refleksjoner	44
6	Kilder og litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er overdragelse av eiendomsrett til fast eiendom, uten samtidig overskjøting av hjemmelen til eiendommen. Et slikt arrangement kan ha flere formål, men som hovedregel vil det være unngåelse av dokumentavgift som medfører at *kjøperen* ikke ønsker at skjøte til eiendommen tinglyses på ham.¹ Forblir hjemmelen til eiendommen hos selger, eksponeres kjøperen for risiko fordi beslagsretten til selgerens kreditorer omfatter eiendommen. Oppgavens konkrete problemstilling er om kjøperen helt eller delvis kan sikre sin interesse i eiendommen mot selgerens kreditorer gjennom bruk av såkalte «sikringsobligasjoner».²

1.2 Oppgavens bakgrunn og aktualitet

Problemstillingens aktualitet beskrives best gjennom en introduksjon av Rt. 2012 s. 335 (heretter «Notar-dommen»), som er den mest sentrale rettsavgjørelsen på området. To eiendomsutviklere kjøpte i 2007 en eiendom av Sandum Prosjekter. Notar bistod som megler. Kjøperne hadde planer om å utvikle eiendommen for videresalg. Det ble avtalt at hjemmelen til eiendommen skulle forbli hos selger frem til videresalget til sluttkjøper, slik at kjøperne unngikk dokumentavgiften. Kjøpekontrakten sa dermed at skjøtet skulle utstedes in-blanco og deponeres hos megler frem til sluttkjøpers overtakelse, og at det skulle tinglyses en sikringsobligasjon til sikkerhet for den «til enhver tid utbetalte del av salgssummen».³ I tillegg undertegnet selgeren en generalfullmakt til fordel for kjøperne, hvor de ble gitt frie faktiske og rettslige tøyler til å disponere over eiendommen.

Etter at kjøperne overtok eiendommen og betalte kjøpesummen, slettet kartverket sikringsobligasjonen på meglerens forespørsel. Da selgeren gikk konkurs og konkursboet meddelte at eiendomsretten var ekstingvert, gikk kjøperne til erstatningssøksmål mot megleren. Etter kjøpernes syn var det uaktsomt av megler å slette sikringsobligasjonen, og

¹ Dokumentavgift utløses ved tinglysning av «dokument som overfører hjemmel til fast eiendom», jf. vedtak om særavgifter, 2016, kap. 5565 post 70 § 1, jf. dokumentavgiftsloven § 6 (1).

² «Sikringsobligasjon» er en betegnelse på en panterett i den eiendom som overdras, hvis primærformål er å gi kjøperen sikkerhet for den til enhver tid utbetalte kjøpesum til selger. Nærmere om sikringsobligasjonens innhold og funksjon i punkt 1.3.

³ Rt. 2012 s. 335 (avsnitt 3).

årsakssammenheng mellom slettingen og kjøpernes tap, fordi «sikringsobligasjonen ville – om den ikke var slettet – ha sikret kjøpernes økonomiske interesse i overdragelsen.»⁴

Et enstemmig Høyesterett fant at sikringsobligasjonen ville gitt kjøperne sikkerhet mot selgerens kreditorer i dommens avsnitt 72:

«Jeg finner det uten videre klart at en begrensning av [sikrings]obligasjonen til kun å sikre mot hjemmelshavers rettslige disposisjoner, ikke er rettslig holdbar. *Så sant vilkåret i tinglysningsloven § 23 er oppfylt, må forpliktelser som faller inn under det obligasjonen i henhold til kontrakten skal dekke, ha rettsvern i hjemmelshavers konkursbo.*» (min kursivering.)

Da kjøperne gikk til sak var rettsstilstanden vedrørende sikringsobligasjoner og deres betydning for hjemmelshavers (selgerens) kreditorer noe uavklart. Blant annet konstaterte Kredittilsynet i 2009 at «det p.t. hersker noe usikkerhet rundt spørsmålet om sikringsobligasjonens rettslige funksjon».⁵ Samtidig hadde markedet i stor grad innrettet seg etter at sikringsobligasjoner ga kjøper sikkerhet mot selgerens kreditorer i de tilfeller eiendomsretten inter partes var overdratt uten overskjøting av grunnbokshjemmel.⁶ Notar-dommen avklarer tilsynelatende rettsstilstanden; den tilsier at alle krav kjøper og selger har avtalt å være sikret i obligasjonen har sikkerhet mot selgerens kreditorer. Begrunnelsen for Høyesteretts standpunkt er imidlertid lite fyllestgjørende, og bruken av sikringsobligasjoner reiser flere problemstillinger enn det Høyesterett tok stilling til. Dette svekker dommens bidrag til avklaringen av sikringsobligasjoners rettslige funksjon. Blant annet har *Marthinussen* i 2016 – 4 år etter publiseringen av Notar-dommen – påpekt at ordningen med sikringsobligasjoner er «ulykksalig» og at en rekke advokater og eiendomsめglere feilaktig tror at obligasjonen forhindrer beslag i eiendommen.⁷ Dette har sannsynligvis sammenheng med at sikringsobligasjonen sjeldent har vært gjenstand for juridisk analyse. Det er følgelig behov for å redegjøre for de rettslige problemstillinger som oppstår for kjøperen som vil sikre sin interesse i eiendommen mot selgerens kreditorer ved bruk av sikringsobligasjoner.

⁴ Fra tingrettens dom (09-157375TVI-AHER/2) s. 6.

⁵ Kredittilsynets høringsnotat (2009) s. 8.

⁶ Se til illustrasjon faktum i Rt. 2008 s. 586 (Fagutleie) og Rt. 1999 s. 247, hvor sikringsobligasjoner ble brukt som alternativ til tinglysning av hjemmelsovergang.

⁷ *Marthinussen* (2016) s. 171. Det kan avklares først som sist at *Marthinussen* har rett i at sikringsobligasjoner ikke forhindrer beslag av kjøperens eiendomsrett; dekningsloven § 2-2 sammenholdt med forarbeidene (særlig NOU 1972:20 s. 255) forutsetter klart at kreditorenes beslagsrett – i tillegg til skyldnerens formuesgoder – omfatter tredjemanns formuesgoder dersom disse tidligere har tilhørt skyldneren og tredjemann mangler rettsvern for sitt erverv. At en panthaver kan ha visse muligheter til å forhindre tvangssalg av pantet er en annen ting, og dette behandles nedenfor i punkt 2.5.

1.3 Nærmere om sikringsobligasjonen

En sikringsobligasjon er som nevnt en panterett i fast eiendom med grunnlag i avtale mellom selger og kjøper. Ettersom «eiendomsrett til fast eiendom» kan pantsettes, jf. panteloven § 2-1, kommer sikringsobligasjonen ikke i konflikt med det panterettslige legalitetsprinsipp, jf. panteloven § 1-2 (2). Sikringsobligasjonen tinglyses som et vanlig pantedokument på eiendommen, hvor det kun fremgår hvem som er pantsetter og panthaver, og hva som er pantkravets maksimalbeløp. Da pantedokumentet ikke opplyser at det eksisterer noe skyldforhold mellom partene er obligasjonen et gjort pantedokument.⁸

I praksis er det gjerne eiendomsmegler eller oppgjørsansvarlig som er panthaver for sikringsobligasjonen, samtidig som obligasjonen hovedsakelig anvendes for å gi kjøperen sikkerhet for utbetalt kjøpesum.⁹ Dette illustreres blant annet av Norsk Eiendomsmeglerforbund sin standardkontrakt for salg av fast eiendom som er solgt «som den er» § 5 (2), hvor det er det inntatt en klausul om sikringsobligasjoner:

«Ved kontraktens underskrift utsteder selgeren et pantedokument til megler lydende på hele kjøpesummen. [...] Sikringsdokumentet tjener som sikkerhet for den til enhver tid utbetalte del av salgssummen. All utbetaling til selger før tinglysing av skjøtet finner sted, skal ha sikkerhet innenfor kjøpesummens ramme.»¹⁰

Sikringsobligasjonens sentrale formål er å beskytte kjøperen mot selgerens *kreditorer*.¹¹ Har kjøperen rettsvern for sin eiendomsrett, slik at eiendommen er utenfor kreditorens beslagssfære, er sikringsobligasjonen overflødig. Etter tinglysingsloven §§ 20 og 23 oppnår kjøperen slikt vern dagen etter at eiendomsretten er tinglyst på ham. Det er dermed i perioden fra kontraktsinngåelse til og med tinglysingsdagen at sikringsobligasjonen har realitet for kjøperen.

⁸ Jf. Falkanger LoR (2013) s. 201. Nærmere om skillet mellom gjorte og reelle panteobligasjoner i Falkanger (2013) s. 765-767.

⁹ Ettersom eiendomsmegler eller oppgjørsansvarlig vanligvis er panthaver kan obligasjonen også tenkes å sikre krav megleren skulle få mot kjøper og selger, typisk krav på vederlag eller refusjon av utgifter. Også selgerens krav på kontraktsmessig oppfyllelse fra kjøperen kan i prinsippet sikres, se eksempelvis Rt. 2008 s. 586 (Fagutleie) avsnitt 41. Oppgaven avgrenses mot slike krav; det er kjøperens krav som fokuseres på. For mer utførlig behandling, se Falkanger LoR (2013) s. 202 – 204.

¹⁰ Ordlyden hentet fra Falkanger LoR (2013) s. 197, som siterer standardkontrakten.

¹¹ Jf. Falkanger LoR (2013) s. 199 og Rosén (2008) s. 382. Det er ikke med dette sagt at sikringsobligasjonen ikke kan gjøres gjeldene mot selgerens *omsetningsserververe*. I hovedsak er det likevel urådighetserklæringen (en såkalt «tinglysingssperre») – som rett nok tinglyses som en del av pantedokumentet – som verner kjøperen mot disse.

Da kjøperen ikke har rettsvern for eiendomsretten før dagen etter tinglysing, bør han prinsipielt sett ikke betale kjøpesummen før dette tidspunktet. Realiteten vil imidlertid ofte være at kjøperen ikke kan kreve, eller i det hele tatt ønsker, at rettsvern for eiendomsretten skal være oppnådd før kjøpesummen betales. Først og fremst har ikke selger oppfordring til å gi fra seg hjemmelen til eiendommen før kjøpesummen er betalt, fordi det da er han som yter usikret kreditt.¹² For det andre kan det tenkes at selger krever forskuddsbetaling, typisk fordi kjøpet skal gjennomføres langt frem i tid og selger har behov for likviditet. Endelig kan det være ønskelig for kjøper å unngå dokumentavgiften ved bruk av et arrangement med blanco-skjøte, slik som i Notar-dommen. I slike tilfeller har kjøperen behov for sikkerhet, noe sikringsobligasjonen i større eller mindre grad kan tilby dersom den er effektiv mot selgerens kreditorer.

1.4 Rettslige spørsmål ved bruk av sikringsobligasjon

Bruk av sikringsobligasjoner reiser flere særlige rettslige problemstillinger.¹³ Hvorvidt obligasjonen sikrer kjøperens interesse i eiendommen beror på løsningene herunder.

I oppgavens punkt 2 er spørsmålet hvilke krav kjøper og selger har avtalt sikret i sikringsobligasjonen, da en forutsetning for at kjøperen skal kunne gjøre obligasjonen gjeldende mot selgerens kreditorer er at panteavtalen omfatter kjøperens krav.¹⁴

I punkt 3 er spørsmålet om sikringsobligasjonen har rettsvern mot selgerens kreditorer og om kreditorbeslaget avskjærer kjøperens muligheter til å henføre sine krav mot selger inn under

¹² Gir selger fra seg skjøtet, er eiendommen «levert», og selgeren kan bare heve dersom det er tatt «gyldig forbehold om tilbakeføring av» eiendommen, jf. dekningsloven § 7-7 (2) første setning, jf. Lilleholt (2015) s. 44. Skulle kjøper gå konkurs før kjøpesummen er betalt, har selgeren kun et dividendekrav mot kjøpers bo med mindre han har tatt hevingsforbehold.

¹³ Sikringsobligasjonen er en panterett i fast eiendom, og alle «alminnelige» panterettslige spørsmål for avtalepart i fast eiendom kan oppstå. Poenget er at oppgaven fokuserer på de problemstillinger *særlig* reiser seg ved bruk av sikringsobligasjoner.

¹⁴ De av kjøpers krav mot selger som har hjemmel i panteavtalen, vil i det følgende betegnes som «pantekravet» eller som «det underliggende forhold». Begrepet «pantekrav» brukes på samme måte som blant annet Marthinussen (2010) s. 24-25, hvor det også påpekes at andre teoretikere bruker begrepet som synonym til det beløpet pantehaveren har rett til få ut av pantet, hvilket typisk kan være lavere enn det underliggende forhold på grunn av kravet om beløpsmaksimering i panteloven § 1-4.

obligasjonen. Dette er to spørsmål som springer ut av samme faktum; at panteretten er «tom» på beslagstidspunktet.¹⁵

I punkt 4 er spørsmålet hvorvidt sikringsobligasjonen bortfaller som følge av at kjøperen har en panterett i den eiendom han erverver eiendomsretten til – såkalt *konfusjon*. Som nevnt over vil ofte eiendomsmegleren eller oppgjørsansvarlig være panthaver for obligasjonen. Problemstillingen oppstår der det ikke brukes megler eller oppgjørsansvarlig, eller der obligasjonen er transportert fra megler til kjøper.¹⁶

I punkt 5 gis det noen avsluttende refleksjoner vedrørende dagens bruk av sikringsobligasjoner.

Oppgaven vil forutsette at kjøperen kan nyte sikringsobligasjonens vern selv om det er megler eller oppgjørsansvarlig som er panthaver for obligasjonen. Juridisk teori er samstemt på at slik «utlån» av panterett må aksepteres, så fremt det ikke ligger hindringer i stiftelsesgrunnlaget for panteretten at tredjemann utnytter den.¹⁷ Spørsmålet er ikke eksplisitt avklart av Høyesterett, men i Notar-dommen bygger Høyesterett forutsetningsvis på at kjøperen er sikret i obligasjonen selv om megleren formelt er panthaver.

1.5 Rettskildebildet og metodiske presiseringer

En fellesnevner for oppgavens problemstillinger er at de må løses med utgangspunkt i ulovfestet rett som primært rettsgrunnlag. Den høyesterettspraksis som foreligger knytter seg til saker med et mer eller mindre ulikt faktum enn det oppgaven forutsetter, og avklarer dermed ikke direkte de problemstillinger oppgaven reiser. Konsekvensen av dette blir at oppgaven i stor grad må baseres på reelle hensyn, underrettspraksis og juridisk teori.

Alminnelig juridisk metode vil komme til uttrykk i de drøftelsene som gjøres i oppgaven. Rettskildebildet foranlediger imidlertid visse metodiske bemerkninger.

¹⁵ Som oppgaven kommer tilbake til; det er de krav kjøperen får mot selgeren som følge av kreditorbeslaget som sikringsobligasjonen skal sikre, hvilket innebærer at pantekravet stiftes idet beslaget tas.

¹⁶ En upublisert dom fra Nordhordland Tingrett (15-135653TVI-NOHO) er et eksempel. Her transporterte oppgjørsansvarlig sikringsobligasjonen til kjøperen etter hans oppdrag var avsluttet.

¹⁷ Jf. Falkanger (2013) s. 798-801, Lilleholt (1998) s. 723-729, Marthinussen (2010) s. 376-383, Skoghøy (2016) s. 195-196, Brækhus s. 320 og Sandvik/Krüger/Giertsen s. 220.

Hva gjelder *juridisk teori og underrettspraksis*, har disse tradisjonelt sett vært ansett som rettskilder av begrenset vekt.¹⁸ For teorien kan dette begrunnes i at forfatteren mangler demokratisk legitimitet og ikke har noe spesielt mandat til å ta standpunkt til rettsspørsmål.¹⁹ For underrettspraksis er standpunktet tradisjonelt begrunnet i publikasjonshensyn; det er tilfeldig hvilke dommer som blir publisert og kjent.²⁰ Det bør også nevnes at en sentral oppgave for Høyesterett er å korrigere kursen i de underordnede instanser, hvilket forutsetter at Høyesterett tar stilling til rettsspørsmål uavhengig av hva lagmanns- og tingretten har ment.²¹ Teoriens og underrettspraksis sin rolle som rettskilde må imidlertid ikke undermineres helt; begge kan ha en «betydelig argumentasjons- og overbevisningsverdi».²² Dette betyr at dommeren kan anse deres argumentasjon og standpunkter som overbevisende, og gjøre en tilsvarende vurdering av det samme eller lignende rettsspørsmål. En følge av dette er at teori og underrettspraksis bør få den vekt kvaliteten på argumentasjonen tilsier. I den grad masteroppgaven bruker juridisk teori eller underrettspraksis som støtte for en bestemt løsning, vil dette være i kraft av rettskildens overbevisningsverdi.

De *reelle hensyn* oppgaven tar i betraktning, vil først og fremst være vurderinger av hvilke av de ulike løsninger som gir et innholdsmessig rettferdig, fornuftig og retts teknisk godt resultat.²³ Da det som nevnt er få autoritative rettskildefaktorer som regulerer de spørsmål oppgaven reiser, vil vekten av slike hensyn få desto større vekt.²⁴ Oppgaven vil også bygge på mer «fagspesifikke» reelle hensyn.²⁵ Særlig er hensynet til usikrede kreditorer, panterettens primærformål om å virke kredittskapende og formuerettens grunnhensyn om forutberegnelighet tatt i betraktning. Det må samtidig bemerkes at oppgavens problemstillinger primært ikke knytter seg til noen *rettighetskollisjon* mellom kjøperen og selgerens kreditorer.²⁶ Dette innebærer at de formuerettslige hensyn som gjør seg gjeldene

¹⁸ Jf. Eckhoff (2001) s. 162 og 270.

¹⁹ Jf. Andenæs (2009) s. 119.

²⁰ Jf. Eckhoff (2001) s. 162.

²¹ Jf. Andenæs (2009) s. 98.

²² Jf. Andenæs (2009) s. 96-97 og 118-119.

²³ Andenæs (2009) s. 55 kaller slike reelle hensyn for «generelle rettslige vurderinger», mens Eckhoff (2001) s. 371 beskriver de som «vurderinger av resultatets godhet».

²⁴ Jf. Eckhoff (2001) s. 378.

²⁵ Om terminologien; se Andenæs (2009) s. 55.

²⁶ Selgerens kreditorer og kjøperen konkurrerer ikke om samme prioritet i eiendommen; sikringsobligasjonen forutsettes å være tinglyst senest dagen før beslaget og har dermed rettsvern. Kjøperens eiendomsrett til eiendommen er derimot utinglyst og ekstingveres/beslaglegges av kreditorene.

ved rettighetskollisjoner – særlig *notoritet* dersom konflikten står mellom hjemmelshavers omsetningsserververe og kreditorer – spiller en mindre fremtredende rolle.²⁷

²⁷ I samme retning Marthinussen (2010) s. 309.

2 Panteavtalens betydning for sikringsobligasjonens omfang

2.1 Pantavtalen danner grunnlaget for hvilke krav obligasjonen sikrer

Identifikasjon av de krav sikringsobligasjonen skal sikre beror på panteavtalen. Spørsmålet i det videre er av ren avtalerettslig karakter; hvilke krav har kjøper og selger avtalt at kjøper skal ha sikkerhet for?

Panteloven setter ingen begrensninger for hvilke krav som kan sikres med pant i fast eiendom, slik som den eksempelvis gjør med hvilke formuesgoder det kan tas pant i. Pant i fast eiendom kan dermed sikre ethvert krav som har hjemmel i pantavtalen. Spørsmålet om hvilke krav som er sikret vil bero på omstendigheter som ikke fremgår av pantedokumentet selv, all den tid dokumentet ikke opplyser om noe skyldforhold. Det er ikke krav til skriftlighet for panteavtalen, men i alminnelighet vil kjøpekontrakten gi uttrykk for hva partene har avtalt. Omfanget av andre tolkingsbidrag som belyser partenes avtale, typisk korrespondanse i forkant av kontraktsinngåelsen, kan variere. Mellom profesjonelle parter kan sikringsobligasjonen være diskutert og forhandlet frem. I forbrukertilfeller er normalsituasjonen derimot at meglere legger frem en kontrakt partene signerer uten nærmere ettertanke, fordi de legger til grunn at meglere presenterer en velfundert og balansert kjøpekontrakt.

I den følgende analysen av hvilke av kjøperens krav mot selgeren som er avtalt sikret i sikringsobligasjonen, tas det utgangspunkt i at partene i kjøpekontrakten har avtalt at sikringsobligasjonen skal «tjene til sikkerhet for den til enhver tid utbetalte kjøpesum». Denne kontraktsreguleringen er den man ser mest i praksis, både mellom forbrukere og næringsdrivende.²⁸

Punkt 2.2 behandler prinsippene for tolking av panteavtaler. I punkt 2.3 og 2.4 redegjøres det for hvilke krav som oppstår på kjøperens hånd dersom kreditorene tar beslag, og om disse har hjemmel i panteavtalen og således er sikret i obligasjonen.

²⁸ Det vises til standardkontrakten presentert i punkt 1.3 ovenfor, samt Rt. 2008 s. 586 (Fagutleie), Rt. 1999 s. 247 og Notar-dommen hvor denne formuleringen ble anvendt.

I punkt 2.5 redegjøres det for kjøperens muligheter til å stoppe et tvangssalg av eiendommen, forutsatt at sikringsobligasjonen dekker et krav mot selgeren som er tilsvarende eiendommens verdi. Dette spørsmålet knytter seg ikke til hvilke krav som er avtalt sikret under sikringsobligasjonen, men heller til rettsvirkningen av at kjøper har et sikret krav. Av fremstillingstekniske hensyn er det likevel hensiktsmessig å behandle spørsmålet her i punkt 2.

2.2 Tolkning av panteavtaler

Tolkningsprinsippene for panteavtaler må som utgangspunkt tilsvare prinsippene for alminnelig avtaletolkning. Hovedregelen er at partenes subjektive fellesforståelse er avgjørende. Denne hovedregelen trenger ingen nærmere begrunnelse enn å vise til prinsippet om avtalefrihet; det er opp til partene å bestemme hva slags forpliktelser de skal ha overfor hverandre. Eksisterer det ingen subjektiv fellesforståelse mellom partene, må man bygge på andre tolkingsregler. Først og fremst eksisterer det en ond tro-regel; dersom A kjenner eller burde kjent til at B la et annet meningsinnhold i avtalen enn vedkommende selv, legges B sin forståelse til grunn.²⁹ Kommer ingen av de to nevnte tolkingsreglene til anvendelse, legger man en objektiv forståelse av avtalen til grunn.³⁰ Dette innebærer at man ikke søker partenes mening; det avgjørende er hva «avtalens ord utsier rent sproglig».³¹

Noe som særpreger panteavtaler er deres ringvirkninger for tredjemenn. Med tredjemenn menes de kreditorer som har pant på etterstående prioritet, og de som ikke har betinget seg pant – såkalte usikrede kreditorer – som må anvende beslagsretten for å få dekning for sine krav. Panteavtalen stifter ingen rettigheter eller plikter for disse, og er således ingen tredjemannsavtale. Virkningen av pant er imidlertid at skyldnerens midler forbeholdes panthaveren, slik at tredjemenn direkte påvirkes av hvor utvidende eller innskrenkende panteavtalen tolkes. Spørsmålet i det videre er om partenes subjektive forståelse av avtalen kan legges til grunn overfor tredjemenn, eller om tredjemann kan kreve at panteavtalen fortolkes objektivt.

²⁹ Ond tro-regelen omfatter både positiv kunnskap (dolus/svik) og culpa-tilfellene, og regelen er ikke betinget av at den part som er i ond tro kjente meningsinnholdet til den andre part; det er tilstrekkelig at han er i «ond tro med hensyn til det forhold at medkontrahentens mening avviker fra partens egen mening», jf. Huser (1983) s. 418. Begrunnelsen for regelen er at det er klanderverdig av den part som er i ond tro å ikke besørge at partene oppnår en subjektiv fellesforståelse.

³⁰ Jf. blant annet Rt. 1997 s. 160 på s. 167.

³¹ Jf. Brækhus (2005) s. 328.

Har partene en felles forståelse som avviker *innskrenkede* fra kontraktens objektive innhold, er det ingen grunn til å fravike denne da verken partene eller tredjemenn berøres negativt. Noe annet er at tredjemenn ikke bør være bundet av en subjektiv fellesforståelse hos partene som gir panthaveren en *videre* panterett enn det panteavtalen objektivt sett tilsier. I Rt. 2002 s. 1155 uttalte Høyesterett at «tredjeparter [ofte] må forholde seg til avtalte rettigheter, enten i forbindelse med garanti- eller sikkerhetsstillelse eller ved overdragelser, for eksempel av fast eiendom med tilknyttede utleieavtaler», og at «hensynet til tredjeparter taler for en objektiv fortolkning basert på avtalens tekst».³² Saken gjaldt tolking av en utleieavtale og om denne ga hjemmel for fremleie til høyere pris enn utleieavtalen. Høyesteretts uttalelse har imidlertid en generell karakter og bør få overføringsverdi når tolkningsprinsippene for panteavtaler skal kartlegges.

Også teorien hevder at hensynet til tredjemenn begrenser partenes muligheter til å påberope hovedregelen om subjektiv fellesforståelse til kreditorenes ugunst. *Brækhus* skriver at partenes fellesforståelse ikke kan «gjøres gjeldene overfor eierens kreditorer dersom dette betyr en utvidelse av panteretten; det ville være det samme som å gi rettsvern til en muntlig, utinglyst tilleggs- eller endringsavtale».³³ *Huser* tar en annen tilnærming til spørsmålet, men kommer til lignende konklusjon; han sier at de usikrede kreditorene må «trekkes inn på linje med partene ved fastleggingen av hvilket avtaleinnhold som skal gjelde i forhold til ham selv».³⁴

Brækhus synes å gå noe lenger enn både *Huser* og Høyesterett i Rt. 2002 s. 1155. *Brækhus* oppstiller en unntaksfri regel om at partenes subjektive mening må sees bort i fra dersom den innebærer utvidelse av panteretten. *Huser* forholder seg derimot til de tradisjonelle regler for avtaletolkning og utgangspunktet om partenes subjektive fellesforståelse, men slik at hensynet til tredjemenn ivaretas ved at deres subjektive forståelse av avtaleinnholdet tillegges vekt. I praksis vil resultatet etter *Brækhus* og *Husers* tilnærming som oftest sammenfalle. Det hører til sjeldenhetene at tredjemenn som berøres av panteavtalen deler pantsetters og panthavers forståelse om at panteretten er videre enn panteavtalens ordlyd, eller er i ond tro om pantsetter og panthavers forståelse. Fordelen med *Husers* løsning er imidlertid at han stenger for at tredjemenn som har eller burde hatt kunnskap om at panteretten var ment videre enn kontraktens ordlyd, kan vinne rett på sin onde tro. *Husers* løsning synes også å ha støtte i Rt.

³² Rt. 2002 s. 1155 på s. 1159.

³³ *Brækhus* (2005) s. 329.

³⁴ *Huser* (1983) s. 397.

2002 s. 1155, hvor det påpekes at hensynet til tredjemenn kun «taler» for en objektiv fortolkning.

Konklusjonen på spørsmålet om tredjemenn må respektere en subjektiv fellesforståelse hos pantsetter og panthaver, dersom forståelsen innebærer en videre panterett enn det pantavtalen tilsier objektivt, er dermed: Man først vurderer hvorvidt de tredjemenn som berøres av panteavtalen delte pantsetters og panthavers subjektive fellesforståelse. Foreligger ingen slik fellesforståelse, vurderer man hvorvidt de tredjemenn som berøres var i ond tro om panthavers og pantsetters forståelse. Dersom hverken en subjektiv fellesforståelse eller ond tro kan konstateres – hvilket vil som oftest vil være tilfellet – fortolker man panteavtalen objektivt.

2.3 Sikkerhet for utbetalt kjøpesum

2.3.1 Kjøperens hevingskrav mot selgeren

En forutsetning for at kjøperen har sikkerhet i sikringsobligasjonen er at det krav som er avtalt at obligasjonen skal sikre, faktisk eksisterer og er reelt. Dersom kjøpekontrakten sier at sikringsobligasjonen skal stå som sikkerhet for den til enhver tid «utbetalte del av kjøpesummen», er det primært kjøperens hevingskrav mot selger som er avtalt sikret. Heving gir nemlig partene et krav på restitusjon av ytelsene dersom avtalen helt eller delvis er oppfylt.³⁵ Det er etterfølgende rettsmangel som er grunnlaget for kravet; etter inngåelsen av kjøpekontrakten stiftes det rettigheter i eiendommen slik kjøperen ikke får den rett til eiendommen overfor tredjemenn som avtalen legger til grunn.

Hva gjelder *utlegg*, sier avhendingsloven § 4-17 (1) at det innebærer en mangel dersom tredjeperson har «eigedommsrett, panterett eller annen rett i eiendommen», så frem det ikke følger av avtalen tredjemanns rett følger med eiendommen. Utlegg kan muligens gå under ordlyden «panterett», selv om det nok her i hovedsak er ment avtalepant. Eventuelt kan utlegget anses som en «annan rett i eiendommen», selv om forarbeidene ikke eksplisitt nevner utlegg som en slik rett.³⁶ Uansett vil det gjerne være kontraktsfestet at eiendommen skal

³⁵ Jf. Avhendingsloven § 4-4 (2).

³⁶ Se Ot.prp.nr.66 (1990-1991) s. 114, som for øvrig nevner andre retter i eiendommen som ikke er stiftet etter avtale med eieren, som for eksempel lovfestet odelsrett.

avhendes til kjøper fri for heftelser, og dersom utlegg er tatt vil ikke eiendommen være i samsvar med «dei krav [...] som fyljer av avtala», jf. avhendingsloven § 3-1.

Vilkåret for at heving kan gjøres gjeldende som misligholdsbeføyelse, er at misligholdet er vesentlig, jf. avhendingsloven § 4-13 (1). Etter rettspraksis er vesentlighetskriteriet nådd dersom misligholdet etter en helhetlig vurdering er av en slik karakter at det gir kreditor «rimelig grunn for [...] å si seg løst fra kontrakten».³⁷ Man må i alminnelighet gå ut fra at et utlegg innebærer en så omfattende mangel for kjøperen at han har hevingsrett, da utlegget kan resultere i et tvangssalg av eiendommen.

Skulle selgeren gå *konkurs* før skjøtet er tinglyst på kjøperen, er konkursbeslaget en heftelse som gjør at kjøperen ikke får avtalt rett til eiendommen. Konkursboet har overtatt skyldnerens rettsstilling overfor tredjemenn, og det er konkursboet hevingskravet må rettes mot. Hjemmelen for kravet følger av dekningsloven. Siden beslag innebærer at konkursboet ikke oppfyller kjøpsavtalen ved å utstede et heftelsesfritt skjøte, benytter ikke boet seg av muligheten for å tre inn i skyldnerens (selgerens) avtaler, jf. dekningsloven § 7-3 (1). Medkontrahenten (kjøperen) har da rett til å «heve avtalen» etter § 7-7 (1). Er kjøpesummen allerede betalt, vil kjøperen måtte nøye seg med dividende av restitusjonskravet dersom kravet ikke er pantesikret.

2.3.2 Sikringsobligasjonen effektivitet i tid

Normalsituasjonen ved eiendomsoverdragelse er at overføring av grunnbokshjemmel, bruksovertakelse og betaling av kjøpesum skjer noenlunde samtidig. I en slik «overgangsfase» av eiendomsretten, må det hevingskrav som oppstår på kjøperens hånd ved beslag ha sikkerhet dersom ordlyden «sikkerhet for utbetalt kjøpesum» er brukt.

Dersom partene fraviker denne normalsituasjonen, slik at hjemmelen til eiendommen forblir hos selger i et lengre tidsrom etter oppgjør, oppstår spørsmålet om hvor lenge i tid sikringsobligasjonen gir kjøperen sikkerhet for hevingskravet.

Bruker partene et arrangement med blanco-skjøte og sikringsobligasjon, vil det normalt være selgers og kjøpers forutsetning at *eiendomsretten ikke skal tinglyses før eiendommen er videresolgt*. Utgangspunktet er da at partene har en subjektiv fellesforståelse om at

³⁷ Jf. Hagstrøm (2011) s. 428, med henvisning til Rt. 1998 s. 1510, Rt. 1999 s. 408 og Rt. 2010 s. 710 som alle gjelder heving i forbindelse med kjøp av fast eiendom eller borettslagsandel.

sikringsobligasjonen er effektiv helt frem til skjøte tinglyses på sluttkjøper. Problemet er imidlertid at en slik subjektiv fellesforståelse, som nevnt ovenfor, i alminnelighet ikke kan legges til grunn overfor selgerens kreditorer. Dersom kjøper og selger ikke formulerer en tilstrekkelig klar ordlyd om at sikringsobligasjonen skal verne kjøper helt frem til eiendomsretten er tinglyst på sluttkjøper, vil kjøperen være eksponert for risiko fra selger kreditorer.

I en upublisert dom fra Fredrikstad tingrett i 2013 sa kjøpekontrakten at «kjøper skal selge eiendommen videre om *ikke alt for lang tid* [og] skjøtet [vil] ikke bli tinglyst, men overleveres kjøper mot betaling».³⁸ Sikringsobligasjon som sikkerhet «mot at eiendommen beheftes i kjøpers eietid» var tinglyst. Det tok lengre tid enn forutsatt å videreselge eiendommen, og selgerens kreditorer tok utlegg i mellomtiden. Tingretten la til grunn at partenes intensjon var at obligasjonen skulle sikre mot selgerens kreditorer helt frem til videresalg. Retten konkluderte likevel med at kjøperen ikke kunne påberope seg sikringsobligasjonen, fordi kjøpekontraktens ordlyd var uklar på om obligasjonen i tid var ment å være effektiv for kjøpesummen utover en overgangsfase av eiendomsretten. Dommen er i tråd med utgangspunktet om at panthaver og pantsetters subjektive fellesforståelse ikke kan gjøres gjeldende overfor tredjemann, og den har god argumentasjonsverdi. Kjøpere og selgere som planlegger å la sikringsobligasjonen stå som sikringsinstrument for kjøperens interesse i eiendommen frem til videresalg, uansett hvor lang tid dette skulle ta, må derfor sørge for å få klarhet i denne intensjonen i kontrakten.

Om det derimot *ikke* var selgers og kjøpers forutsetning at skjøtet skulle bli liggende utinglyst hos kjøperen og sikre han mot kreditorene helt frem til videresalg, er det vanskelig å se at kjøper har noe hevingskrav mot selgeren ved kreditorbeslag. I en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett solgte A en eiendom til B, og skjøtet ble liggende utinglyst hos B i to år.³⁹ Da kemneren krevde tvangssalg som følge av utlegg i eiendommen, påberopte B den sikringsobligasjonen som var benyttet to år tidligere, og som fortsatt heftet på eiendommen. B erkjente at kjøpsavtalen var gjennomført idet han fikk skjøte til eiendommen, men anførte at sikringsobligasjonen likevel ga ham dekning for den utbetalte kjøpesum. Lagmannsretten uttalte:

³⁸ Dom avsagt 11. februar 2013 i Fredrikstad tingrett med saksnummer 12-149531TVI-FRED.

³⁹ LB-2005-175564.

«Som nevnt av tingretten skal en slik obligasjon i utgangspunktet sikre kjøper og kjøpers långiver i tiden fra innbetaling av kjøpesummen til tinglysing av kjøpers hjemmel. *I denne sak har kjøper opplyst at selger og kjøper har gjennomført handelen, og kjøper har fått skjøte. Kjøperen har hatt mulighet for å tinglyse sin hjemmel.* Det er da vanskelig å forstå grunnlaget for anførselen om at sikkerhetsobligasjonen er effektiv for kjøpesummen. Det forhold at kjøper ventet i over to år med å tinglyse sin hjemmel, og selgers kreditor i mellomtiden fikk tinglyst et utlegg i eiendommen, kan etter lagmannsrettens oppfatning ikke lede til at kjøper har noe krav som kan anses sikret i obligasjonen» (min kursivering.)

Dommen illustrerer at sikringsobligasjoner ikke vil være effektive for kjøpesummen dersom selger har gjennomført alle sine forpliktelser etter kontrakten ved å gi kjøperen den fysiske rådigheten over eiendommen samt å overlevere skjøte. Poenget er at kreditorbeslaget ikke vil skrive seg fra noe mislighold fra selger, slik at det er kjøpers risiko om eiendommen blir beheftet med utlegg.

Dommen er også vist til av Kredittilsynet i forbindelse med deres høringsnotat om forslag til endringer i eiendomsmeglingsloven og –forskriften. Her tas den til inntekt for at domstolene muligens «vil trekke opp en grense for hvor lang tid det kan gå fra handelen gjennomføres til skjøtet tinglyses».⁴⁰ Dette kan tolkes som at Kredittilsynet på generelt grunnlag mener at kjøper ikke kan sitte med skjøtet utinglyst over lengre tid med sikkerhet i panteretten. Dette synes å være i overkant mye å trekke ut av dommen. Poenget i dommen var at kjøperen ikke hadde noe *krav* mot selger, og dermed heller ikke kunne gjøre sikringsobligasjonen effektiv. Dette innebærer ikke at *panteretten* som sådan faller bort dersom det er gått lang tid fra den tinglyses. Så fremt det uomtvistelig er kontraktsfestet at skjøtet skal ligge utinglyst hos selger frem til videresalg, og at obligasjonen skal sikre selgeren i denne perioden, må dette være greit. Det støttes for så vidt av Notar-dommen, hvor det gikk 16 måneder og tre uker mellom kjøpet av eiendommen og videresalget. Høyesterett la her til grunn at sikringsobligasjonen ville gitt kjøperne vern mot selgerens kreditorer i hele perioden, dersom den ikke var slettet av eiendomsmegleren.⁴¹

⁴⁰ Kredittilsynets høringsnotat (2009) s. 8.

⁴¹ Rt. 2012 s. 335 avsnitt 72 og 73.

2.4 Dekning for økonomisk tap utover betalt kjøpesum

Det er konkludert med at ordlyden «til sikkerhet for den til enhver tid utbetalte del av kjøpesummen» i alminnelighet vil gi kjøperen sikkerhet for kjøpesummen. Kjøperen kan imidlertid ha lidt økonomisk tap utover den kjøpesum som er betalt, og spørsmålet er om slike tap også er sikret i obligasjonen.

For det første vil kjøper ofte ha kostnader i forbindelse med kontraktsforberedelsen og kontraktsinngåelsen, typisk utgifter til advokatbistand. Dersom formuleringen «sikkerhet for utbetalt kjøpesum» er brukt, vil ikke denne type tap være sikret i obligasjonen. Det er usikkert om kjøperen i det hele tatt har et erstatningskrav mot selgeren for slikt tap, da dekning for den *negative kontraktsinteresse* – tapsdekning «som stiller kreditor økonomisk som om avtalen ikke var inngått» – som hovedregel kun kan kreves dersom kontrakten er *ugyldig*.⁴² Rettspraksis har riktignok åpnet for at «klanderverdig» forhold ved avtaleinngåelsen kan gi grunnlag for slik erstatning selv ved gyldig inngåtte avtaler.⁴³ Dette har likevel intet å gjøre med hva selger og kjøper har avtalt at skal være sikret under panteretten. Tolkingsutgangspunktene som er nevnt i punkt 2.2 må her slå inn; hensynet til selgerens kreditorer tilsier at kontrakten ikke kan tolkes vidt på dette punkt. Kjøperen er da begrenset til å henføre restitusjonskravet for kjøpesummen inn under sikringsobligasjonen.

For det andre kan kjøper ha lidt tap knyttet til den *positive kontraktsinteresse* – altså tap i årsakssammenheng med at kontrakten ikke oppfylles som forutsatt. Det kan særlig tenkes at det har gått tid mellom kjøpet av eiendommen og beslaget, slik at eiendommen har steget i verdi som følge av markedsendringer. Kjøper kan også ha økt verdien gjennom investeringer i eiendommen. Endelig kan det tenkes at kjøper har forpliktet seg over for tredjeparter i tillitt til kontrakten. Krav i forbindelse med slike tap kan av hensyn til de usikrede kreditorene ikke kreves dekket i sikringsobligasjonen hvis man bare har avtalt sikkerhet for utbetalt kjøpesum. Dette støttes av Notar-dommen hvor det ble anført at eiendommens verdi på beslagstidspunktet hadde sikkerhet i sikringsobligasjonen. Til dette svarte Høyesterett:

«Det heter om dette i kontrakten punkt 5 tredje avsnitt tredje punktum at den «tjener som sikkerhet for den til enhver tid utbetalte del av salgssummen». Ordlyden tilsier etter min mening at det kun er tap av

⁴² Jf. Hagstrøm (2011) s. 540.

⁴³ Jf. Rt. 2002 s. 1110 på s. 1121.

kjøpesummen for seksjonene som skal gis dekning. Dette betyr at tap av den merverdi som ble skapt ved videreutvikling av seksjonene fra næring til bolig, ikke faller inn under dekningsområdet.»⁴⁴

Notar-dommen viser imidlertid at dersom panteavtalen er utformet slik at verdistigningen på eiendommen er omfattet, så bør dette aksepteres. Standpunktet har også støtte i juridisk teori.⁴⁵

Avslutningsvis påpekes det at panteloven § 1-4 (1) krever et fastsatt «høyestebeløp for pantekravet» for at panteretten skal få rettsvern. Dette innebærer at kjøperen aldri kan få dekket et høyere beløp enn tinglyst beløp for pantekravet. En forutsetning for at kjøperen har sikkerhet for både restitusjonskravet på kjøpesummen og erstatning for tap som følge av verdistigning på eiendommen, er dermed at partene har tinglyst et tilstrekkelig høyt maksimalbeløp for panteretten. Praksis synes å være at pantekravets maksbeløp settes tilsvarende kjøpesummen.⁴⁶

2.5 Kjøperens muligheter til å forhindre tvangssalg

Dersom panteavtalen er utformet slik at sikringsobligasjonen sikrer et så høyt beløp at det ikke er dekningsutsikter for utleggstakere eller konkursboet, oppstår spørsmålet om kjøperen kan forhindre tvangsrealisering av eiendommen dersom selgers kreditorer tar beslag.

Utlegg behandles først, og det rettslige utgangspunktet er dekningsprinsippet i tvangsfullbyrdelsesloven § 11-20 (1):

«Salget kan bare gjennomføres dersom alle heftelser med bedre prioritet enn saksøkerens krav blir dekket».

Utleggstakeren («saksøkeren») kan altså ikke kreve eiendommen solgt med mindre det er penger igjen etter at kjøperens krav («heftelse med bedre prioritet») er dekket. Dette skulle bety at den kjøper som har sikret et krav tilsvarende eiendommens salgsverdi – altså et hevingskrav for kjøpesummen pluss et erstatningskrav for verdistigning – vil være sikret mot tvangsrealisering fra utleggstakere.

⁴⁴ Rt. 2012 s. 335 avsnitt 98.

⁴⁵ Se Rosén (2008) s. 386.

⁴⁶ Se standardkontrakten nevnt i punkt 1.3 over og faktum i Notar-dommen.

Det følger imidlertid av bestemmelsens annet ledd siste punktum at «retten skal heve saken dersom den finner det *klart* at det ikke kan oppnås bud som tilfredsstillende» dekningsprinsippet. I juridisk teori er dette formulert som at adgangen til å stoppe et tvangssalg er begrenset til de klare tilfeller.⁴⁷ Et eksempel finnes i LE-2004-57225, hvor retten uttalte at «den usikkerhet som er knyttet til eiendommens verdi og til den fordring som skal sikres, medfører at det ikke er grunnlag for å nekte tvangssalget fremmet nå.»

En ting er at omfanget av kravet som kan henføres under sikringsobligasjonen kan være noe uklart og diskutabelt, herunder om panteavtalen er tilstrekkelig klar på om tap utover betalt kjøpesum er sikret. Viktigere er kanskje det andre moment – eiendommens verdi – fordi man i dagens eiendomsmarked ser hurtig prisvekst. Det kan riktignok tenkes at panterettens maksbeløp er satt fiktivt høyt, og at sikringsobligasjonen etter panteavtalen skal gi sikkerhet for verdistigningen på eiendommen. I praksis er imidlertid realitetene ofte motsatt. Som nevnt i punkt 2.4 ovenfor, blir sikringsobligasjonens maksbeløp ofte satt tilsvarende kjøpesummen, og i kjøpekontrakten avtales det at det er den innbetalte sum som skal sikres. Det vil da være svært vanskelig for kjøper å overbevise retten om at dekningsprinsippet står i veien for tvangsrealisering; tvert imot vil det være relativt klart at dekningsprinsippet *ikke* forhindrer tvangssalg.

Skulle selgeren gå *konkurs*, beslaglegges eiendommen av selgerens kreditorer og realiseres på den måte som antas å ville gi størst utbytte, jf. konkursloven § 117. Etter salget kan man fastslå hvor høyt beløp kjøperen kan få dekket under sikringsobligasjonen. Spørsmålet er om boet kan kreve tvangssalg dersom panteretten sikrer eiendommens fulle verdi.

Etter konkursloven § 117a, har boet rett til å selge overbeheftede eiendeler dersom: 1) salget skjer sammen med andre eiendeler og det forventes at et samlet salg vil gi større utbytte enn om eiendelene var solgt separat, og 2) dersom salget skjer som ledd i en samlet overdragelse av virksomhet med sikte på fortsatt drift etter konkursen. Dersom konkursloven § 117a ikke er aktuell – hvilket jeg i det videre forutsetter at den ikke er – får dekningsloven § 8-15 anvendelse. Bestemmelsen har sin praktiske betydning i de tilfeller boet ikke har salgsrett etter konkursloven § 117a.⁴⁸

⁴⁷ Jf. Falkanger (2008) s. 753.

⁴⁸ Jf. Madsen (2015) s. 401.

Av dekningsloven § 8-15 (1) følger det at boet når som helst kan selge skyldnerens pantebeheftede eiendeler. Begrunnelsen er at boet kan ha interesse i å få avklart verdien av pantet for å få fastslått om det er midler som skal tilfalle boet.⁴⁹ Viktige unntak er imidlertid opplistet i bestemmelsens andre ledd:

«Uten samtykke av de rettighetshavere i pantet som i tilfelle vil bli berørt, kan salg som nevnt i første ledd likevel ikke gjennomføres når det viser seg at boet ikke vil få noen andel av salgsutbyttet [...]. Første punktum gjelder ikke dersom boet krever tvangssalg for å inndrive lovbestemt pant etter panteloven § 6-4«.

Dersom sikringspantet dekker både kjøpesum og verdistigning, er utgangspunktet at hele eiendommens verdi er beheftet med pant. Boet vil da ikke få noen «andel av salgsutbyttet». Boets rett til å kreve tvangssalg for å dekke boomkostninger innebærer imidlertid at kjøperen ikke kan føle seg helt trygg mot tvangsrealisering. Av panteloven § 6-4 (1) følger det at:

«Konkursboet har lovbestemt pant i ethvert formuesgode beheftet med pant som tilhører skyldneren på konkursåpningstidspunktet og som kan være gjenstand for utlegg eller konkursbeslag. [...] Panteretten utgjør fem prosent av formuesgodets beregnede verdi eller av det et salg av formuesgodet innbringer, men maksimalt 700 ganger rettsgebyret i hvert realregistrerte panteobjekt. Panteretten går foran annet lovbestemt pant og alle andre heftelser i formuesgodet. Panteretten kan bare benyttes til å dekke nødvendige boomkostninger».

Bestemmelsens ord «tilhører» bør etter systembetraktninger tolkes harmonerende med «tilhører»-vilkåret i dekningslovens § 2-2. Eiendommen «tilhører» dermed selger fordi kjøper ikke har oppnådd rettsvern, og den er omfattet av boets legalpant. Selv om boet kun kan kreve dekning for «nødvendige boomkostninger», er det viktig å være oppmerksom på at boet kan beslutte tvangssalg selv om størrelsen på boomkostningene ikke er avklart.⁵⁰ Boet kan dermed kreve tvangssalg før det er bragt på det rene om legalpanteretten i eiendommen er nødvendig for å dekke boets omkostninger.⁵¹ At *Røsæg* uttaler at «beslag blir uaktuelt» fordi eiendommen ikke vil ha noen økonomisk verdi for konkursboet dersom den er beheftet med en sikringsobligasjon, er derfor ikke helt presist.⁵²

⁴⁹ Jf. Madsen (2015) s. 402.

⁵⁰ Jf. Rt. 2012 s. 782.

⁵¹ Det må imidlertid påpekes at pantkøperen kan innløse boets panterett og unngå tvangssalg dersom innløsningssummen betales frivillig innen en frist fastsatt av tingretten, jf. dekningsloven § 8-15 (1) og (5).

⁵² *Røsæg* (2010) s. 265.

3 Sikringsobligasjonens rettsvern og prioritet

3.1 Problemstillingen

Dersom en tinglyst panterrett sikrer et fremtidig pantekrav og det tas beslag samtidig med eller før oppstandelsen av kravet – hvilket er tilfelle for sikringsobligasjonen fordi kjøperens krav stiftes som en følge av beslaget⁵³ – oppstår to rettslige problemstillinger. Det første spørsmålet er om sikringsobligasjonen har *rettsvern* fra tinglysningstidspunktet, eller om tinglysingen først er virksom fra da pantekravet oppstår. Sistnevnte vil innebære at kreditorene ekstingverer obligasjonen, jf. tinglysingsloven §§ 20 og 23.⁵⁴ For det andre er spørsmålet om beslaget avskjærer panthaverens muligheter til å *opplåne* obligasjonen med det pantekrav som i tid har oppstått etter beslaget.⁵⁵

Den innledningsvis nevnte Notar-dommen synes å avklare begge spørsmålene gjennom uttalelsen i avsnitt 72: «så sant vilkåret i tinglysingsloven § 23 er oppfylt, må forpliktelser som faller inn under det obligasjonen i henhold til kontrakten skal dekke, ha rettsvern i hjemmelshavers konkursbo». Uttalelsen tilsier at obligasjonen har rettsvern dersom den er tinglyst senest dagen før beslaget («vilkåret i tinglysingsloven § 23 er oppfylt»), og den problematiserer ikke at obligasjonen sikrer et krav som i tid oppstår etter konkursbeslaget. Høyesterett gir imidlertid ingen begrunnelse for sin uttalelse, hvilket nødvendiggjør en analyse av Høyesteretts konklusjoner og hvorvidt disse kan legges til grunn som gjeldende rett.

Punkt 3.2 tar stilling til spørsmålet om sikringsobligasjonens rettsvern, mens punkt 3.3 redegjør for opplåningsspørsmålet.

⁵³ Kjøperens pantekrav på tilbakebetaling av kjøpesummen stiftes idet «boet erklærer ekstinksjon» av eiendommen, jf. Rósen (2008) s. 384.

⁵⁴ Disse bestemmelser krever som nevnt at rettsvernet er i orden senest dagen før beslaget.

⁵⁵ Problemstillingene har unektelig svært store likheter. For enkelthets skyld kan man si at spørsmålet om *ekstinksjon* av obligasjonen knytter seg til etableringen av prioritetsrekkefølgen, mens spørsmålet om *opplåning* knytter seg til foranstående panthavers muligheter for å nyttiggjøre seg av sin rettsvernede panterett.

3.2 Sikringsobligasjonens rettsvern

Det legges til grunn som sikker rett at panteretter får rettsvern fra (dagen etter) tinglysingstidspunktet, uavhengig av om det underliggende forhold er etablert eller ikke. Etter dette tidspunkt er obligasjonen ikke gjenstand for kreditorekstinksjon. Noen omfattende redegjørelse for spørsmålet er derfor ikke nødvendig. Det skal likevel gis en kort forklaring for hvorfor slik forhåndstinglysing godtas.

Spørsmålet om panteretter får rettsvern fra tinglysingstidspunktet eller fra tidspunktet for stiftelsen for pantekravet, er i realiteten et spørsmål om når sikringsobligasjonen kan anses for å være stiftet. Siden tinglysing ikke reparerer materielle feil ved det underliggende privatrettslige forhold, vil tinglysingen først være virksom fra tidspunktet for stiftelsen av pantekravet dersom man forutsetter at panteretter ikke kan stiftes uavhengig av det krav den sikrer.⁵⁶ Rettskildebildet taler imidlertid klart for at panteavtalen i seg selv er tilstrekkelig for at panteretten er stiftet. Det kan riktignok vises til at *Skoghøy*, med henvisning til legaldefinisjonen av pant i pantelovens § 1-1, påpeker at panteretten er uløselig knyttet til pantekravet slik at «en panterett uten noe underliggende forhold [ikke gir] noen mening».⁵⁷ Det følger av imidlertid av forarbeidene til panteloven at definisjonen kun «tar sikte på å gi en generell karakteristik av området for loven og å vise sammenhengen mellom 3 av dens mest sentrale begreper», og det er derfor liten grunn til å legge særlig mye i pantelovens definisjon av panterett.⁵⁸ Videre er det fast og langvarig bankpraksis at panteretter etableres og tinglyses før lånet utbetales. I slike tilfeller er det ikke tvilsomt at rettsvernet regnes fra tinglysningen.⁵⁹ Endelig er det – som punkt 3.3 nedenfor redegjør for – adgang for å låne opp panteretter med bibehold av tinglyst prioritet, jf. luftfartsloven § 3-30 (1) og borettslagsloven § 6-10 (1) og Rt. 1994 s. 775.⁶⁰ Skal en slik opplåningsadgang gi mening, er det en nødvendig forutsetning at

⁵⁶ Sml. tinglysingsloven § 27 (3) som forutsetningsvis sier at tinglysningen av en ugyldig stiftet rettighet hvor ugyldigheten senere blir reparert, er virksom fra det tidspunkt ugyldigheten bortfaller og ikke fra tinglysningstidspunktet. Se også Marthinussen (2010) s. 277.

⁵⁷ *Skoghøy* (2016) s. 51.

⁵⁸ Jf. ot.prp.nr.39 (1977-1978) s. 77.

⁵⁹ Jf. Marthinussen (2010) s. 279 og Arnholm (1976) s. 174.

⁶⁰ Rt. 1994 s. 775 (*Yousuf*) uttaler på s. 780 at «for fremtidige krav som er sikret under et skadesløsbrev eller en gjort pantobligasjon, er utgangspunktet at prioriteten i forhold til kolliderende rettsstiftelser regnes fra rettsvernstidspunktet».

panteretten ikke er gjenstand for ekstinksjon. Med hensyn til stiftelse kan dermed panteretter betegnes som selvstendige og ikke aksessorisk med det underliggende krav.⁶¹

3.3 Opplåning av sikringsobligasjonen med restitusjonskravet på kjøpesummen

3.3.1 Opptrinn og opplåning

Selv om panteretter får rettsvern uavhengig av tidspunktet for pantekravets oppstandelse, er det ingen automatikk i at panthaveren kan gjøre panteretten effektiv for et krav som i tid oppstår etter kreditorbeslag. Hovedregelen i tingsretten er at rettigheter som stiftes i et formuesgode legger bånd på best ledige prioritet. En konsekvens av dette er at i den grad en rettighet på foranstående prioritet bortfaller, vil etterstående rettighetshavere få *opptrinnsrett*.⁶² For panteretter er tilfellet ofte at panteretten og pantekravet ikke er av tilsvarende størrelser; panteretten kan være avtalt og tinglyst før pantekravet har oppstått eller pantekravet kan være helt eller delvis innfridd. Foreligger slik «ledig plass» i panteretten på beslagstidspunktet, oppstår spørsmålet om kreditorene beslaglegger (rykker inn i) denne plassen eller om panthaveren kan benytte den for pantekrav som ikke har oppstått på beslagstidspunktet («opplåning»)⁶³ Sagt på en annen måte; avskjærer beslaget panthaverens muligheter til å henføre pantekravet inn under panteretten?

For pant i fast eiendom – herunder sikringsobligasjoner – er opplåning ikke lovregulert. Konklusjonen må derfor bero på det dekningsrettslige prinsipp om at utleggstaker skal ha best ledige prioritet og opplåningsbestemmelsene i luftfarts- og borettslagsloven. Disse behandles i punkt 3.3.2. I punkt 3.3.3 drøftes det hvilken vekt disse rettskildene har for panteretter i fast eiendom, herunder sikringsobligasjoner. I punkt 3.3.4 vurderes sikringsobligasjonen i lys av de rettslige utgangspunkter som er redegjort for i punkt 3.3.2 og 3.3.3.

⁶¹ Terminologien «selvstendig» og «aksessorisk» panterett skriver seg fra Marthinussen (2010), hvor forfatteren undersøker i hvilken grad det i norsk rett eksisterer en kobling mellom panteretten og det underliggende krav den skal sikre.

⁶² Jf. Marthinussen (2010) s. 282.

⁶³ Med opplåning menes at panthaveren etter avtale med pantsetter kan sikre nye eller fremtidige krav, med bibehold av panterettens tinglyste prioritet. Det er dermed panthaverens opplåningsmuligheter som avgjør hvorvidt etterstående rettighetshavere rykker inn i den plass i panteretten som ikke er benyttet; opptrinns- og opplåningsretten er «komplementære størrelser», jf. Falkanger (2013) s. 764.

To bemerkninger må gjøres før den videre behandling. For det første vil redegjørelsen ikke skille mellom utleggstaker og konkursbo.⁶⁴ For det andre nevnes at begrepet «opplåning» primært sikter til kredittgivelse, typisk utbetaling av lån. For sikringsobligasjonens vedkommende oppstår pantekravet som følge av at det tas beslag i eiendommen, og det kan virke noe unaturlig å kalle dette for «opplåning» av panterett. Når oppgaven bruker ordet «opplåning» i det videre, brukes det som et synonym til stiftelsen av pantekravet, hva enten det er utbetaling av et lån eller oppstandelsen av for eksempel et erstatnings- eller hevingskrav.

3.3.2 Kreditorbeslagets krav på best ledige prioritet

Utgangspunktet for etterstående *avtalepanthaver*, er at disse må respektere at ledig plass i foranstående panterett utnyttes på ny ved avtale mellom panthaver og pantsetter. Begrunnelsen for opplåningsadgangen er at etterstående avtalepanthaver selv har valgt å stille seg bak førsteprioritetspantet. Da dagens pantedokumenter som hovedregel ikke opplyser om skyldforhold, vil etterstående panthaver presumtivt beregne sin sikkerhet – og dermed avpasse sine lånevilkår – etter det tinglyste maksimalbeløp for panteretten. I den grad han rykker opp i ledig plass i førsteprioritetspantet, får han en tilfeldig fordel.⁶⁵

En slik begrunnelse gjør seg ikke gjeldene for kreditorbeslag, og det er derfor et prinsipp i dekningsretten at beslaget til enhver tid skal ha den best ledige prioritet i formuesgodet.⁶⁶ Prinsippet innebærer at beslag som hovedregel avskjærer panthavers muligheter til å utnytte plass i pantobligasjonen som helt eller delvis er ledig på beslagstidspunktet.⁶⁷ Sammenlignet

⁶⁴ De rettskilder eksisterer vedrørende opplåning overfor kreditorbeslag, fokuserer hovedsakelig på konflikten mellom panthaver og *utleggstaker*. Det legges imidlertid til grunn at det gjelder tilsvarende regler for konflikten mellom panthaver og *konkursbo*. I denne retning Falkanger (2013) s. 781-787 sammenholdt med s. 795. Det vises også til at Skoghøy (2016) s. 192-194 behandler opplåning overfor «kreditorbeslag» uten å skille mellom utleggstaker og konkursbo.

⁶⁵ Som det påpekes i NOU 1982:17 s. 59: «opptrinnsretten i dagens utforming for ubestemt til at den kan tillegges noen avgjørende betydning ved en fornuftig kredittvurdering». Opplåningsretten overfor etterstående panthavere er grundig behandlet i Marthinussen (2010) s. 277 – 340.

⁶⁶ Jf. Falkanger (2013) s. 783.

⁶⁷ Det er visse uenigheter i teorien om hva virkningene av prinsippet om at beslag skal ha best ledige prioritet innebærer. At panthaver A ikke kan henføre nye krav under panteretten etter beslag C er en ting, men hva skjer i tvangsdekningen dersom det er en etterstående panthaver B som har vern og prioritet foran C? Om det er 500.000 ledig i As panterett på 1 million, går C inn på denne plass foran B? Marthinussen (2014) s. 359-381 mener svaret må bli ja, og viser blant annet til at opprykk for B innebærer en tilfeldig fordel som han ikke har tilpasset lånevilkårene sine etter. Skoghøy (2016) s. 196 begrunner motsatt konklusjon med at Marthinussen sitt standpunkt er uforenlig med de regler vi har om opptrinnsretten. Det er ikke nødvendig å gå nærmere inn i diskusjonen, da den knytter seg til konflikt mellom B og C, mens oppgavens problemstilling er om A kan utnytte sin panterett til fortrengsel for C.

med reglene for opplåning av panteretter til foretrengsel for etterstående avtalepanthavere er utgangspunktet altså motsatt; opplåning er unntaket i stedet for hovedregelen.

Falkangerutvalget tok det nevnte prinsipp i betraktning da det i lovutkast til ny tinglysningslov foreslo regler om opplåning. I lovutkastets forslag til ny tinglysningslov § 25, med overskriften «opplåning og ombytting av pantobligasjoner m.m.», ble følgende tekst foreslått:

«Heller ikke kan en obligasjon opplånes eller gjenopplånes etter at det er tinglyst utlegg som panthaveren har fått varsel om eller på annen måte fått kjennskap til, med mindre panthaveren ikke godt kan avbryte kredittforholdet uten å risikere å lide tap».⁶⁸

Utkastets § 25 gjorde etter lovutvalgets oppfatning ikke vesentlige endringer i «dominerende oppfatning» om panthavers opplåningsadgang overfor kreditorbeslag.⁶⁹ Selv om Falkangerutvalgets lovutkast ikke medførte endringer i tinglysningsloven, ga utkastets forslag grunnlag for opplåningsregler for luftfartøy og borettslagsandeler, gjennomført i luftfartsloven § 3-30 (1) og borettslagsloven § 6-10 (1).⁷⁰

I luftfartslovens § 3-30 (1) tredje setning sies det:

«Heller ikke kan en obligasjon opplånes eller gjenopplånes etter at det er registrert utlegg som panthaveren har fått varsel om eller på annen måte kjennskap til, med mindre panthaveren ikke godt kan avbryte kredittforholdet uten å risikere å lide tap».

Samtidig som luftfartsloven tar hensyn til prinsippet om at utleggstaker skal ha best ledige prioritet, gjøres det også visse innhugg i prinsippet. Det er bare utlegg panthaveren kjenner til som kan avskjære hans opplåningsadgang. Begrunnelsen er at opplåningsretten skal få en fornuftig funksjon i kredittlivet, ved at den panthaver som vurderer opplåning ikke behøver å frykte at det er tatt utlegg han ikke kjenner til og som kan avskjære hans opplåningsadgang.⁷¹ Utleggstakeren kan på sin side stenge panthaverens opplåningsmuligheter gjennom varsling; hans muligheter til å få dekning på beste ledige prioritet er det dermed ikke gjort store innhugg i.⁷² Lovgiver har likevel vurdert det som urimelig at panthaverens kunnskap om utlegget skal ha betydning dersom det er fare for at panthaveren lider tap ved å *ikke* effektuere

⁶⁸ NOU 1982:17 s. 192-193

⁶⁹ Se NOU 1982:17 s. 55.

⁷⁰ Luftfartslovens forarbeid, ot.prp.nr.84 (1992-1993) s. 33, viser til Falkangerutvalgets lovutkast uten tilleggsbemerkninger, mens borettslagslovens forarbeid, Ot.prp.nr.30 (2002-2003) s. 286, viser til at «paragrafen er gjort etter mønster fra utkastet om ny lov om tinglysning og luftfartslova, med tilpassingar»

⁷¹ Jf. NOU 1982:17 s. 150.

⁷² Jf. NOU 1982:17 s. 150.

panteretten. I et eksisterende kredittforhold kan det være svært gode grunner for – og til og med i utleggstakers interesse – å fortsette kredittgivningen. Man kan for eksempel tenke seg en bank som har ytt kreditt i forbindelse med oppføringen av et hus. Som sikkerhet har banken tatt pant i huset. Dersom en fortsatt kredittgivelse er nødvendig for å ferdigstille bygget, og dermed øke pantegjenstandens verdi, bør opplåning tillates.⁷³

Borettslagsloven § 6-10 (1) annen setning har en noe annen utforming enn luftfartslovens § 3-30 (1):

«Slik opplåning kan likevel ikke skje etter at det er registrert utlegg som pantavaren har fått varsel om eller på annen måte kjennskap til, og pantavaren kan avbryte kredittforholdet uten fare for å lide urimeleg tap».

Den ordlydsmessige forskjell mellom luftfarts- og borettslagslovens opplåningsregel, er at sistnevnte krever at pantavaren risikerer å lide et «urimelig» tap dersom han skal ha opplåningsadgangen i behold til tross for kunnskap om utlegg. Det legges til grunn at luftfartsloven må tolkes harmoniserende med borettslagsloven på dette punkt. Det var meningen at reglene skulle være innholdsmessig like; borettslagslovens forarbeider forutsetter at det ikke er noen forskjell.⁷⁴ Teorien har også tatt til ordet for at luftfarts- og borettslagsloven må forstås likt, og at begge regler krever fare for å lide urimelig tap dersom pantavarens kunnskap om utlegget skal sees bort i fra.⁷⁵

3.3.3 Betydningen av luftfarts- og borettslagslovens opplåningsregler

Spørsmålet er nå hvilken betydning luftfarts- og borettslagslovens opplåningsbestemmelser skal få for spørsmålet om kjøperen kan opplåne sikringsobligasjonen med de krav han har som følge av kreditorbeslaget.

Teorien har hevdet at luftfarts- og borettslagslovens regler om opplåning bør få vesentlig vekt ved avgjørelsen av i hvilken grad panteretter i fast eiendom kan lånes opp.⁷⁶ Reglene virker godt balanserte, og de bygger på et lovutkast om endringer i tinglysningsloven. Et særlig godt

⁷³ Eksempelet er hentet fra NOU 1982:17 s. 150.

⁷⁴ NOU 2000:17 s. 145.

⁷⁵ Jf. Skoghøy (2016) s. 194.

⁷⁶ Jf. Marthinussen (2010) s. 295 og Falkanger (2013) s. 786.

argument er også at borettslagsloven gjelder borettslagsandeler, hvor pant som ved fast eiendom tinglyses i grunnboken.⁷⁷

Det må imidlertid bemerkes at utformingen av luftfarts- og borettslagslovens opplåningsbestemmelser ikke synes helt egnet og tilpasset det faktum som er tilfellet for sikringsobligasjonen; at pantekravet er et mangelskrav mot pantsetteren basert på den rettsmangel kreditorbeslaget innebærer.

For det første bygger luftfarts- og borettslagsloven på en vurdering av panthavers kunnskap om kreditorbeslaget, hvilket er unaturlig å ta hensyn til dersom det nettopp er beslaget panthaveren har skaffet seg sikkerhet mot. Dette er ikke sammenlignbart med det tilfellet luftfarts- og borettslagsloven primært forsøker å forhindre; at panthaver kjenner til kreditorbeslag og deretter velger å opplåne panteretten.

For det andre krever luftfarts- og borettslagsloven at det foreligger et eksisterende kredittforhold som ikke kan avbrytes dersom panthaveren skal gis opplåningsrett uavhengig av kunnskap om utlegget. «Kredittforhold» synes å sikte til ordinære lånesituasjoner, og det er noe rart å betegne forholdet mellom kjøper og selger som et kredittforhold. Falkangerutvalget uttaler om denne del av regelen at:

«Selv om kreditor etter pantobligasjonen har fått kjennskap til utlegget, skal opplåning i visse tilfelle kunne skje, nemlig når kreditor er kommet i en slik posisjon at en *fortsettelse av kredittforholdet er en forretningsmessig nødvendighet*. [...] Utkastet taler om å «avbryte kredittforholdet». Det må altså dreie seg om et *kredittforhold som er etablert; spørsmålet blir om ytterligere kreditt kan ytes*, eller om kreditor må trekke seg tilbake (eventuelt fortsette mot andre sikkerheter).» (min kursivering).⁷⁸

Det konstateres dermed at det er faktiske ulikheter mellom den opplåningssituasjon luftfartsloven § 3-30 og borettslagsloven § 6-10 primært sikter til, og situasjonen hvor sikringsobligasjonen opplånes med et hevingskrav som er betinget av kreditorbeslag. *Analogisk* anvendelse av opplåningsreglene i luftfarts- og borettslagsloven er derfor ikke aktuelt, ettersom analogi innebærer at man bruker regelens vilkår og virkninger med «hud og hår» på et faktum som ikke kan henføres under regelen, men som har store likhetstrekk.⁷⁹ At bestemmelsene bør få vesentlig vekt ved avgjørelsen av om sikringsobligasjonen kan opplånes, er derimot ikke tvilsomt. I mangel av lovregulering for opplåning av panteretter i

⁷⁷ Jf. Marthinussen (2010) s. 295.

⁷⁸ NOU 1982:17 s. 151.

⁷⁹ Jf. Monsen (2012) s. 102.

fast eiendom er luftfarts- og borettslagsloven svært nærliggende tolkingsbidrag når den ulovfestede regel om opplåning av sikringsobligasjoner skal kartlegges.⁸⁰ Bestemmelsene gir uttrykk for lovgiverviljen vedrørende opplåning av panteretter, og de hensyn og avveininger bestemmelsene bygger på er overførbare. Hensynet til koherens og forutberegnelighet tilsier også at opplåningsregelen for sikringsobligasjoner i størst mulig grad bør harmonere med luftfartsloven § 3-30 (1) og borettslagsloven § 6-10 (1).

3.3.4 Opplåning av sikringsobligasjonen

Spørsmålet om kreditorbeslaget avskjærer kjøperens muligheter til å henføre hevingskravet mot selger inn under sikringsobligasjonen, må avgjøres på bakgrunn av de samme hensyn og avveininger som luftfarts- og borettslagslovens opplåningsbestemmelser bygger på. I tillegg foreligger det teori om opplåning av panteretter med *betingede* krav, både fra tiden før og etter vedtakelsen av luftfarts- og borettslagsloven, som må tas i betraktning. Endelig må det vurderes hvilket tolkingsbidrag Notar-dommen, hvis resultat forutsetter at kjøperens hevingskrav kan henføres under sikringsobligasjonen, gir.

Prinsippet om at kreditorbeslag skal ha best ledige prioritet og utformingen av luftfartsloven § 3-30 (1) og borettslagsloven § 6-10 (1) tilsier at det er opplåning av sikringsobligasjonen som krever særskilt begrunnelse. Kjøperen har dermed tvilsrisikoen; veier argumentene på begge sider like tungt er opplåning utelukket.

Luftfarts- og borettslagslovens standpunkt om at panthavers manglende *kunnskap* om kreditorbeslaget utgjør en særlig grunn for opplåning er, som allerede nevnt, ikke overførbart til regelen for opplåning av sikringsobligasjoner. Selv om man prinsipielt sett kan si at kjøperen ikke har kunnskap om kreditorbeslaget idet obligasjonen opplånes (opplåningen er som nevnt betinget av kreditorbeslaget og oppstår idet beslaget tas), bør situasjonen likestilles med at panthaveren hadde kunnskap om beslaget på opplåningstiden. Når kjøperen på forhånd søker å sikre seg opplåning på beslagets bekostning, er ikke dette noe mindre klanderverdig enn tilfellet hvor panthaver har en tom panterett, *kjenner til kreditorbeslaget* og så effektuerer panteretten.

⁸⁰ Skoghøy (2016) s. 193 skriver om opplåning av panteretter med betingede krav. Han gir utvilsomt luftfarts- og borettslagslovens opplåningsregler stor vekt også når det gjelder opplåning av panteretter i andre formuesgoder. Det er imidlertid vanskelig å gjøre seg opp en mening om han mener at luftfarts- og borettslagslovens regler anvendes analogisk, eller om man oppstiller en friere regel på ulovfestet grunnlag.

En særskilt begrunnelse for opplåning kan derimot foreligge dersom en avveining av hensynet til panthaveren og hensynet til kreditorene tilsier at panthaver rammes urimelig hardt dersom opplåningsadgangen avskjæres. Luftfarts- og borettslagsloven bygger også på en slik tanke; dersom panthaveren ikke kan avbryte et eksisterende kredittforhold uten å lide urimelig tap tillates opplåning. Det avgjørende for at sikringsobligasjonen skal kunne tjene som sikkerhet for kjøpesummen, og det spørsmål som vurderes i det videre, er dermed om hensynet til kjøperens interesser er så sterke at han må innrømmes sikkerhet for sitt krav på bekostning av selgerens kreditorer.

Det tas først stilling til hvilket tolkingsbidrag som kan utledes fra den teori som har skrevet om opplåning av panteretter med betingede krav. Teoriens konklusjon er gjennomgående at slike krav kan henføres under panteretten uavhengig om de oppstår før eller etter kreditorbeslaget. Begrunnelsen er at panthaveren ikke har herredømme over når kravet oppstår, og han bør dermed heller ikke miste sin opplåningsgang alene på bakgrunn av at kravet oppstod etter kreditorbeslaget.

Rosén er den eneste som behandler opplåning direkte knyttet mot sikringsobligasjoner.⁸¹ Han konkluderer med at opplåning av obligasjonen med restitusjonskravet på kjøpesummen bør aksepteres. Støtte henter han tilsynelatende hos *Skoghøy*, som proklamerer unntak fra prinsippet om kreditor skal ha best ledige prioritet dersom:

«[...] pantobligasjonen skal tjene til sikkerhet for et eventuelt krav, det vil si krav som panthaveren ikke har herredømme over om skal oppstå eller ikke. Dette gjelder for eksempel tilfeller hvor pantedokumentet skal hvile til sikkerhet for et mulig ansvar i et nærmere bestemt kontraktsforhold. I slike tilfeller vil panteretten for erstatningskravet måtte få prioritet fra det tidspunkt rettsvernet for panteretten ble etablert.»⁸²

Uttalelsen til *Skoghøy* er eksemplifisert gjennom et erstatningskrav i kontraktsforhold. *Rosén* hevder at krav om heving med restitusjon av kjøpesummen antakelig må komme i samme stilling.⁸³

Andre teoretikere har også skrevet om situasjoner hvor opplåning bør aksepteres. I følge *Marthinussen* vil en bank som har stilt seg som kausjonist for A sin betalingsdyktighet overfor B, og tatt pant i As eiendom som sikkerhet for regresskravet, kunne henføre sitt

⁸¹ *Rosén* (2008) s. 384.

⁸² *Skoghøy* (2016) s. 193.

⁸³ *Rosén* (2008) s. 384.

regresskrav under panteretten uavhengig av et mellomkommende utlegg.⁸⁴ Han viser til at pantekravets prioritet foran utlegget i slike tilfeller er helt uomstridt i teorien.⁸⁵ *Sandvik/Krüger/Giertsen* skriver at dersom en panterett er gitt til sikkerhet for et garantiansvar eller fremtidig erstatningsansvar i et bestemt rettsforhold, vil kravet få prioritet foran utlegg uavhengig av om ansvaret oppstår før eller etter utlegget.⁸⁶ *Arnholm* anfører at opplåning må være greit hvor pantaveren ikke har herredømme over om pantekravet oppstår eller ikke, for eksempel hvor pantet skal sikre et erstatningskrav som oppstår i forbindelse med at pantsetteren utfører arbeid for ham.⁸⁷

Selv om Skoghøy og teoretikerne nevnt i avsnittet over taler om at betingede krav bør kunne få sikkerhet i pantet foran kreditorbeslaget, er det ikke nødvendigvis slik at dette også gjelder for pantekrav som er *betinget av beslaget*. Teorien taler hovedsakelig om erstatningsansvar for faktiske mangler eller forsinket levering, og det vil ofte være svært urimelig dersom slike krav mister sin sikkerhet fordi de oppstår i tid etter kreditorbeslaget. Følgende eksempel kan illustrere: Man kan tenke seg byggherren og entreprenøren som inngår en entreprise verdt betydelig summer. Byggherren har inngått flere kontrakter i tillitt til at entreprenøren utfører arbeidet etter planlagt tidsskjema, og risikerer derfor et stort tap om byggeprosjektet blir forsinket på grunn av mangler entreprenøren hefter før. Det stiftes derfor pant i entreprenørens driftstilbehør som sikkerhet for et mulig forsinkelsesansvar. Byggherrens interesse i å opplåning veier særlig tungt fordi han ikke har andre alternativer enn å pantesikre det betingede misligholdskravet for å sikre seg mot økonomisk tap som følge av den potensielle forsinkelsen. Samtidig har ikke byggherren ment, eller forsøkt, å gripe inn i prinsippet om at kreditorene skal ha best ledige prioritet; han har rett og slett ikke herredømme over om medkontrahenten misligholder kontrakten før eller etter beslagstidspunktet. Tas det beslag hos entreprenøren før det er klart at forsinkelse vil skje, bør det ikke innebære at byggherrens sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse reduseres eller går tapt som følge av at beslaget avskjærer hans opplåningsadgang.

For den kjøper som er sikret etter sikringsobligasjonen og som ennå *ikke har fått tilgang til skjøtet og mulighet for å sikre sin eiendomsrett gjennom tinglysning*, er begrunnelsen ovenfor

⁸⁴ Marthinussen (2010) s. 326.

⁸⁵ Marthinussen (2010) s. 326, note 1224.

⁸⁶ Sandvik/Krüger/Giertsen (1982) s. 210.

⁸⁷ Arnholm (1976) s. 177.

overførbar. Kjøperen i disse tilfeller bør derfor gis adgang til å gjøre sikringsobligasjonen effektiv for kjøpesummen.

Har kjøperen motsetningsvis *skjøttet i hende og muligheter for å tinglyse*, synes det umiddelbart å være mindre grunn for å tillate opplåning av sikringsobligasjonen med kjøperens krav. Kjøperen har her et svært nærliggende sikringsalternativ gjennom å sørge for tinglysing av sin eiendomsrett. Synspunktet om at kjøperen ikke har herredømme over om kravet oppstår før eller etter beslaget er ikke overførbart; gjennom tinglysing kan kjøperen sørge for at kravet ikke oppstår. Videre griper kjøperen bevisst inn i prinsippet om kreditors prioritet ved å holde seg til sikringsobligasjonen i stedet for å tinglyse eiendomsretten. Det kan derfor hevdes at opplåning av sikringsobligasjonen med kravet på kjøpesummen innebærer et større inngrep i prinsippet om kreditors prioritet enn hva opplåning av panteretter med krav som er betinget av faktiske mangler/forsinkelser gjør. Dette taler mot å godta opplåning av sikringsobligasjonen. På den andre siden må det fremheves at dersom kjøperen ikke hadde holdt seg til obligasjonen, og i stedet tinglyst sin eiendomsrett, ville han unndratt eiendommen fra kreditorenes beslagssfare. Dette svekker vekten av det argument som er presentert ovenfor.

I kjøperens favør må det også påpekes at Høyesterett ikke grep sjansen til å avskjære kjøperens opplåningsadgang når muligheten bød seg i Notar-dommen. Her slo Høyesterett, som nevnt, kort fast at forpliktelser som er avtalt å falle inn under sikringsobligasjonen har sikkerhet så fremt obligasjonen er tinglyst dagen før konkurs åpnes.⁸⁸ Det er ikke slik at man uten videre skal legge til grunn en høyesterettsdom dersom den bygger på mindre grundige overveielser. Men selv om forholdet til opplåning og prinsippet om at kreditor skal ha best ledige prioritet er ikke berørt, er Notar-dommen den eneste autoritative rettskilden vedrørende spørsmålet om opplåning av sikringsobligasjoner. Hensynet til forutberegnelighet og avklaring tilsier at den bør gis vekt.

Etter dette blir konklusjonen – vel og merke under tvil – at kreditorbeslag ikke avskjærer kjøperens adgang til å henføre de krav som oppstår som følge av beslaget inn under sikringsobligasjonen, også i de tilfeller kjøperen kjøper har hatt tilgang til *skjøttet og mulighet for å tinglyse sin eiendomsrett*.

⁸⁸ Rt. 2012 s. 335 (avsnitt 72).

4 Konfusjon

4.1 Problemstillingen

Idet kjøper erverver eiendomsretten til eiendommen, vil han – dersom han er panthaver for sikringsobligasjonen – være både panthaver og eier av det samme formuesgodet. Spørsmålet er om sikringsobligasjonen bortfaller som følge av den tinglige *konfusjon* som her har oppstått.⁸⁹

For at spørsmålet om pant i egen ting skal komme på spissen, er en første forutsetning at *kjøperen er panthaver*. Det er, som nevnt tidligere, vanlig at eiendomsmegleren er panthaver for sikringsobligasjonen, typisk fordi obligasjonen også skal sikre meglers mulige krav. Det kan imidlertid tenkes at oppgjøret er gjort uten megler eller oppgjørsansvarlig, eller at kjøperen har fått transport på sikringsobligasjonen.⁹⁰ For det andre er det en forutsetning at *kjøperen har blitt eier av eiendommen før kreditorbeslaget*, slik at sikringsobligasjonen og eiendomsretten faktisk har ligget på samme hånd.⁹¹

I punkt 4.2 skal det gis noen bemerkninger til eldre tids rettsoppfatning om at panteretter *uansett* bortfaller dersom den sammenblandes med eiendomsretten til pantegjenstanden. I punkt 4.3 redegjøres det for dagens rettsstilstand om konfusjon som bortfallsgrunn for panteretter. I punkt 4.3.1 gjennomgås eldre rettspraksis. I punkt 4.3.2 vurderes betydningen av Rt. 1998 s. 268 (heretter «Dorian Grey-dommen»), som er den eneste høyesterettsavgjørelse i nyere tid hvor konfusjon av pant og eiendomsrett er problematisert. I punkt 4.4 tas det stilling til om sikringsobligasjonen bortfaller som følge av konfusjon.

⁸⁹ Konfusjon innebærer at rettigheter og plikter samles på en hånd, jf. Falkanger (2013) s. 774, og er en av flere mulige bortfallsgrunner for panteretter. Man sier gjerne at den ordinære bortfallsgrunnen for panteretter er innfrielse av pantekravet. Nå er imidlertid en konsekvens av opplåningsrett at panteretter ikke uten videre faller bort i den grad pantegjelden innfris. Utgangspunktet er derfor at pantsetter og panthaver må *avtale* at panteretten skal bortfalle, jf. Marthinussen (2010) s. 342. Under visse vilkår kan panterett også bortfalle ved foreldelse, selv om den store hovedregel er at panteretter består selv om det underliggende krav foreldes, jf. foreldelsesloven § 27 (3). Ellers bortfaller panteretter ved ekstinksjon, når pantegjenstanden går tapt eller ved gjennomføring av tvangssalg, gjeldsordning, tvangsakkord, odelsløsning og ekspropriasjon, jf. Skoghøy (2008) s. 290-291.

⁹⁰ Til illustrasjon 15-135653TVI-NOHO, jf. fotnote 16 ovenfor.

⁹¹ Norsk rett bygger på det såkalte funksjonelle eiendomsbegrep, hvilket betyr at eiendomsretten går suksessivt over fra kjøper til selger. Nærmere om eiendomsrettens overgang i Falkanger (2013) s. 73-76.

4.2 Det historiske utgangspunkt: Pant i egen ting er en selvmotsigelse

Eiendomsretten er i norsk rett negativt avgrenset. Den som har eiendomsrett har den totale faktiske og rettslige rådighet over eiendommen, begrenset gjennom de særlige retter i eiendommen som eier må respektere.⁹² Panteretten er en slik særlig rettighet; den er en særrett til å søke dekning for et krav, jf. panteloven § 1 (1). Det kan derfor virke som en selvmotsigelse å være både eier og panthaver i samme formuesgodet. Rasjonalet er at eiendomsretten synes å konsumere panteretten, slik at panteretten mangler realitet og må bortfalle.

At eiendomsrett og panterett på samme hånd er en uforenelig konstruksjon, var også eldre tids oppfatning.⁹³ I dag er det imidlertid sikker rettsoppfatning at spørsmålet om panterettens bortfall ved konfusjon ikke alene kan løses på bakgrunn av en tanke om at pant i egen ting er selvmotsigende.⁹⁴ Dette kan illustreres med følgende eksempel: S har pant på første prioritet i As eiendom begrenset oppad til 10 millioner, mens B har annenprioritetspant begrenset oppad til 5 millioner. A dør og S arver eiendommen, nå til en verdi av 5 millioner. Siden etterstående panthaver B får opptrinn i prioritetsrekken dersom foranstående panterett bortfaller vil S, dersom hans panterett bortfaller ved arvefallet, arve en eiendom som i realiteten er verdiløs. B får derimot full dekning for sitt krav i eiendommen – en dekning som er tilfeldig og som han ikke kunne forvente, og som han dermed ikke har tatt i betraktning da han ga sine rente- og kredittvilkår.

Som eksempelet illustrerer kan panteretten ha en større verdi for «eierpanthaver» S enn eiendomsretten, fordi panteretten kan forhindre opprykk for B. Det virker derfor tilfeldig og urettferdig at S sin panterett skal bortfalle.⁹⁵ Konstruksjonen pant i egen ting må derfor godtas for å forhindre meningsløse og urimelige resultater. Som *Brækhus* sier:

«Feilen er at vi har utledet en regel av en generell juridisk konstruksjon, i stedet for å forme konstruksjonen slik at den gir en begrepsmessig sammenfatning av de regler som det er materielt riktig å oppstille. Vi må derfor bygge ut vårt begrepsapparat, slik at det gir plass for en regel som i tilfeller som nevnt ovenfor hindrer [B] i å rykke opp. Dette kan gjøres ved at vi opererer med en eiendomsrett som er delvis prioritert foran en begrenset rett, her annenprioriteten. Men det blir enklere – og lettere å

⁹² Jf. Falkanger (2013) s. 41.

⁹³ Jf. Arnholm (1976) s. 272.

⁹⁴ Jf. Arnholm (1976) s. 272 og Brækhus (2005) s. 238-239.

⁹⁵ Eksempelet er hentet fra Arnholm (1976) s. 273 og Brækhus (2005) s. 238.

forstå – når denne mellomkommende rett konstrueres som en panterett – en panterett i eget formuesgode.»⁹⁶

Eksempelet nevnt over baserer seg på at eieren av formuesgodet har fått transport på panteretten. Man kan også tenke seg at eieren stifter og tinglyser en panterett til fordel for seg selv i eget formuesgode, hvor eieren både er pantsetter og panthaver for panteretten. På et slikt etableringsstadium er konstruksjonen selvmotsigende; da eieren ikke kan ha et krav på seg selv, har panteretten heller ingen realitet. Transporterer eierpanthaveren panteretten til tredjemann som sikkerhet for et lån, gir imidlertid konstruksjonen mening. I svensk og dansk rett opererer man med slike «eierpanteretter», gjerne kalt eierhypotek, hvor formålet med pantsettelsen er at eieren forbereder en regulær pantsettelse og forbeholder prioritet.⁹⁷ Norsk rett har aldri anerkjent noe eierhypotek.⁹⁸ Det følger imidlertid av panteloven § 1-13 at reglene om prioritet kan fravikes ved «avtale». Som *Skoghøy* skriver, innebærer dette at partene kan avtale at panthaveren skal stå tilbake til for et bestemt beløp til enhver tid («absolutt prioritetsavtale») eller at panthaveren skal stå bak bestemte heftelser («relativ prioritetsavtale».)⁹⁹ Eierhypoteket og prioritetsavtalene har visse likheter, da begge knytter seg til ulik grad av prioritetsreservasjon i formuesgodet. Poenget man kan ta med videre, er at selv ikke det å stifte pant i eget formuesgode nødvendigvis er noen ulogisk eller selvmotsigende konstruksjon.

Det er ikke med dette sagt at pant i eget formuesgodet uten videre skal aksepteres. Dersom panteretten står ved siden av eiendomsretten uten å ha noen reell betydning eller tjene berettigede interesser, er det heller ingen grunn til å la den bestå.¹⁰⁰

⁹⁶ Brækhus (2005) s. 239.

⁹⁷ Nærmere om de svenske og danske eierpantebrev i Lilleholt (2012) s. 178-180 og Marthinussen (2010) kap. 11 og 12.

⁹⁸ Eierhypoteket har imidlertid paralleller med den tidligere bruken av «akkomodasjonsobligasjoner» i norsk rett. Obligasjonen fungerte slik at det ble utstedt en gjort obligasjon til en stråmann for å reservere prioritet i formuesgodet, før akkomodasjonsobligasjonen så ble håndpantsett videre til den som i utgangspunktet skulle være panthaver, jf. Marthinussen (2010) s. 81.

⁹⁹ *Skoghøy* (2016) s. 183.

¹⁰⁰ Jf. Brækhus & Hærem (1964) s. 265.

4.3 Dagens rettstilstand

4.3.1 Eldre rettspraksis vedrørende pant i egen eiendom

Domstolene har uttrykkelig tatt avstand fra den historiske allmennsetning om at pant og eiendomsrett ikke kan forenes.¹⁰¹ Spørsmålet har vært oppe i forbindelse med panthavere som har slått til seg eiendom på tvangsauksjon til fortrensel for odelslødere. I Rt. 1931 s. 1254 hadde A ervervet samtlige panteretter i en eiendom som han senere krevde tvangssolgt. På dagen for auksjonen var panterettene effektive for et beløp på 27.699 kroner. A godtok et bud på eiendommen på 25.000 kroner, fremsatt av sin advokat på vegne av seg selv. B hadde odelsrett på eiendommen, og krevde å få eiendommen til tilsvarende sum som A hadde kjøpt den for. A anførte at budet ikke utløste odel, med henvisning til datidens odelslov § 24. Denne bestemmelsen krevde at odelslødere, i tillegg til markedspris, måtte tilby en sum som ville dekke eventuelle panteheftelser på eiendommen.¹⁰² B anførte at As panteretter var bortfalt som følge av konfusjon, slik at § 24 ikke kom til anvendelse. Høyesterett kom til at konfusjonen ikke innebar bortfall av panteretten:

«Spørsmålet om, hvilken betydning panteretts og eiendomsretts forening paa en haand skal ha, maa da bli at avgjøre efter det enkelte tilfelles egenart. Det maa komme an paa, om panthaveren ved at bli eier faar fyldestgjørelse, eller paa, om panthaveren efter at være blitt eier fremdeles har en legitim interesse i at se sin panterett opprettholdt. Faar den panthaver, som kjøper en eiendom, fyldestgjørelse alene derved eller kun i den form, at han fortsatt faar besidde pantegenstanden som eier, er der ingen fornuftig mening i og ingen grunn til at holde paa, at ikke panthaveren ogsaa efter kjøpet skal være like fordelaktig stillet, som om han var vedblitt at være bare panthaver. Dette maa gjelde ogsaa i relasjon til odelslovens § 24. Jeg mener, at denne bestemmelse endog avgir et godt eksempel paa, at en panthaver, som blir eier, kan ha en velgrunnet interesse i, at hans panterett ansees som fremdeles bestaaende. Betrakter man nemlig panteretten som i enhver henseende bortfalt, kan løsningsmannen ta eiendommen fra ham efter takst.»¹⁰³

Vurderingstemaet Høyesterett legger til grunn er at konfusjon ikke innebærer bortfall av panteretten dersom eierpanthaveren har en «legitim interesse» i å se sin panterett opprettholdt, i det «enkelte tilfelles egenart». Vurderingstemaet er fulgt opp i Rt. 1934 s. 1170 og Rt. 1936 s. 731, som er avgjørelser tilnærmet like i faktum og resultat. Også i et tilfelle av fellespant har Høyesterett fulgt opp rettssetningen fra Rt. 1931 s. 1254: I Rt. 1932 s. 1170 hadde en bank

¹⁰¹ Jf. Arnholm (1976) s. 274.

¹⁰² Jf. Sandvik/Giertsen/Krüger (1982) s. 226.

¹⁰³ Rt. 1931 s. 1254 (s. 1259 og 1260).

fire pantobligasjoner i eiendom A. Obligasjonen på tredjeprioritet heftet også på eiendom B. Banken krevde eiendom A tvangssolgt, og kjøpte den selv til en pris som ikke dekket den totale gjelden. Banken krevde dermed eiendom B tvangssolgt for å oppnå full dekning. Eieren/pantsetteren av eiendom B anførte forgjeves at pantobligasjonen var bortfalt som følge av at banken var blitt eier av eiendom A. Høyesterett uttalte:

«Det maa ansees som fastslaatt saavel i teori som rettspraksis, at den omstendighet at panterett og eiendomsrett forenes paa én haand ikke i sig selv er tilstrekkelig til at bringe panteretten til ophør, naar forholdet ligger saaledes an at panthaveren efter at være blitt eier fremdeles har en legitim interesse i at se sin panterett opretholdt».¹⁰⁴

Spørsmålet er så hva som skal til for at panthaveren har en «legitim interesse» i å se sin panterett oppretholdt. Vurderingstemaet viser til en konkret vurdering av panthaverens interesser opp mot interessene til de som påvirkes av at panteretten ikke bortfaller. Siden det er panthaveren som må kunne vise til en legitim interesse, bør regelen være at det er han som har tvilsrisikoen; veier interessene på begge sider like tungt faller panteretten bort.

Hva gjelder dommenes vekt, skriver de seg fra samfunnsforhold. Panterettsinstituttet var imidlertid velutviklet allerede i 1930, og dommenes alder bør ikke *alene* svekke deres rettskildemessige betydning. Vurderingstemaet Høyesterett skisserer er dessuten skjønnsmessig, og minner mye om de rettslige standarder lovgiver oppstiller i lovverket for at regler skal kunne stå seg mot tidens tann. Dette tilsier at dommene bør gis vekt når dagens rettstilstand vedrørende konfusjon som bortfallsgrunn for panteretter avklares.

4.3.2 Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey)

I nyere tid er det kun Dorian Grey-dommen som vurderer betydningen av konfusjon av panterett og eiendomsrett. Spørsmålet er hvilket bidrag denne dommen gir til problemstillingen om pant i egen ting.

Saken gjaldt et totalhavarert skip som ble kondemnert. DnB, som panthaver i skipet, var medforsikret sammen med rederen hos Gjensidige. Av forsikringsplanen fulgte det at Gjensidige hadde rett til å tre inn i «sikredes» rett til skipet dersom forsikringssummen ble utbetalt. Gjensidige og DnB avtalte at forsikringssummen skulle utbetales til DnB, mot at eiendomsretten til skipet tilfalt Gjensidige. Etter at forsikringssummen var utbetalt, men før

¹⁰⁴ Rt. 1932 s. 1170 (s. 1172).

pantobligasjonene var slettet og registerhjemmel til skipet var registrert på Gjensidige, gikk rederen konkurs. Boet ekstingverte dermed eiendomsretten til skipet.¹⁰⁵ Gjensidige anførte da at de ved utbetaling av forsikringssummen hadde trådt inn i DnBs panteretter, som fortsatt heftet på skipet. Spørsmålet for Høyesterett var om begrepet «sikrede» kunne omfatte både panteinteressen og eierinteressen i skipet. Retten uttalte:

«Jeg finner det ikke tvilsomt at Planen § 102 første ledd med uttrykkene «sikredes rett til forsikringsgjenstanden» tar sikte på den ordinære situasjon at assurandøren treer inn i eiendomsretten til skipet. Men ordlyden er som antydning ikke til hinder for at også en panthavers rett kan omfattes. Dersom Gjensidige skal gis inntredelsesrett i DnBs panterettigheter, i tillegg til eiendomsretten, får dette imidlertid konsekvenser som fjerner oss langt fra bestemmelsens tiltenkte og ordinære anvendelsesområde. *Det mest iøynefallende er at Gjensidige i så fall får pant i et vrak som selskapet allerede eier, altså pant i egen ting. Det er i juridisk teori noe ulike oppfatninger om denne konstruksjon skal aksepteres.* Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til dette spørsmål, for ankemotpartens anførsel på dette punkt støter mot et annet hinder: Hvilken pantefordring skal assurandøren tre inn i? Pantobligasjonene er innfridd innen forsikringssummens ramme når beløpet er utbetalt, og assurandøren har således ikke overtatt noen pantesikret fordring.»¹⁰⁶ (min kursivering.)

Høyesteretts resonnement er som følger: Utbetaling av forsikringssummen til DnB representerte en innfrielse av DnB sitt pantesikrede krav mot rederen. Inntreden i DnBs panteretter ville dermed ikke gi Gjensidige noen beskyttelse i rederens konkurs, all den tid panterettene ikke var effektive for noe beløp. En følge av resonnementet var at det heller ikke var nødvendig for Høyesterett å ta stilling til om Gjensidige hadde en «legitim interesse» i å ha pant i egen ting.

Høyesterett kan kritiseres for å være svært formalistiske når det hevdes at pantobligasjonene var effektive for noe krav på Gjensidiges hånd. DnB hadde medforsikret sin panteinteresse i skipet, hvilket i praksis innebar at deres pantekrav hadde sikkerhet i forsikringssummen dersom verdien av skipet gikk tapt. I den grad forsikringssummen hadde blitt utbetalt til rederen, ville DnBs pantobligasjoner bli tilsvarende «fylt opp». Da DnBs pantobligasjoner var effektive for et beløp som oversteg forsikringssummen, var det ingen grunn til at forsikringssummen skulle gå via rederen; det hele uansett skulle ende opp hos DnB. Gjensidige dekket dermed rederens pantegjeld og fikk således et regresskrav mot rederen.¹⁰⁷ Hovedregelen er at pant og andre sikkerhetsretter for den forpliktelse som dekkes av en

¹⁰⁵ Jf. Sjøloven § 25 (1).

¹⁰⁶ Rt. 1998 s. 268 (s. 273).

¹⁰⁷ Jf. Lilleholt (2000) s. 59.

annen, følger med det regresskrav som deretter oppstår.¹⁰⁸ Da denne regelen ikke gir mening dersom regresskravet ikke kan stå som surrogat for det pantekrav som dekkes, er det noe merkelig at Høyesterett konkluderer med at Gjensidiges regresskrav ikke kunne «fylle opp» pantobligasjonene, dersom forsikringsplanen ga Gjensidige adgang til å tre inn i disse.

Begrunnelsen for Høyesteretts formalistiske standpunkt kan man bare spekulere i. Retten uttaler imidlertid at «det mest iøynefallende» ved at Gjensidige skulle tre inn i pantobligasjonene var at de fikk pant i egen ting. En nærliggende slutning er dermed at Høyesterett er skeptiske til konfusjon. Selv om domstolen eksplisitt sier at den «ikke finner det nødvendig å ta stilling til» spørsmålet om adgangen til å ha pant i egen ting, ser Høyesterett bort fra en eierpantløsning akseptert både i ting- og lagmannsretten. Det synes derfor som at Høyesterett mener man ikke kan sikre sine eierinteresser gjennom bruk av panteretter, noe som representerer et brudd med den eldre rettspraksis som er redegjort for i punkt 4.3.1 ovenfor.

Dorian Grey-dommen er enstemmig, og det eneste uttrykk man har for Høyesteretts synspunkt på konfusjon i nyere tid. At domstolen reserverer seg mot å stille til spørsmålet om pant i egen ting, svekker imidlertid dens rettskildemessige vekt. Dommen er også kritisert teorien; det er her påpekt at den både i begrunnelse og resultat er uriktig.¹⁰⁹ Dorian Grey-dommen legges derfor til grunn å ikke gi noe nevneverdig bidrag ved avklaringen av rettsregelen for konfusjon mellom pant og eiendomsrett til fast eiendom, herunder spørsmålet om sikringsobligasjoner bortfaller som følge av konfusjon.

4.4 Kjøperens «legitime interesse» i å se sikringsobligasjonen opprettholdt

Spørsmålet er nå hvorvidt kjøpere av fast eiendom har en legitim interesse i å nyttiggjøre sikringsobligasjonen for å sikre sine interesser i eiendommen mot beslag fra selgerens kreditorer.

Først kan man stille spørsmålsteget ved at formålet med bruk av sikringsobligasjon og blanco-skjøte utelukkende synes å være å unngå dokumentavgiften. Umiddelbart kan man tenke at det ikke bør være adgang til å sno seg rundt beskatning. Svaret må nok likevel være at

¹⁰⁸ Jf. Hagstrøm (2011) kap 28, se særlig s. 713.

¹⁰⁹ Jf. Lilleholt (2000) s. 59.

skatteomgåelsesformålet hos kjøper ikke kan tillegges vekt ved vurderingen av om sikringspantet bortfaller. Spørsmålet om omgåelse av skatt og avgifter et rent skatterettslig spørsmål som har lite å gjøre med de tingsrettslige regler om prioritetsforhold. I skatteretten eksisterer det videre en ulovfestet omgåelsesnorm som etter en helhetsvurdering kan ramme disposisjoner hvor skatteomgåelse har vært den klart viktigste motivasjonen.¹¹⁰ Det er statens oppgave å vurdere hvorvidt omgåelse av dokumentavgift er klanderverdig, og det fremstår usaklig og helt utenfor de hensyn panteretten skal ivareta at selgerens kreditorer skal kunne påberope seg skatteomgåelsen som argument for at sikringsobligasjonen er bortfalt.

Et mer interessant synspunkt er at kjøperen skaffer seg pant i det formuesgodet han etter planen skal erverve. Umiddelbart kan man se for seg at dette er tilsvarende opprettelsen av et eierhypotek eller en generell prioritetsreservasjon, som man ikke operer med i norsk rett.¹¹¹ En viktig forskjell er imidlertid at sikringsobligasjonen har et reelt krav knyttet til seg, og derfor har en realitet ved tvangsdekningen. Parallellene til eierhypoteket blir med dette borte.

Noe annet er at man i teorien ofte har knyttet pant i egen ting opp mot at man arver formuesgodet man allerede har en panterett i; man får en mer eller mindre tilfeldig transport på eiendomsretten til pantet. At panthaveren allerede på stiftelsestidspunktet for panteretten *vet* at han skal erverve eiendommen, må sies å svekke panthaverens legitime interesse i å se sikringsobligasjonen opprettholdt. Sammenlignet med arveeksempelet nevnt over i punkt 4.2, er formålet med stiftelsen av panteretten å legge bånd på førsteprioritetsplassen for å forhindre at senere rettsstiftelser, herunder kreditorbeslag, får realitet. Panthaverens motiver synes imidlertid ikke å være et relevant moment ved vurderingen av om sikringsobligasjonen bortfaller ved konfusjon. I Rt. 1931 s. 1254 – som er nevnt i punkt 4.3.1 ovenfor – ervervet A panterettene i den eiendom han senere slo til seg på tvangsauksjonen til underpris. Han nektet ved tvangsauksjonen å godta en annen budgivers bud på 28.000 kroner på eiendommen, et bud som ville dekket pantegjelden. At A så godtok sitt eget bud på 25.000 kroner, og ble sittende med eiendommen i lengre tid, viser at As hensikt ikke var å få dekning for panterettene, men heller å skaffe seg eiendomsrett til gården med sikkerhet mot odel gjennom utnyttelse av panterettigheter. At panthaverens motiver ikke kommenteres av Høyesterett,

¹¹⁰ Jf. særlig Rt. 2007 s. 209 avsnitt 39.

¹¹¹ Jf. punkt 4.2 ovenfor.

tilsier at slike motiver ikke er relevant ved vurderingen av om det er legitimt for panthaver å anvende panteretten for å beskytte sin eierinteresse.¹¹²

Videre er det ingen beskyttelsesverdige grunner for eiendommens verdi skal tilfalle at selgers kreditorer. Eiendommen er solgt, og dersom man ikke hadde anvendt sikringsobligasjonen er det naturlig at man hadde skaffet seg rettsvern for eiendomsretten gjennom tinglysing. Dette innebærer at det er en tilfeldig fordel for kreditorene om man lar panteretten opphøre. Den eneste som blir dårligere økonomisk stilt ved at sikringsobligasjonen fungerer som et «rettsvernssurrogat» for eierinteressen, er staten som går glipp av dokumentavgiften.

Sikringsobligasjonen innebærer at det ikke blir notoritet rundt at eiendommen går ut av skyldnerens bo, og det kan med rette hevdes at bruken av sikringsobligasjoner skaper visse «hull» i grunnboken og dens troverdighet. De reelle eierforhold fremgår ikke dersom man bruker panteretter for å sikre sine eierinteresser mot hjemmelhavers kreditorer. Men selv om det ikke er notoritet rundt hva slags type rettighet som har gått ut av boet, er det notoritet rundt det økonomiske omfanget av rettigheten. Bruken av sikringsobligasjon representerer derfor ingen fare for kreditorer. Tvert imot vil det være fordel for de usikrede kreditorene at kjøper har rettsvern for sikringsobligasjonen i stedet for eiendomsretten. Boet kan da få dekning for deres nødvendige boomkostninger, jf. panteloven § 6-4. Utleggstakere kan behefte eiendommen med utlegg, og kreve tvangssalg i det øyeblikk eiendommen har steget så mye i verdi at dekningsprinsippet i tvangsfullbyrdelsesloven ikke forhindrer realisering av eiendommen.¹¹³

Endelig tilsier teorien at sikringsobligasjonen ikke bør falle bort på bakgrunn av at eiendomsretten er gått over på kjøper. *Arnholm* anfører at:

«Skulle B ta det standpunkt at A virkelig var blitt eier, men manglet rettsvern for sin eiendomsrett og derfor måtte vike for et ekstinktivt erverv fra B [...] kan A [...] falle tilbake på panteretten med det rettsvern den har. Ellers måtte man hevde at panteretten falt bort fordi eiendomsretten ga alt, og så falt det hele bort fordi eiendomsretten manglet rettsvern. Det ville ikke være bra.»¹¹⁴

¹¹² Overretten begrunnet imidlertid motsatt resultat i panthaverens motiver: «Dette resultat er ogsaa det mest tilfredsstillende, idet det er litet smakelig, at en panthaver, som vil kjøpe eiendommen, skal kunne praktisk talt umuliggjøre senere odelsløsning ved at tilforhandle sig for litet eller ingenting prioriteter, som naar det kommer til tvangsauksjon, er mere eller mindre aapenbart verdiløse, men som en senere odelsløser i tilfelle skal maatte dekke fullt ut», jf. Rt. 1931 s. 1254 (s. 1260).

¹¹³ Jf. punkt 2.5 ovenfor.

¹¹⁴ *Arnholm* (1976) s. 275.

I den sparsommelige teori som vurderer konfusjon i forbindelse med sikringsobligasjoner, har *Røsæg* uttalt:

«Det har imidlertid hendt at Høyesterett har ansett pant for bortfalt når pantekravet og eierskapet kommer på samme hånd (konfusjon). [...] Teoretisk kan det ikke være noen grunn til å være skeptisk mot konstruksjonen pant i egen ting når den, som her, fyller et praktisk behov[.]»¹¹⁵

Konklusjonen blir etter dette at kjøperen har en legitim interesse i å nyttiggjøre sikringsobligasjonen for å sikre sine interesser i eiendommen. Obligasjonen faller dermed ikke bort som følge av konfusjon.

¹¹⁵ Røsæg (2010) s. 265.

5 Avsluttende refleksjoner

Som oppgaven har vist, hviler sikringsobligasjoner på et noe usikkert fundament, og bruken reiser kompliserte panterettslige spørsmål. Obligasjonen anvendes i stor grad av eiendomsmeglere uten særlig panterettslig kompetanse, og som nevnt innledningsvis er det flere meglere som feilaktig tror at obligasjonen forhindrer kreditorbeslag i eiendommen.¹¹⁶ Videre kan bruk av sikringsobligasjoner medføre at eiendomsmarkedet blir uoversiktlig; i stedet for at de reelle eierforhold fremgår av grunnboken fremgår disse indirekte gjennom pantobligasjoner. Endelig er sikringsobligasjoner, der de brukes som et rettsvernssurrogat for eiendomsretten, i liten grad kredittskapende og dermed ikke i tråd med det sentrale formål bak pantinstituttet.¹¹⁷

Spørsmålet er dermed om det hadde hatt en samfunnsmessig heldig virkning dersom praksisen med sikringsobligasjoner hadde opphørt. Først og fremst må det påpekes at sikringsobligasjoner fyller et viktig rolle ved mer ordinære eiendomssalg, hvor overskjøting og overgang av eiendomsrett er ment å skje samtidig. At kjøperen her skal ha sikkerhet for det han måtte ha betalt før rettsvern er oppnådd, er bare rett og rimelig. Nå kan det riktignok innvendes at avhendingsloven § 2-9 gir kjøperen legalpant for utbetalt kjøpesum i perioden før han har fått hjemmel til eiendommen. Problemet med legalpanteretten etter avhendingsloven § 2-9 er imidlertid at den får rettsvern på samme måte som avtalepant i fast eiendom.¹¹⁸ I og med at stiftelsesgrunnlaget for panteretten følger av vilkårene i § 2-9, stiftes panteretten idet kjøpesummen utbetales og den kan først tinglyses fra dette tidspunkt. Kjøperen vil dermed være eksponert for risiko dersom kjøpesummen betales samtidig som eiendomsretten tinglyses, fordi han ikke oppnår kreditorvern før dagen *etter* at panteretten er tinglyst.¹¹⁹ Sikringsobligasjoner stiftes derimot ved avtale og kan tinglyses før kjøpesummen er utbetalt, hvilket vil eliminere risikoen for at kjøpesummen går tapt dersom selgeren går konkurs samme dag som kjøpesummen utbetales og eiendommen tinglyses på kjøperen.

Det konstateres dermed at sikringsobligasjoner fyller et viktig og praktisk behov ved de ordinære eiendomssalg. Samtidig har obligasjonen en noe uheldig samfunnsmessig virkning der kjøperen velger å la den stå som sikkerhetsinstrument *i stedet for* tinglysing av sin

¹¹⁶ Jf. punkt 1.2 ovenfor.

¹¹⁷ Den «viktigste rettspolitiske begrunnelse for avtalepanterett er at den virker kredittskapende», jf. Skoghøy (2008) s. 26.

¹¹⁸ Jf. avhendingsloven § 2-9 annen setning, jf. panteloven § 6-1(4).

¹¹⁹ Jf. tinglysingsloven §§ 20 og 23.

eiendomsrett. Man kan bøte på dette problemet ved å la sikringsobligasjonen opphøre dersom kjøper har hatt mulighet til å skaffe seg rettsvern for eiendomsretten. Grensene kan imidlertid være vanskelig å trekke, og faren er at dette kan skape enda mer forvirring i eiendomsmarkedet. Det synes heller ikke å være rettskildemessig dekning for å trekke slike grenser. Andre muligheter er å gjøre endringer på det politiske plan; det er åpenbart dokumentavgiften som årsaken til den praksis som har oppstått, og som påpekt av *Marthinussen* er det vanskelig å se begrunnelsen for at skatt på eiendomskjøp skal knyttes til tinglysingsakten, i hvert fall når dokumentavgiften er en ren fiskalavgift som ikke finansierer driften av tinglysingssystemet.¹²⁰

¹²⁰ Marthinussen (2016) s. 171.

6 Kilder og litteraturliste

Lover og forskrifter

Avhendingsloven	Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93
Borettslagsloven	Lov om burettslag av 6. juni 2003 nr. 39
Dekningsloven	Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59
Foreldelsesloven	Lov om foreldelse av fordringer av 18. mai 1979 nr. 18
Konkursloven	Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58
Luftfartsloven	Lov om luftfart av 11. juni 1993 nr. 101
Panteloven	Lov om pant av 8. februar 1980 nr. 2
Sjøloven	Lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr. 39
Tvangsfullbyrdsloven	Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86
Tinglysingsloven	Lov om tinglysing av 7. juni 1935 nr. 2
Vedtak om særavgifter 2016	Stortingsvedtak om særavgifter til statskassen for budsjettåret 2016, FOR-2015-12-14-1570

Forarbeider

NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
NOU 1982:17	Ny tinglysingslov
NOU 2000:17	Burettsløvene
Ot.prp.nr.11 (1975-1976)	Om lov om dokumentavgift
Or.prp.nr.39 (1977-1978)	Om pantelov
Ot.prp.nr.66 (1990-1991)	Om lov om avhending av fast eiendom
Ot.prp.nr.84 (1992-1993)	Om lov om endring i lov 16. desember 1960 nr. 1 om luftfart
Ot.prp.nr.30 (2002-2003)	Om lov om bustadbyggjelag og lov om burettslag

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1931 s. 1254

Rt. 1932 s. 1170

Rt. 1934 s. 1170

Rt. 1936 s. 731

Rt. 1994 s. 755 (Yousuf)

Rt. 1997 s. 160

Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey)

Rt. 1998 s. 1510

Rt. 1999 s. 247

Rt. 1999 s. 408

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2007 s. 209 (Hex)

Rt. 2008 s. 586 (Fagutleie)

Rt. 2010 s. 710

Rt. 2012 s. 335 (Notar)

Rt. 2012 s. 782

Underrettsavgjørelser

LE-2004-57225

LB-2005-175564

09-157375TVI-AHER/2 (upublisert dom avsagt i Asker og Bærum tingrett 15. mars 2010)

12-149531TVI-FRED (upublisert dom avsagt i Fredrikstad tingrett 11. februar 2013)

15-135653TVI-NOHO (upublisert dom avsagt i Nordhordland tingrett 20. oktober 2016)

Høringsuttalelser

Kredittilsynets høringsnotat (2009) Kredittilsynet 2. juni 2009, Høringsnotat med forslag til endring av lov 29. juni 2007 om eiendomsmegling og forskrift 23. november 2007 nr. 1318 om eiendomsmegling.

Link:<http://www.finanstilsynet.no/PageFiles/13004/horingsnotat-forslag-til-endring-20090602.pdf> (lesedato: 12. desember 2016)

Litteraturliste

- Arnholm (1976) Arnholm, Carl Jacob. *Panteretten*. Oslo : Tanum, 1976, XXI, 382 s.
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. Oslo : M.H. Andenæs, 2009, 173 s.
- Brækhus (2005) Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 2 : pant og annen realsikkerhet*. Oslo : Universitetsforlaget, 2005, 667 s.
- Brækhus & Hærem (1964) Brækhus, Sjur. *Norsk tingsrett*. Oslo : Universitetsforlaget, 1964, 688 s.
- Falkanger (2008) Falkanger, Thor. *Tvangsfullbyrdsloven: (lov av 26. juni 1992 nr 86 om tvangsfullbyrdelse med tillegg av tvisteloven kapittel 32 til 34 om midlertidig sikring)*. Oslo : Universitetsforlaget, 2008, 2 b.
- Falkanger (2013) Falkanger, Thor. *Tingsrett*. Oslo : Universitetsforlaget, 2013, 910 s.
- Falkanger LoR (2013) Falkanger, Thor. *Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring*. I: Lov og Rett 2013 s. 195-213.

- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Oslo : Tano Aschehoug, 2001, 414 s.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo : Universitetsforlaget, 2011, 968 s.
- Huser (1983) Huser, Kristian. *Avtaletolkning : en innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del*. Bergen : Universitetsforlaget, 1983, 627 s.
- Krüger (1999) Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. Bergen : Alma mater, 1999, 809 s.
- Lilleholt (1998) Lilleholt, Kåre. *Litt om sampant*. I: Stat, politikk og folkestyre – festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen. Bergen. Alma Mater, 1998, s. 723-729
- Lilleholt (2000) Lilleholt, Kåre. *Bruk av reelle omsyn i formueretten*. I: Jussens Venner 2000 s. 49 - 60
- Lilleholt (2012) Lilleholt, Kåre. *Allmenn formuerett : fleire rettar til same formuesgode*. Oslo : Universitetsforlaget, 2012, 357 s.
- Lilleholt (2015) Lilleholt, Kåre. *Oppgjer ved eigedomskjøp uten usikra kreditt*. I: Lov og Rett 2015 s. 39-57.
- Madsen (2015) Madsen, Leif Petter. *Dekningsloven : med kommentarer*. Oslo : Gyldendal, 2015, 478 s.
- Marthinussen (2010) Marthinussen, Hans Fredrik. *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*. Oslo : Cappelen akademisk forlag, 2010, 594 s.
- Marthinussen (2014) Marthinussen, Hans Fredrik. *Kreditorbeslag i «ledig plass» i panteretter?* I: Jussens Venner 2014 s. 359 – 381.
- Marthinussen (2016) Marthinussen, Hans Fredrik. *Tredjemannsproblemene : Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*. Oslo : Cappelen Damm, 2016, 262 s.
- Monsen (2012) Monsen, Erik. *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*. Oslo : Cappelen Damm akademisk, 2012, 291 s.
- Rosén (2008) Rosén, Karl. *Eiendomsmegling : rettslige spørsmål*. Oslo : Gyldendal akademisk, 2008, 627 s.
- Røsæg (2010) Røsæg, Erik. *Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom*. I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs på 70-årsdagen. Oslo: Gyldendal, 2010, s. 253 - 265

- Sandvik/Krüger/Giertsen (1982) Sandvik, Tore. *Norsk panterett*. Bergen : Universitetsforlaget, 1982, XXV, 463 s.
- Skoghøy (2008) Skoghøy, Jens Edvin A. *Panterett*. Oslo : Universitetsforlaget., 2008, 367 s.
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A. *Panteloven med kommentarer*. Oslo : Gyldendal Juridisk, 2016, 607 s.