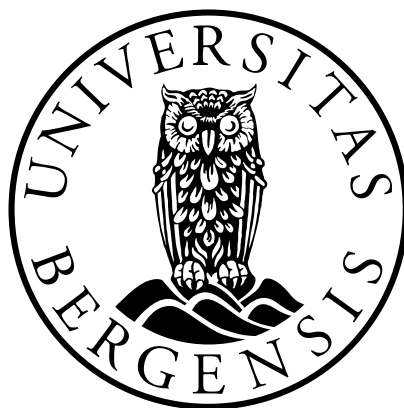


# Forbrukerkjøpers kreditorvern ved forskuddsbetalt tilvirkningskjøp av løsøre

Kandidatnummer: 226244

Antall ord: 14324



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Presentasjon av emnet .....	3
1.2 Avgrensning av oppgaven .....	4
1.3 Historisk utgangspunkt.....	5
1.4 Beslagsretten.....	7
2 Rettsvern.....	9
2.1 Overleveringsprinsippet.....	10
2.1.1 Krav om overlevering.....	10
2.1.2 Fordeler med et overleveringskrav .....	11
2.1.3 Ulemper med et overleveringskrav .....	12
2.2 Avtaleprinsippet.....	13
2.2.1 Rettsvern i og med avtalen .....	13
2.2.2 Fordeler med et avtaleprinsipp .....	13
2.2.3 Ulemper med et avtaleprinsipp .....	15
3 Rettsvernskravet for løsøre.....	16
3.1 Avtale om eiendomsrettens overgang.....	16
3.2 Krav til eierrådighet – et krav om overlevering?.....	17
3.3 En hovedregel om et overleveringskrav? .....	21
3.4 Hensynet til notoritet og hensynet til å motvirke kreditorsvik som begrunnelse for et krav om overlevering .....	23
3.5 Omsetningshensyn taler for et avtaleprinsipp .....	26
3.6 Utfordringene knyttet til kredittmomentet ved forskuddsbetaling .....	28
3.7 Oppsummering .....	30
4 Rettsvernskravet i tilvirkningskjøpstilfellene.....	32
4.1 Forskuddsbetaling vanlig ved tilvirkningskjøp .....	32
4.2 Unntak for større tilvirkningskontrakter.....	33
4.3 Omsetningshensyn.....	36
4.4 Delbetaling.....	38
4.5 Et generelt unntak for tilvirkningskjøp?.....	39
5 Særlig om forbrukerhensyn .....	42

5.1	Om forbrukervern .....	42
5.2	Forbrukerkjøperens behov for vern ved avtaleinngåelse.....	43
5.3	Manglende kunnskap om rettsvernskravet .....	45
5.4	Minimal fare for kreditorsvik .....	46
5.5	Utfordringene knyttet til en særregel for forbrukere .....	47
5.6	Oppsummering .....	48
6	Avsluttende bemerkninger .....	49
	Litteraturliste .....	51

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av emnet

Tilvirkningskjøp<sup>1</sup> gjennomføres som oftest ved at kjøper *forhåndsbetaler* den varen som selger skal tilvirke, enten helt eller delvis. Dette innebærer i realiteten at kjøper gir selger usikret kreditt ettersom kjøper yter sin del av avtalen før selger leverer varen. Dette er et unntak fra prinsippet om samtidighet ved ytelse mot ytelse – at overlevering av vare og betaling skjer på samme tidspunkt. Forhåndsbetaling er en sikkerhet for selger, i den forstand at han sikrer seg betaling for varen som skal tilvirkes. Det er et spesielt behov for sikkerhet ved tilvirkningskjøp, da det ikke nødvendigvis finnes et marked for salg til andre enn bestilleren. Forhåndsbetaling er i tillegg en måte å finansiere selve tilvirkningsprosessen. Problemet oppstår i de tilfellene hvor selgeren går konkurs under tilvirkningsprosessen. Det oppstår her en tvist mellom kjøper og konkursboet om hvorvidt boets beslagsrett omfatter tilvirkningsgjenstanden.

Tilfellet illustreres ved følgende eksempel<sup>2</sup>:

Peder Ås inngikk 10. september 2017 en avtale med Lillevik Bunad, den lokale bunadsforretningen i Lillevik, om kjøp av bunad som han skulle ha til 17. mai 2018. Lillevik Bunad forsikret Peder Ås om at bunaden ville være klar i god tid før nasjonaldagen, og ved avtaleinngåelsen forhåndsbetalte Ås bunaden som hadde en pris på kr. 20.000. Den 2. februar 2018 ble Lillevik Bunad slått konkurs som følge av lav omsetning over lang tid, hvilket hadde resultert i mange ubetalte regninger. På dette tidspunktet var ikke bunaden ferdigstilt, da det manglet både montering av selve bunaden og påsyning av knapper. Til Ås' store forskrekkelse, beholdt konkursboet bunaden og han endte opp med kun et dividendekrav det ikke var midler igjen til å dekke da prioriterte fordringshavere hadde forsynt seg av boets midler.

---

<sup>1</sup> Med «tilvirkningskjøp» menes avtaler hvor selger påtar seg å fremstille et bestemt produkt for kjøper og kjøperen «ikke for det vesentlige skal fremskaffe materialene». Der hvor kjøperen selv fremskaffer materialene, har kjøperen eiendomsretten til tilvirkningsgjenstanden i kraft av å ha eiendomsrett til materialene. Se Lasse Simonsen, *Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene*, Jussens Venner 1999 s. 305-399 på side 307 og Hilde Hauge, *Løspørereververs kreditorvern*, Bergen 2016 s. 166

<sup>2</sup> Eksempel hentet fra seminaroppgave fra kurs i allmenn formuerett ved Universitet i Bergen våren 2017

Et slikt resultat som i det fiktive faktumet, virker umiddelbart urettferdig sett fra forbrukerens<sup>3</sup> side. Ofte er forhåndsbetalingen en forutsetning for at avtalen kommer i stand, hvilket betyr at kjøperen fratras muligheten til å holde egen ytelse tilbake dersom selger skulle misligholde eller gå konkurs. Der det er tale om større forskuddsbetalte beløp, som f.eks. er tilfellet for bunad, brudekjoler eller møbler, vil dette kunne ramme forbrukeren hardt, da slike kjøp som regel utgjør et større innhugg i den private økonomi.

Oppgavens tema er forbrukerkjøpers kreditorvern<sup>4</sup> ved forskuddsbetalt tilvirkning av løsøre<sup>5</sup>. Problemstillingen er hva som skal til for at forbrukerkjøperen oppnår kreditorvern for den forskuddsbetalte tilvirkningsgjenstanden.

I det følgende skal jeg foreta en avgrensning av oppgaven (punk 1.2), før jeg kort gjør rede for det historiske utgangspunktet (punkt 1.3) og beslagsretten (punkt 1.4). I oppgavens hoveddel skal jeg først gjøre rede for rettsvern (punkt 2), herunder overleveringsprinsippet og avtaleprinsippet, hvilket har sin hensikt i å gi et utgangspunkt for drøftelsen av rettsvernskravet for løsøre i punkt 3 og særskilt om rettsvernskravet i tilvirkningskjøpstilfellene i punkt 4. Under punkt 5 vil jeg behandle forbrukerhensyn og drøfte om disse tilsier at det bør være en særregel for forbrukerkjøp<sup>6</sup>, før jeg kommer med avsluttende bemerkninger i punkt 6.

## 1.2 Avgrensning av oppgaven

For at problemstillingen skal komme på spissen, er det en forutsetning at konkursboet velger å ikke tre inn i avtalen med kjøperen etter dekningsloven § 7-3. Det tas også utgangspunkt i de tilfellene hvor konkurs åpnes, slik at kreditorbeslag ved utlegg ikke omfattes. Jeg vil i all

---

<sup>3</sup> Med forbruker menes «fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet», jf. forbrukerkjøpsloven § 1 tredje ledd

<sup>4</sup> At kjøper har oppnådd vern mot selgerens kreditorer, se Hauge s. 11-12

<sup>5</sup> Formuesgoder som ikke er fast eiendom, se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett – Fleire rettar til same formuesgode*, Oslo 2012 s. 65

<sup>6</sup> Med forbrukerkjøp menes «salg av ting til en forbruker når selgeren eller selgerens representant opptre i næringsvirksomhet», jf. fkjl. § 1 annet ledd

hovedsak ta sikte på de tilfellene hvor den forskuddsbetalte varen er betalt i sin helhet. Tilgrensende tilfeller som delvis betaling drøftes særskilt under punkt 4.5.

Oppgaven vil kun omfatte de tilfellene der det er tale om ikke realregistrerbart løsøre. Der hvor løsøret er realregistrerbart kan rettsvernsproblematikken ofte løses ved registrering, slik at problemstillingen ikke vil komme på spissen i like stor grad som tilfellet vil være ved ikke realregistrerbart løsøre.

Oppgavens problemstilling (punkt 1.1) vil drøftes med bakgrunn i de tilfellene hvor det foreligger en gyldig og reell avtale mellom A (debitor/selger) og S (suksessor). Dette er for å redegjøre for hva som er gjeldende rett i de typiske forbrukerkjøpstilfellene – der forbrukeren har forskuddsbetalt for å bli reell eier av tingen når denne er ferdigstilt. Det avgrenses følgelig mot pro forma-avtaler ettersom kjøper ikke oppnår reelt eierskap til tingen. Det avgrenses også mot gaver og gavesalg, da det i disse tilfellene ikke er noe vederlagsmoment eller kun et mindre beløp som ikke gjenspeiler gjenstandens egentlige verdi.

### 1.3 Historisk utgangspunkt

Hva gjelder rettsvernskravet for løsøre, så har utviklingen gått i svingninger i dansk-norsk juridisk teori.<sup>7</sup> Det har vært uenighet om det gjelder et avtaleprinsipp eller et tradisjonsprinsipp for å oppnå rettsvern for løsøre.<sup>8</sup> Det var i utgangspunktet naturretten som var dominerende i dansk-norsk teori, før romerretten med sin *constitum possessorium*<sup>9</sup> ble introdusert på slutten av 1700-tallet.<sup>10</sup> Til tross for uenigheten rundt om det gjaldt et avtaleprinsipp eller et overleringsprinsipp, er det ingen avgjørende dom fra dette tidsrommet som legger klart til grunn det ene eller det andre som gjeldende rett.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1971 s. 500

<sup>8</sup> FR. Vinding Kruse, *Ejendomsretten* 3. udgave andet bind, København 1951 s. 810

<sup>9</sup> Constitum possessorium innebærer avtale om at avhender sitter med formuesgodet på selgers vegne, se Hauge s. 90

<sup>10</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 500

<sup>11</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 500

Historisk har spørsmålet om rettsvern vært løst ut fra «synspunkter knyttet til eiendomsrettens overgang», hvilket harmonerer med ordlyden av «tilhører» i dekningsloven § 2-2.<sup>12</sup> Hagerup var av den oppfatningen at man ikke ubetinget kunne kreve overlevering for overføring av eiendomsretten. Besittelsesovergang kunne være et viktig tolkningsmoment, men det avgjørende var rettshandelen, altså avtalen uttalte Hagerup i sin artikkel i Rt. 1884 s. 673-784, men utover dette sa han ingenting om hva som skulle til for å oppnå rettsvern.<sup>13</sup>

Tidlig 1900-tallet avsa Høyesterett tre dommer (Rt. 1909 s. 734, Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263), der det ble lagt til grunn at avtalen er utgangspunktet for spørsmålet om eiendomsrettens overgang. I Rt. 1909 s. 734 og Rt. 1912 s. 263 bygde Høyesterett på et avtaleprinsipp og la til grunn at tilstrekkelig individualisering av salgsgjenstanden ga kjøper rettsvern. I Rt. 1910 s. 231 krevde Høyesterett derimot overlevering for at kjøper skulle oppnå rettsvern da avtalen mellom partene ikke fastsatte et annet tidspunkt for overgangen av eiendomsretten. Jeg behandler dommene nærmere under punkt 3.1 og 3.2.

Om det gjaldt et krav om overlevering for å oppnå rettsvern for kjøp av løsøre utover avtalen mellom partene, har etter domsavsigelsene fra 1909-1912 vært omdiskutert i teorien. Fra tidlig 1900-tallet og frem til 1952, støttet forfattere som blant annet Knoph<sup>14</sup>, Kruse<sup>15</sup> og Illum<sup>16</sup> synspunktet om at eiendomsretten går over i og med avtalen, slik tilfellet var i Rt. 1909 s. 734 og Rt. 1912 s. 263.

Den danske teoretikeren Ross var derimot av den oppfatning om at det burde gjelde et absolutt krav om overlevering. Han mente imidlertid at det burde gjøres unntak for tilvirkningskjøp, da det i disse type kjøp er vanlig for selger å kreve forskuddsbetaling.

---

<sup>12</sup> Hauge s. 193

<sup>13</sup> Francis Hagerup, *Om Tradition som betingelse for Overdragelse af Løsøre*, Norsk Retstidende 1884 s. 673-784

<sup>14</sup> Ragnar Knoph, *Oversikt over Norges Rett*, 3. utgave ved Sverre Grette (1949) s. 188

<sup>15</sup> Kruse s. 1187

<sup>16</sup> Knud Illum, *Dansk Tingsret 1. del*, København 1952 s. 328

Ettersom kjøper i disse tilfellene ikke kunne motsette seg forskuddsbetalingen, uttalte Ross at partene måtte ha adgang til å avtale at eiendomsretten gikk over på et tidligere tidspunkt.<sup>17</sup> I norsk juridisk teori ble det absolutte kravet til overlevering fulgt opp av Lindebrække. Han mente at dette var det eneste middelet som var egnet til å sikre notoritet. Han trakk blant annet frem at i de tilfellene hvor kjøperen har forskuddsbetalt, «vil boet bare i de sjeldneste tilfelle nyte godt av det. Som regel går det enten til debitor selv eller til en annen særlig pågående kreditor. For konkursboet er derfor tingen selv et langt bedre dekningsobjekt enn kjøpesummen».<sup>18</sup>

Brækhus og Hærem har blant annet på bakgrunn av dommen fra 1910 tatt til ordet for at det i norsk rett gjelder en hovedregel om overlevering for å oppnå rettsvern for kjøp av løsøre. Med henvisning til at det ikke gjaldt et ubetinget krav om overlevering, mente de at det heller ikke er slik at «alltid avtalen vil være nok». Selv om deres synspunkt om at det gjaldt en hovedregel om overlevering i all hovedsak var de lege ferenda, har dette synspunktet fått bred oppslutning som gjeldende rett i senere norsk juridisk teori.<sup>19</sup> Mer om dette under punkt 3.3.

## 1.4 Beslagsretten

Beslagsrettens hovedregel er fastslått i dekn. § 2-2, som gir fordringshaverne rett til dekning i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden», og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger. Det avgjørende er etter dekn. § 2-2 om det omtvistede formuesgodet «tilhører skyldneren på beslagstiden». Skjæringstidspunktet for hva som regnes for «på beslagstiden» etter § 2-2, er for konkurs det «tidspunkt da kjennelse om åpning av konkurs ble avsagt», jf. dekn. § 1-4 tredje ledd.

---

<sup>17</sup> Alf Ross, *Ejendomsrett og Ejendomsovergang*, København 1935 s. 167 flg.

<sup>18</sup> Sjur Lindebrække, *Eiendomsrett og konkursbeslag – prinsipielle synspunkter i løsøreomsetningen*, Bergen 1946 s. 213

<sup>19</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 514



At kreditorene kun kan søke dekning i formuesgoder som «tilhører skyldneren på beslagstiden» etter dekl. § 2-2 henger sammen med at kreditorene ikke får bedre rett enn det skyldneren selv har.<sup>20</sup> Konflikten oppstår når både kreditor (B) og innehaver av en eldre rett (S) utledet fra debitor (A) hevder rett til samme ting. Hovedregelen er at kreditor vanligvis må respektere eldre retter til et formuesgode, men dersom den eldre retten utledet fra debitor ikke har rettsvern, kan suksessors rett likevel måtte vike for kreditorbeslaget.<sup>21</sup>

Ordlyden av «tilhører» viser til at det avgjørende vil være om eiendomsretten har gått over på kjøper (S), men vilkåret i seg selv gir ingen anvisning på *hva* som skal til for at eiendomsretten anses for å ha gått over. Leser man ordlyden i sammenheng med at boet trer inn i skyldnerens rettsstilling «på beslagstiden», vil det være tilstrekkelig at erverver (S) og avhender/debitor (A) har avtalt at eiendomsretten har gått over, forutsatt at avtalen gjelder en spesifikk eller på beslagstidspunktet individualisert vare.<sup>22</sup>

Hva som anses å «tilhøre skyldneren på beslagstiden» må sees i sammenheng med rettsvernsreglene. Sammen med bevisreglene, trekker rettsvernsreglene grensene for beslagsretten i forhold til tredjemann.<sup>23</sup> Dette behandles nedenfor i punkt 2.

---

<sup>20</sup> Hauge s. 93. Se også Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene – om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, Bergen 2016 s. 155

<sup>21</sup> Lilleholt s. 31

<sup>22</sup> Hauge s. 93-94

<sup>23</sup> NOU 1972:20 s. 255

## 2 Rettsvern

Avtalen mellom erverver og overdrager regulerer i utgangspunktet kun rettsforholdet mellom partene. For at disposisjonen skal ha betydning overfor selgerens kreditorer, må avtalen i tillegg til å være gyldig og reell, også ha rettsvern. Et erverv må ha *rettsvern* for å stå seg overfor overdragerens fordringshavere i en konkurs. Hva som skal til for å oppnå rettsvern, avhenger av hvilken type formuesgode det er tale om. Eksempler her er tinglysning av ervervet eller at det markeres ved andre ytre kjennetegn<sup>24</sup>. Hauge definerer *rettsvernakt* som en «ytre markering utover partenes avtale om overføring av rettigheten til formuesgodet, som må iakttas for at en rettsstiftelse i et bestemt formuesgode skal stå seg overfor et etterfølgende kreditorbeslag».<sup>25</sup>

Rettsvernsreglene regulerer forholdet til A's konkursbo og kreditorer. Disse reglene har som formål å ivareta hensynet til *notoritet*, hvilket innebærer at disposisjonen mellom skyldner og suksessor skal kunne etterprøves.<sup>26</sup> Selve begrunnelsen for rettsvernsreglene har sin bakgrunn i et ønske om å beskytte kreditorene mot svikaktige disposisjoner fra skyldners side. Skyldner kan eksempelvis ha et ønske om å unndra midler fra dekning og dermed konstruerer fiktive avtaler om salg og liknende til tredjeparter.<sup>27</sup>

For løsøre er rettsvernsreglene ulovfestet, men det er usikkerhet rundt hva som skal til for at forskuddsbetalende kjøper oppnår rettsvern. Det er to hovedsynspunkter som har stått mot hverandre: *avtaleprinsippet*, der kjøper får rettsvern ved avtalen og *tradisjonsprinsippet* (også *overleveringsprinsippet*), der rettsvern oppnås ved overlevering av salgsgjenstanden. I norsk juridisk teori har synet på hvilket prinsipp som er gjeldende vært vekslende.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Mads Henry Andenæs, *Konkurs* 3. utgave, OSLO 2009 s. 244

<sup>25</sup> Hauge s. 73

<sup>26</sup> Marthinussen s. 27

<sup>27</sup> Marthinussen s. 155

<sup>28</sup> Andenæs s. 260

## 2.1 Overleveringsprinsippet

### 2.1.1 Krav om overlevering

Tanken bak overleveringskravet er at det, utover avtalen mellom partene, er et behov for en særskilt rettsvernakt. Overleveringen blir både et *faktisk* bevis på at eiendomsoverdragelsen har funnet sted i tillegg til å være skjæringspunktet for når kreditorvern oppnås. Spørsmålet her blir naturligvis hva som ligger i kravet til *overlevering*.

Brækhus og Hærem uttaler at løsørekjøperen kun legitimeres ved at han har tingen i sin besittelse. De mener at begrepet skal tolkes snevert, slik at det er tale om «ihendehavelse» og at «[b]esittelsen må være eksklusiv». De åpner imidlertid for at andre momenter kan tas med i vurderingen, som f.eks. «hvor lenge besittelsen har vart, om besitteren kan fremlegge et hjemmelsdokument, f.eks. en kjøpekontrakt osv».<sup>29</sup> Håstad legger også til grunn at det kun er besittelse som gir rettsvern etter overleveringsprinsippet. Dette innebærer at så lenge tingen befinner seg hos selgeren, er ikke kjøperen beskyttet mot selgerens kreditorer.<sup>30</sup>

Hauge trekker frem at dersom det skulle gjelde et krav om overlevering for å oppnå rettsvern, kan det være nærliggende å ta utgangspunkt i besittelsesovergangen fra avhender til erverver, der hovedpoenget er at erverver «oppnår faktisk og rettslig rådighet over gjenstanden».<sup>31</sup> Dersom kravet tolkes vidt, kan det tenkes at vilkåret om overlevering er innfridd så lenge erverver har rådighet over tingen. Det er da gjerne snakk om tilfeller hvor tingen befinner seg hos avhender, men erverver likevel har rådighet. Et eksempel på dette er der hvor salgsgjenstanden er ferdig og klar til levering, men ikke hentet av erververen på grunn av forhold på dennes side.

---

<sup>29</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 457

<sup>30</sup> Torgny Håstad, *Sakrätt – avseende lös egendom, sjätte omarbetade upplagan med supplement*, mars 2000, Stockholm 1996 og 2000 s. 51

<sup>31</sup> Hauge s. 89

Det er altså enighet om at kravet til overlevering innebærer en besittelsesovergang fra avhender til erverver, der uenigheten knytter seg til tolkningen av hva besittelse innebærer. Rent praktisk har ikke denne uenigheten om tolkningen særlig stor betydning. Der hvor kjøper har rådighet over salgsgjenstanden, men den fortsatt befinner seg hos selgeren i kjøperens interesse, har Brækhus og Hærem lagt til grunn at det gjøres unntak fra besittelseskravet for *interesselæren*.<sup>32</sup>

### 2.1.2 Fordeler med et overleveringskrav

Det som i utgangspunktet har vært en av begrunnelsene for overleveringskravet, er at det er enkelt og praktisk å håndheve ettersom det da blir spørsmål om debitor har den omtvistede tingen i sin besittelse eller ikke. Overleveringskravet har derfor blitt ansett for å være best egnet til å ivareta hensynet til notoritet.<sup>33</sup> Lilleholt mener at fratakelse av besittelse av løssøre gir notoritet fordi det ofte lar seg vise hvor tingen befant seg da konkursen ble åpnet, og at notoritet er det viktigste hensynet bak rettsvernsreglene.<sup>34</sup> Enkelte teoretikere har også trukket frem hensynet til sammenhengen i rettssystemet som en begrunnelse for overleveringskravet, og mener her at det må være samme løsning for å oppnå rettsvern ved kjøp av løssøre som det er å oppnå rettsvern ved håndpant.<sup>35</sup>

Det må her også påpekes at overleveringskravet er den «beste» regelen for boet og kreditorene. Først og fremst fordi det er en enkel regel for boet å forholde seg til, men også fordi kreditorfellesskapet ikke vil være spesielt interessert i å gjennomføre et kjøp med en forskuddsbetalende kjøper, da de er bedre tjent med å beholde varen enn å utlevere den.<sup>36</sup> Å gjennomføre et kjøp av en påstått forskuddsbetalt vare vil medføre at boet må bruke tid og

---

<sup>32</sup> I teorien har det at selgeren sitter på gjenstanden i kjøperens interesse etter rettspraksis fra tidlig 1900-tallet blitt tolket som at det i disse tilfellene gjelder et unntak fra prinsippet om overlevering. Dette unntaket ble kalt for *interesselæren*, og dekker etter Brækhus og Hærem konstruksjon de tilfellene hvor tingen er leveringsklar, men kjøper ikke ønsker eller har ikke mulighet til å ta imot gjenstanden. Se Brækhus og Hærem s. 513

<sup>33</sup> Andenæs s. 260

<sup>34</sup> Lilleholt s. 291

<sup>35</sup> Andenæs s. 260

<sup>36</sup> Ulf Göranson, *Traditionsprincippet*, Uppsala 1985 s. 654

penger på å kontrollere bevis for forskuddsbetalingen. Et overleveringskrav er dermed mindre kostbart og tidkrevende for boet.

### 2.1.3 Ulemper med et overleveringskrav

Et av hensynene som taler mot et overleveringsprinsipp, er at det medfører at den forskuddsbetalende kjøperens stilling forblir usikker så lenge salgsgjenstanden forblir hos selger, og dette kan bidra til å «forhindre at partene i felles interesse avtaler ellers hensiktsmessige og legitime ordninger».<sup>37</sup> En annen ting, er at overleveringsprinsippet er noe unyansert og utdatert i forhold til samfunnsutviklingen. Handelsmarkedet er stadig voksende, og nye typer avtaler inngås hele tiden, slik at det vil være et behov for mer fleksible og omsetningsvennlige regler som legger til rette for kjøp og salg. Ved enkelte typer avtaler, som f.eks. avtaler om tilvirkningskjøp, er forskuddsbetaling ofte nødvendig for at avtalen kan komme i stand. I slike tilfeller kan et absolutt krav om overlevering medføre tap for en kjøper om selgeren går konkurs før tingen er overlevert.

Det er også mulig at hensynet til notoritet, som har vært det viktigste hensynet bak overleveringsprinsippet, også kan ivaretas ved andre beviskrav enn besittelse, som for eksempel en kontoutskrift som bevis på at den omtvistede gjenstanden er betalt av kjøperen. Marthinussen viser i denne sammenheng til at det de siste årene har funnet sted en omfattende utvikling av betalingssystemer, samt en «omfattende regulering av betalingstransaksjoner gjennom skatteregler og regler som skal hindre hvitvasking», og at det derfor i dag foreligger «en helt annen mulighet til å etterprøve kontantstrømmer».<sup>38</sup>

Forbrukerkjøpere med manglende kunnskap om risikoen ved forskuddsbetaling vil lett kunne rammes hardt av et overleveringskrav der tingen enda ikke er levert. De aller fleste forbrukere har liten kunnskap om rettsvernkravet for løvsøre om selger skulle gå konkurs før tingen er overlevert, da de fleste antakelig inngår slike avtaler uvitende om selgers økonomi. Ulempen

---

<sup>37</sup> Andenæs s. 260

<sup>38</sup> Marthinussen s. 164

med et overleveringskrav ved forskuddsbetalt tilvirkningskjøp, er at kjøperen ikke får noen form for sikkerhet fra tidspunktet for avtaleinngåelse og forskuddsbetaling til tingen er ferdig tilvirket og klar for levering.

## 2.2 Avtaleprinsippet

### 2.2.1 Rettsvern i og med avtalen

Avtaleprinsippet innebærer, som nevnt ovenfor, at man oppnår rettsvern overfor avhenders kreditorer ved avtaleinngåelse. Avtaleprinsippet forutsetter at kontraktsgjenstanden er individualisert som et grunnleggende krav for retten til en bestemt ting.<sup>39</sup> Begrunnelsen for dette er at «dersom det ikke er tilstrekkelig klart hvilket formuesgode som er ervervet, er det ikke tilstrekkelig grunn til at erverver skal stå i en annen stilling enn øvrige kreditorer som har en alminnelig fordringsrett mot skyldner» og at det kan hevdes å være større fare for kreditorsvik dersom det er usikkert hvilken gjenstand som er ervervet.<sup>40</sup>

Tidspunktet for eiendomsovergangen er etter avtaleprinsippet «det tidspunkt hvor eiendomsretten etter avtalen mellom partene skal gå over fra avhender til erverver».<sup>41</sup> Det er her en forutsetning at avtalen er gyldig og reell, ettersom en pro forma-avtale ikke vil innebære en eiendomsovergang fra skyldneren til en erverver.

### 2.2.2 Fordeler med et avtaleprinsipp

En av fordelene med et avtaleprinsipp, er at det er en mer fleksibel løsning i de situasjoner der kreditorsviksfaren jevnt over er veldig liten. Dette gjelder blant annet i forbrukerkjøp ettersom forbrukere normalt ikke har noen interesse i å gjennomføre svikaktige disposisjoner til skade

---

<sup>39</sup> Vagn Carstensen, *Ting og sager 1 – løsevekøberens rettsstilling over for sælgerens kreditorer*, København 1982 s. 13

<sup>40</sup> Hauge s. 65 og 84

<sup>41</sup> Hauge s. 71

for selgerens kreditorfellesskap. Et avtaleprinsipp ivaretar dermed bedre hensynet til forbrukere som den svake kontraktspart der denne har inngått avtale om forskuddsbetaling. Ofte er forskuddsbetaling en forutsetning for at avtalen kommer i stand, slik at kjøperen ikke har noe valg dersom hun ønsker å få tak i varen. Forbrukere har gjerne også begrenset kunnskap om rettsvernsregler, hvilket kan bety at forbrukeren ikke vet hva det innebærer å ikke lenger kunne holde tilbake egen ytelse. Et avtaleprinsipp medfører dermed at det ikke er like usikkert å inngå avtaler om forskuddsbetaling, som gjerne ofte er tilfellet der salgsgjenstanden skal tilvirkes. Der hvor kjøperen får eiendomsrett i og med avtalen, er det ikke nødvendig for kjøper å kreve noen annen form for sikkerhet, da avtalen i seg selv er sikkerhet nok for forskuddsbetalingen.<sup>42</sup>

Et annet viktig poeng, er hensynet til fleksibilitet. Det kan påstås at avtaleprinsippet er bedre egnet til å ivareta dette hensynet, og i denne sammenheng trekker Carstensen frem at det forekommer «i livets mangfoldighed et temmelig ubegrænset antal konstellationer af de faktiske forhold, hvorunder en købeaftale indgås, afvikles og finansieres, og det kan derfor være praktisk at have regler, der er tilpas fleksible til at kunne anvendes på de mange forskelligartede købsforhold».<sup>43</sup>

Fordelene med et avtaleprinsipp må også sees i sammenheng med samfunnsutviklingen som har skjedd over de siste få tiårene. Det er klart at det også før var mulig å sørge for bevis for at betaling har funnet sted i de tilfellene hvor ting ble forskuddsbetalt, men store teknologiske fremskritt har gjort det enda enklere å bevise at betaling har skjedd nå. De aller fleste betalinger kan nå spores, hvilket betyr at det er vanskeligere å lyve på seg en betaling enn hva det var for kortbetaling ble vanlig på 90-tallet. Da et avtaleprinsipp kan påstås å være mer fleksibelt og adaptasjonsdyktig enn et overleveringsprinsipp, vil et slikt prinsipp lettere kunne følge samfunnsutviklingens betydning for handelsmarkedet.

---

<sup>42</sup> Göranson s. 655

<sup>43</sup> Carstensen s. 15

### 2.2.3 Ulemper med et avtaleprinsipp

Den største ulempen med avtaleprinsippet, er ifølge Brækhus og Hærem antedatering.<sup>44</sup> Det største mothensynet mot et avtaleprinsipp, er at det er lett å lyve på seg en avtale om forskuddsbetaling av det omtvistede løøsøret. Det er ikke spesielt vanskelig å opprette et avtaledokument og datere det til før konkursen inntraff for å unngå kreditorbeslag. Det kan kanskje også hevdes at det er lettere i dag hvor slike dokumenter i all hovedsak opprettes elektronisk.

På en annen side, så vil dokumenter opprettet elektronisk i f.eks. Microsoft Word inneholde en datostempling fra dagen det ble opprettet slik at det vil være relativt enkelt å avsløre om avtalen er antedatert. Det vil ofte også være mulig å kontrollere andre elektroniske spor av avtaleinngåelsen som f.eks. epost, tekstmeldinger o.l.<sup>45</sup> Det at de fleste betalinger gjøres elektronisk er også med å vanskeliggjøre antedatering, da også betalingstransaksjonen vil være datostemplet på betalers kontoutskrift. Det kan derfor hevdes at antedatering til og med er vanskeligere i dag enn før. Dette vil imidlertid ikke være til hinder for at antedatering skjer likevel ettersom det er mulig å manipulere elektroniske data.

Enkelte forfattere har som en begrunnelse for overleveringsprinsippet trukket inn hensynet til sammenhengen i rettssystemet, da parallellen til håndpant (se punkt 3.3). Utfra dette synspunktet, vil et avtaleprinsipp ved forskuddsbetalt løøsøre innebære noe sprikende regler, da dette vil medføre et annet rettsvernkrav enn overlevering, slik det er ved håndpant etter panteloven § 3-2.

---

<sup>44</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 508

<sup>45</sup> Hauge s. 42-43



# 3 Rettsvernkravet for løsøre

For å kunne svare på hva som kreves for å oppnå kreditorvern for forskuddsbetalt tilvirkningskjøp av løsøre i forbrukerkjøp, må det først stilles spørsmål med hva som skal til for å oppnå rettsvern for løsøre generelt. Jeg vil derfor drøfte rettsvernkravet for løsøre her under punkt 3, før jeg i punkt 4 vil drøfte rettsvernkravet i tilvirkningskjøpstilfellene spesielt. Forbrukerkjøp behandles særskilt i punkt 5.

Rettsvernkravet for løsøre er ikke lovregulert, slik at hva som skal til for å oppnå rettsvern må søkes klarlagt gjennom de øvrige rettskildene.

## 3.1 Avtale om eiendomsrettens overgang

Rettspraksis på området er beskjedent ettersom det kun er tale om en liten håndfull dommer som behandler spørsmålet om rettsvernkravet for forskuddsbetalt løsøre. Blant disse er Rt. 1909 s. 734 *Tømmerdommen* som gjaldt en selger av 300 tylfter tømmer som ikke hadde levert til kontraktstiden. Han overdro derfor tømmeret til kjøperne til dekning for deres forskuddsbetaling ved en skriftlig erklæring. Selgerens konkursbo bestred overdragelsens gyldighet, der de gjorde gjeldende at overdragelsen var pantstillelse for eldre gjeld eller betaling med usedvanlig betalingsmiddel, og det ikke forelå tilstrekkelig individualisering av tømmeret.

Høyesterett fant at det her forelå en «virkelig eiendomsoverdragelse»<sup>46</sup> som kunne gjøres gjeldende overfor boet. Høyesterett mente at overdragelsen kun var en omleggelse av kontrakten slik den var opprinnelig, og derfor ikke kunne karakteriseres som pantstillelse for eldre gjeld. Hva gjaldt spesifisering, ble det blant annet vist til at kjøpesummen allerede var avgjort ved forskuddsbetalingen<sup>47</sup>, slik at det her måtte være snakk om et parti av den gitte størrelsen. Høyesterett fant derfor at tilstrekkelig individualisering av tømmeret her forelå og ga selger medhold. Det som er mest interessant ved dommen, er at Høyesterett synes å legge

---

<sup>46</sup> Rt. 1909 s. 734 på side 735

<sup>47</sup> Rt. 1909 s. 734 på side 736

til grunn at tilstrekkelig individualisering gir kreditorvern. Høyesterett fant også at overdragelsen som ble gjort ved avtalen kunne gjøres gjeldende overfor boet, og det ble ikke oppstilt noe eksplisitt rettsvernkrav. Dette minner dermed mye om et avtaleprinsipp ettersom det etter prinsippet ikke behøves noe eksplisitt rettsvernakt for at disposisjonen skal stå seg overfor selgerens kreditorer.

I samme retning går Rt. 1912 s. 263 *Jernskrapdommen*, der et skipsbyggeri hadde solgt jernavfallet for 1908 til en kjøper som hadde betalt i henhold til mottatt faktura. Det ble inngått avtale om at avfallet kunne bli liggende ved skipsverftet til februar året etter (1909). Før jernavfallet ble hentet av kjøperen, gikk skipsbyggeriet konkurs og boet påstod at avfallet, som lå i en ikke oppveid haug, inngikk i konkursboet. Konkursboet fikk imidlertid ikke medhold, da Høyesteretts flertall (dissens 5-2) anså eiendomsretten overgått til kjøper da rettsvern var oppnådd ved individualisering til tross for at avfallet ikke var oppveid eller levert til transport.

Flertallet tiltrådte her byrettens mindretall i det vesentlige, som blant annet la vekt på hensynet til omsetningslivet. Det ble her trukket frem at selgeren samlet avfallet i en haug og kommuniserte kvantum og beløp til selger gjennom fakturaer, som kjøper betalte. Betalingen skulle etter avtalen sikre kjøperen det betalte kvantumet til eie, og selgeren kunne ikke selge det som befant seg i den aktuelle haugen til noen andre.<sup>48</sup> I likhet med *Tømmerdommen*, ble også her individualisering avgjørende for om kjøper hadde rettsvern. Så lenge avfallet var tilstrekkelig individualisert, så var det uten betydning at det enda ikke var levert til kjøper. Dette kan tale for at Høyesterett her baserte seg på et avtaleprinsipp slik det i dag er gjeldende rett i Danmark.

## 3.2 Krav til eierrådighet – et krav om overlevering?

---

<sup>48</sup> Rt. 1912 s. 263 på side 266

To år i forveien av Jernskrapdommen, avsa Høyesterett en dom som går i motsatt retning. Rt. 1910 s. 231 *Kudommen* gjaldt en kjøper som hadde kjøpt og betalt ti kyr etter en kilopris beregnet på deres vekt i slaktet tilstand. Kyrene skulle imidlertid forbli hos selgerens i hans interesse og på hans risiko inntil de ble utmelket. Da kyrne var ferdig utmelket, skulle kjøperen hente kyrne til slakting, men selgeren gikk konkurs før kyrne var klare for å leveres. Høyesteretts flertall (dissens 4-3) fant derfor at det måtte «finde [sted] en udlevering» for at eiendomsretten skulle anses å gå over på kjøper.<sup>49</sup>

Lilleholt tolker dette dithen at Høyesterett i *Kudommen* bygde på et overleveringsprinsipp, men at de var uenige om den avtalte besittelsens karakter.<sup>50</sup> Også Andenæs mener at det med bakgrunn i dommen gjelder et krav om overlevering. Han hevder at *Kudommen* er «den viktigste dom som kan anføres til fordel for overleveringsprinsippet» og at *Jernskrapdommen* neppe kan sees på «som en tilsidesettelse av [*Kudommen*] eller som uttrykk for at avtaleprinsippet er hovedregelen».<sup>51</sup>

Mindretallet i *Kudommen* falt på motsatt konklusjon og mente at manglende fysisk overlevering ved avtaleslutningen ikke var avgjørende, da det var ment at avtalen skulle innebære en eiendomsoverdragelse. Mindretallet uttalte at *constitutum possessorium* (avtalt besittelse) ikke utelukker eiendomsoverdragelse, men at bruksretten måtte ha gått over på kjøper før konkurs inntrådte ettersom det var forutsatt i avtalen mellom partene at eiendomsoverdragelsen fant sted da selgers bruksrett opphørte (da kyrne var utmelket).<sup>52</sup> Gjennom å legge stor vekt på avtalens innhold, åpner mindretallet i større grad for eiendomsretten som en konstruksjon enn hva flertallet i dommen gjør.<sup>53</sup>

Ettersom avtalens oppfyllelsestid ikke hadde kommet før tidspunktet for konkursen, oppstår det i denne sammenhengen et spørsmål om at dersom det ble avtalt at eierrådigheten skulle gå

---

<sup>49</sup> Rt. 1910 s. 231 på side 233

<sup>50</sup> Lilleholt s. 288

<sup>51</sup> Andenæs s. 261

<sup>52</sup> Rt. 1910 s. 231 på side 233

<sup>53</sup> Hauge s. 118

over på kjøperen på avtaletidspunktet, om dette da ville vært tilstrekkelig for å oppnå rettsvern. Høyesteretts flertall i Kudommen la til grunn at transaksjonen «mangler karakter af en virkelig eiendomsoverdragelse»<sup>54</sup>, hvilket i realiteten er samme begrunnelse som byretten la til grunn under henvisning til at selgeren både beholdt eierrådigheten og eiernytten ettersom kjøperen først fikk eiendomsrådigheten da kyrne var ferdig utmelket. En mulig antitetisk tolkning av dette er at overlevering ikke er nødvendig der hvor det skjer en virkelig eiendomsoverdragelse.<sup>55</sup> Spørsmålet om at en avtale om at eiendomsrådigheten skulle gå over på et tidligere tidspunkt hadde forandret utfallet av dommen, forblir ubesvart.

I motsetning til Kudommen, ble kjøperen i Jernskrapdommen gitt jernskrapet til eie ved betaling. Det var altså eiendomsovergangen som var gitt i avtalen som ble lagt til grunn for dommens resultat. Lilleholt tolker derimot dommen slik at Høyesterett bygde på et prinsipp om overlevering, men verken domspremissene hos flertallet i Høyesterett eller byrettens mindretall (som flertallet i Høyesterett sluttet seg til), gir direkte uttrykk for at dette er tilfellet.<sup>56</sup> I Tømmerdommen ble også resultatet at eiendomsretten gikk over i og med avtalen, da den skriftlige erklæringen gitt av selger ble ansett å innebære en eiendomsoverdragelse til kjøperne.<sup>57</sup>

Om det så i Kudommen var ment å gjelde et overleveringskrav for å oppnå rettsvern for forskuddsbetalt løsøre, må det påpekes at det i dommen var dissens 4-3, hvilket svekker dommens prejudikatsverdi. Det kan derfor vanskelig tenkes at denne dommen alene kan legges til grunn for at det gjelder et overleveringsprinsipp for å oppnå rettsvern for løsøre. At Tømmerdommen og Jernskrapdommen trekker i retning av et avtaleprinsipp bidrar heller ikke til å gi noen avklaring på området.

Etter Jernskrapdommen i 1912, har det ikke kommet noen ny dom fra Høyesterett som tar opp spørsmålet og knesetter enten det ene eller det andre prinsippet som gjeldende rett.

---

<sup>54</sup> Rt. 1910 s. 231 på side 232

<sup>55</sup> Hauge s. 116

<sup>56</sup> Lilleholt s. 289. Se også Hauge på s. 121-122

<sup>57</sup> Rt. 1909 s. 734 på side 735

Høyesterettspraksis alene gir derfor ikke et klart svar på hva som kreves for å oppnå rettsvern for løssøre.

I en dom fra Frostating lagmannsrett i 2010 kom spørsmålet om rettsvern for løssøre mot selgers konkursbo igjen på spissen. Det er klart at underrettspraksis, til motsetning fra høyesterettspraksis, har begrenset rettskildemessig vekt. Dersom det foreligger samsvarende og omfattende underrettspraksis, vil dette sammen med juridisk teori få selvstendig betydning. Dette er imidlertid ikke tilfellet, da underrettspraksis på området er relativt beskjedent.<sup>58</sup>

LF-2010-133423 *Why Worry* gjaldt sak om kjøp av fritidsbåt forskuddsbetalt med en innbyttebåt. Avtalen ble inngått på høsten og båten skulle overtas/leveres ferdig pusset til våren. Ettersom det var tale om en omfattende og kostnadskrevende overflatebehandling av båten, anså lagmannsretten arbeidet som en del av hovedytelsen, ikke en tilleggsytelse i kjøpers interesse, slik at båten ikke ble regnet for å være leveringsklar i henhold til avtalen. Kjøper hadde således ikke rettsvern for ervervet og båten inngikk i selgers konkursbo. Lagmannsretten fant at det ikke var stor forskjell på en forskuddsbetaling og et alminnelig lån, og av den grunn måtte de samme hensyn som begrunner håndpantregelen (pantel. § 3-2) gjøre seg gjeldende. Motsatt løsning ville innebære at kjøper fikk sikkerhet for forskuddet i båten, hvilket ligger nært underpant i løssøre. Det ble trukket frem at kravene til rettsvernakten må være strenge for å sikre notoritet, og at hovedregelen for løssøre, er at det må overleveres for at kjøper skal oppnå rettsvern. Et minstekrav i denne sammenheng, er at gjenstanden må være leveringsklar.

Utviklingen fra det som synes å være et avtaleprinsipp i dommene fra tidlig 1900-tallet til en hovedregel om overlevering som for lagmannsretten i *Why Worry*-dommen i 2010, skyldes i all hovedsak at dette har blitt lagt til grunn i norsk doktrine etter Brækhus og Hærems de lege ferenda drøftelse av rettstilstanden i *Norsk tingsrett* i 1964, som nevnt i punkt 1.3. Selv om

---

<sup>58</sup> Hauge s. 125-126

rettspraksis rundt spørsmålet om rettsvern for forskuddsbetalt løsøre er relativt beskjedent, har temaet derimot vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori.

### 3.3 En hovedregel om et overleveringskrav?

Brækhus og Hærem uttalte at rettsvernsakten for løsøre bestod i at «gjenstandene settes ut av A's besittelse» og at «[k]ravet til besittelsesberøvelse må være det samme som ved håndpant»<sup>59</sup>, som etter pantel. § 3-2 (2) er overlevering. Deres oppfatning var at faren for «svikaktig påstand om forskuddsbetaling» er stor og at det derfor må kreves overlevering også i de tilfellene hvor tingen er forskuddsbetalt.<sup>60</sup>

Lilleholt er blant de som har tilsluttet seg Brækhus og Hærem's lære og mener også at utgangspunktet er et overleveringskrav. Lilleholt tar til ordet for et vilkår om besittelsesfratakelse, altså fratakelse av fysisk kontroll, men at unntak bør gjøres der dette er tjenlig og faren for kreditorsvik er liten, som f.eks. større tilvirkningsavtaler.<sup>61</sup> Han trekker en parallell til håndpantregelen og mener at det i noen tilfeller er «inga skarp grense mellom pantsetjing og overføring til eige», og at i slike tilfeller «står vilkåret om fråtaking av innehaving sterkest». <sup>62</sup> Lilleholt mener at man i mange tilfeller kan bygge direkte på håndpantregelen i pantel. § 3-2.<sup>63</sup>

Andenæs slutter seg også til den rådende oppfatningen om at hovedregelen er overleveringsprinsippet, og viser til, i likhet med Brækhus/Hærem og Lilleholt, parallellen til håndpantreglen. Han uttaler at «forskuddsbetalende kjøpers rett til en ikke overlevert salgsgjenstand kan etter omstendighetene minne sterkt om underpant i løsøre» og at hensynet til selgerens fordringshavere «derfor [kan] tale for å stille det samme rettsvernskrav som ved

---

<sup>59</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 457

<sup>60</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 508

<sup>61</sup> Lilleholt s. 294

<sup>62</sup> Lilleholt. 291

<sup>63</sup> Lilleholt s. 292

pantsettelse».<sup>64</sup> Falkanger og Falkanger er også av oppfatningen om at det i norsk rett gjelder en ulovfestet hovedregel om at løsøretingen må være fysisk overlevert til kjøper for at disposisjonen skal stå seg i en konkurs. De mener at denne hovedregelen har oppstått som følge av at et avtaleprinsipp ikke gir «tilfredsstillende notoritet».<sup>65</sup> Marthinussen legger på sin side til grunn at gjelder en uskarp hovedregel om et overleveringskrav for å oppnå rettsvern for løsøre, men at det utover dette knapt foreligger kilder som tilsier at det for erverver gjelder et «særskilt krav om rettsvernakt».<sup>66</sup>

Den rådende oppfatningen blant norske juridiske teoretikere kan tilsi at hovedregelen er krav om overlevering ved løsørekjøp. At overleveringsprinsippet i teorien har fått fotfeste som hovedregel for rettsvern for løsøre tilsynelatende basert på avgjørelsen i Kudommen og de lege ferenda drøftelser i juridisk teori, kan ikke påstås å være det mest solide rettsgrunnlaget. Både fordi det ikke fremgår noe klart krav til overlevering av Kudommen og fordi utsagn i juridisk teori hovedsakelig fungerer som støttemoment ved behandlingen av de øvrige rettskildedefaktorene og ikke nødvendigvis som en selvstendig rettskildedefaktor.<sup>67</sup> En samlet og entydig oppfatning i teorien kan stå sterkt, men dersom det er ulike oppfatninger kan dette også være et moment i drøftelsen av gjeldende rett.<sup>68</sup>

En helt entydig oppfatning i teorien er det imidlertid ikke. Hauge mener på sin side at hovedregelen om overlevering for å oppnå kreditorvern i omsetningsoverdragelser hviler på et «relativt spinkelt rettskildemessig grunnlag» og at rettskildene ikke gir grunnlag for å oppstille et krav til overlevering for de ordinære omsetningsoverdragelsene. Et overleveringskrav vil i så fall gjelde for sikkerhetsoverdragelser, da det er mer nærliggende å likestille disse med håndpantreglen i pantel. § 3-2. Hva gjelder omsetningsoverdragelser, mener Hauge at det er tilstrekkelig at «gjenstanden er individualisert og leveringsklar».<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> Lilleholt s. 260

<sup>65</sup> Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett* 7. utgave, Oslo 2013 s. 726

<sup>66</sup> Marthinussen s. 201

<sup>67</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* 2. utgave, Bergen 2004 s. 268-269

<sup>68</sup> Nygaard s. 219

<sup>69</sup> Hauge s. 148 og 155

Det er likevel slik at å oppstille en hovedregel om overlevering for å oppnå rettsvern for løssøre har hatt gode grunner for seg. Begrunnelsen for et overleveringskrav har i teorien hvilt på flere legislative hensyn, der det viktigste hensynet har vært hensynet til notoritet.

### **3.4 Hensynet til notoritet og hensynet til å motvirke kreditorsvik som begrunnelse for et krav om overlevering**

Notoritetskravet innebærer at det «foreligger så gode bevis for [disposisjonen] at ingen kan være i tvil om at den har funnet sted».<sup>70</sup> Hensynet til notoritet er vanskelig å tilfredsstille ved overdragelse av løssøre ettersom man ikke har noe realregister der alt løssøre kan registreres.<sup>71</sup> Selv om registrering gir svært god notoritet rundt både tidspunktet for rettsstiftelsen og innholdet i den, er det praktisk sett ikke hensiktsmessig å ha et register for alt av løssøre.<sup>72</sup> Det ville både vært utrolig lite effektivt og ganske kostbart.

Brækhus og Hærem har trukket frem at det er forholdsvis enkelt å antedatere avtaler, og at dette er en av de tingene som begrunner et overleveringsprinsipp.<sup>73</sup> Det må likevel stilles spørsmål ved om et krav om overlevering vil bidra til økt notoritet, da dette i så fall vil kunne tale for at det vil være mest hensiktsmessig med en hovedregel om overlevering for kreditorvern. Selv om besittelsesovergang, som da overleveringsprinsippet innebærer, beviser hvor tingen befant seg ved konkursåpningen, så har prinsippet sine svakheter.

Marthinussen påpeker at en besittelsesovergang gir den klart dårligste notoriteten. Dette fordi en besittelsesovergang verken gir særlig med informasjon om når gjenstanden ble gitt vekk

---

<sup>70</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 493

<sup>71</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 496

<sup>72</sup> Marthinussen s. 158

<sup>73</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 477



eller innholdet i transaksjonen.<sup>74</sup> Selv om faren for antedatering av avtaler har vært et av grunnene bak et overleveringskrav, viser Hauge til at det antakelig er mer problematisk å antedatere avtaler i dag, da dette som oftest vil sette noen form for elektroniske spor.<sup>75</sup> På en annen side, så er det mulig å manipulere elektronisk kommunikasjon, slik at heller ikke dette tjener som et vanntett bevis for at eiendomsoverdragelsen er reell.

Som nevnt i punkt 2.1.3, er bevissituasjonen annerledes i dag enn hva den var på det tidspunktet overleveringsprinsippet virkelig fikk fotfeste i norsk juridisk teori med Brækhus og Hærems lære i 1964. Teknologiske fremskritt på transaksjonsområdet har sørget for helt andre muligheter til å etterprøve kontantstrømmer.<sup>76</sup> Det er vanskeligere å lyve på seg at betaling har skjedd når de fleste betalinger nå kan spores elektronisk. Eksempelvis kan en kontoutskrift hos kjøperens bank kunne tjene som dokumentasjon for at betaling har skjedd, hvilket viser at notoritetshensynet også kan ivaretas på andre måter enn ved overlevering. Kan kjøperen derimot ikke fremlegge en slik type form for dokumentasjon for at betaling har funnet sted, vil det normalt ha formodningen mot seg at betaling har skjedd. Manglende etterprøvbarehet rundt betaling og tidspunkt for betaling har vært tungtveiende argumenter for et overleveringsprinsipp, men dette er ikke lenger alene et tungtveiende legislativt hensyn.<sup>77</sup>

Notoritetshensynet henger sammen med hensynet til å motvirke kreditorsvik. Notoritet rundt overdragelsen bidrar til at kreditorsvikaktige disposisjoner fanges opp. En av grunnene for en preceptorisk regel om overlevering for å oppnå kreditorvern, er at det som oftest vil være egnet til å forhindre kreditorsvik. Kreditorer kan da ha en viss oversikt over skyldners eiendeler ettersom de er i hans besittelse. Det er også av hensyn til omsetning at kreditorer skal sikres best mulig, slik at banker eller andre eventuelle långivere er villige til å inngå avtaler om lån til næringsdrivende mot sikkerhet i f.eks. varelager eller driftstilbehør. Dersom det er usikkerhet rundt om kreditorer i det hele tatt vil få dekket sine fordringer på skyldner

---

<sup>74</sup> Marthinussen s. 158. Se også Hauge s. 43

<sup>75</sup> Hauge s. 42

<sup>76</sup> Marthinussen s. 164

<sup>77</sup> Hauge s. 41

på grunn av usikre og lett unngåelige regler, vil dette demotiverende når det kommer til å inngå avtaler om lån til næringsdrivende, som igjen vil påvirke omsetningen i næringslivet.

På en annen side, må det være sammenheng mellom mål og middel – proporsjonalitet – når det kommer reglene for rettsvern. Er det liten fare for kreditorsvik, kan et for strengt eller rigid virkemiddel med stor sannsynlighet også ramme lojale og ordinære disposisjoner. Det må også tas i betraktning om et krav om overlevering faktisk er egnet til å forhindre illojale disposisjoner. Finnes det måter som er bedre egnet til å ivareta hensynet til å motvirke kreditorsvik, vil ikke det være et tungtveiende argument for å kreve overlevering.<sup>78</sup> Brækhus og Hærem uttaler at «faren for kreditorsvik [er størst] når det gjelder ting som har tilhørt A, men som nu påstås å tilhøre A's *suksessor*, S» og viser til antedateringsfaren ved et avtaleprinsipp.<sup>79</sup> Det er ikke utvilsomt at kreditorsviksfaren er størst i slike tilfeller ettersom skyldner kan ha ønske om å unndra midler fra dekning.

Brækhus og Hærem's første utgave av *Norsk tingsrett* er imidlertid fra 1964 og det har skjedd en stor utvikling på områdene for avtaleinngåelse og betaling de siste 50 årene, slik at det i dag, som nevnt ovenfor, kan argumenteres for at avtaler kan være vanskeligere å antedatere, da det er mye som kan spores elektronisk.

Som Hauge påpeker, kan faren for kreditorsvik som regel knyttes til en «avgrenset krets av medkontrahenter»<sup>80</sup>, som familie, venner, nærstående eller ansatte i bedriften, hvilket på et sett vil gjøre det enklere å identifisere de tilfellene hvor faren for kreditorsvik er tilstede. I vanlige avtaler/kjøp mellom forbruker og næringsdrivende, vil ikke forbrukeren være en del av en plan om å unndra midler fra kreditorfellesskapet. Det vil normalt kun være tale om et ordinært kjøp av en vare, hvilket gjør det mindre betenkelig å tillate separatistrett til forskuddsbetalte varer, da spesielt i avtaler om tilvirkningskjøp da denne formen for finansiering ofte vil være nødvendig for at avtalen kommer i stand.

---

<sup>78</sup> Hauge s. 37

<sup>79</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 477

<sup>80</sup> Hauge s. 38

Det er også verdt å merke seg, som Hauge også påpeker, at et krav om overlevering ikke forhindrer proforma-overdragelser.<sup>81</sup> At heller ikke en preseptorisk regel om overdragelse for kreditorvern kan garantere for at kreditorsvik ikke finner sted, taler for at et avtaleprinsipp som gir separatistrett for forskuddsbetalere likeså godt kan ivareta hensynet til notoritet.

### 3.5 Omsetningshensyn taler for et avtaleprinsipp

Selv om utenlandsk rett har begrenset betydning som rettskildefaktor, kan det være hensiktsmessig å se hen til andre lands rett som støttemoment dersom man befinner seg på et rettskildefattig område.<sup>82</sup> Høyesterettspraksis på formuerettens område har vist at andre lands rett kan ha en betydning som støttemoment, hvilket bl.a. fremgår av Rt. 1966 s. 857 *Smågrisdommen*, der det ble tatt inn som et vurderingsmoment på at domstolene i Danmark og Sverige godkjente den typen eiendomsforbehold som det i dommen var tale om.<sup>83</sup>

Med grunnlag i rettspraksis og juridisk teori, er det avtaleprinsippet som er gjeldende rett i Danmark. Her er det «selve *indgåelsen af en aftale* om overdragelse af en bestemt, individuel og på aftalens tidspunkt eksisterende genstand i sig selv giver erhververen kreditorbeskyttelse».<sup>84</sup> Etter dansk rett må gjenstanden altså være individualisert for at kjøper skal få rettsvern, men det er likevel slik at dersom individualisering ikke er gjort ved avtaleinngåelsen, kan kjøper likevel oppnå rettsvern fra det tidspunktet en etterfølgende og tilstrekkelig individualisering av gjenstanden har funnet sted.<sup>85</sup> I tillegg til krav om individualisering, er det også et krav om at gjenstanden allerede eksisterer på avtaletidspunktet. Dette innebærer at kjøper ikke kan gis separatistrett til materialer som skal brukes i eller monteres på den ferdige gjenstanden, hvilket betyr at Peder Ås i eksemplet med bunaden i punkt 1.1, ikke etter dansk rett ville fått separatistrett til bunaden om

---

<sup>81</sup> Hauge s. 44

<sup>82</sup> Hauge s. 153

<sup>83</sup> Rt. 1966 s. 857 på side 860

<sup>84</sup> Carstensen s. 13

<sup>85</sup> Carstensen s. 13

bunadsforretningen ikke hadde kommet langt nok i tilvirkningsprosessen at bunaden hadde latt seg individualisere. Materialer som ikke er inkorporert i den uferdige bunaden ville han derfor ikke fått separatistrett til.

Etter dansk rett er det ikke nødvendig for løvsørekjøperen å foreta seg noen form for sikringsakt for å oppnå rettsvern ettersom kjøper oppnår rettsvern i og med avtalen. Siden det er et krav om at gjenstanden skal eksistere på avtaletidspunktet, har regelen kun selvstendig betydning der gjenstanden «er kjøpt, men endnu befinner sig hos sælgeren»<sup>86</sup>, hvilket likner på unntaket for interesselæren under tradisjonsprinsippet. Carstensen trekker frem at man i dansk teori i utgangspunktet har sett for seg de tilfellene hvor kjøpesummen er forskuddsbetalt.<sup>87</sup>

Begrunnelsen for at det i disse tilfellene ikke skal kreves noen særlig form for sikringsakt er blant annet at det «ville lægge et aldeles utålelig bånd på handelsomsætningen»<sup>88</sup>, hvilket viser at omsetningshensynet har vært viktig i utformingen av den danske regelen for rettsvern for løvsøre. Til tross for at den rådende oppfatningen i norsk juridisk teori er at overleveringsprinsippet er gjeldende rett, er det flere teoretikere som trekker frem omsetningshensyn som et contra-argument for et krav om overlevering for å oppnå rettsvern for løvsøre. Selv om hensynet til notoritet er det viktigste hensynet som rettsvernsreglene skal ivareta, så må hensynet til notoritet veies mot ønsket om å ikke hindre tjenlige transaksjoner.<sup>89</sup> Lilleholt er blant de som mener at omsetningshensyn kan tale for å gjøre unntak for «nokre tilfelle av tilverknadsavtalar».<sup>90</sup>

Hauge antar at «dersom erverver får separatistrett til det solgte, vil *villigheten til å forskuddsbetale øke*»<sup>91</sup>, men dette blir således bare en antakelse. Da forskuddsbetaling er ganske vanlig for f.eks. kjøp over internett, er dette noe som foregår på relativt vanlig basis.

---

<sup>86</sup> Carstensen s. 14

<sup>87</sup> Carstensen s. 14

<sup>88</sup> Carstensen s. 15

<sup>89</sup> Lilleholt s. 291

<sup>90</sup> Lilleholt s. 291

<sup>91</sup> Hauge s. 31

At man stiller seg selv i en usikker posisjon ved å forskuddsbetale, er nok noe de færreste forbrukere tenker over. Dersom villigheten til å forskuddsbetale skulle øke om kjøperen fikk separatistrett til det solgte, avhenger av at vedkommende faktisk vet om reglene som gjør seg gjeldende der hvor selger skulle gå konkurs før han rekker å yte sin del av avtalen. Dette kan jo kanskje tenkes å være tilfellet for en profesjonell part, så Hauges antakelse kan muligens til en viss grad stemme i avtaleforhold mellom profesjonelle. Hva angår forskuddsbetalende forbrukerkjøpere, er det heller tvilsomt da de færreste har oversikt over gjeldende regler (se punkt 5.3).

Brækhus og Hærem viser til at der hvor gjenstanden er forskuddsbetalt, kan «lønne seg å se litt nærmere på hva som er grunnen til at salgsgjenstanden ikke blir utlevert i og med betalingen» og uttaler at det i tilfeller hvor gjenstanden skal tilvirkes, «ikke [er] stor forskjell på en forskuddsbetaling og et almindelig lån» og at selgeren lettere oppnår å få kreditt i slike tilfeller fordi kjøperen «før eller siden skal ut med pengene allikevel». <sup>92</sup> Det trekkes frem at det å forskuddsbetale er å gjøre selger en tjeneste, men Brækhus og Hærem mener det likevel ikke er noen særlig grunn til å gi den forskuddsbetalende kjøperen separatistrett til det solgte. <sup>93</sup>

Omsetningshensyn taler klart i favør av et avtaleprinsipp ettersom dette er en fleksibel løsning for forskjellige typer avtaler, særlig der forskuddsbetaling er en nødvendig forutsetning for at selger kan gjennomføre sin del av avtalen. Dette er, som nevnt ovenfor, grunnen til at avtaleprinsippet er gjeldende rett i Danmark.

## **3.6 Utfordringene knyttet til kredittmomentet ved forskuddsbetaling**

---

<sup>92</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 508

<sup>93</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 508

Hensynet til likestilling av kreditorene er også et av de legislative hensynene som har begrunnet et overleveringskrav for å oppnå rettsvern for løssøre. Det har i teorien blitt trukket frem at det vil gi den forskuddsbetalende kjøper en særfordel om denne gis kreditorvern allerede ved avtaleinngåelse, som da vil være tilfellet ved et avtaleprinsipp. Den forskuddsbetalende yter usikret kreditt, slik at vedkommende vil stilles bedre enn andre usikrede kreditorer.<sup>94</sup> Brækhus og Hærem uttaler her at man ikke bør stilles bedre enn andre kreditorer som har ytt usikret kreditt «medmindre vilkårene for pantesikkerhet er til stede, m.a.o. medmindre vedkommende gjenstand er satt ut av selgers besittelse»<sup>95</sup>, hvilket egentlig bare viser til et overleveringskrav for løssøre. Lilleholt mener også at hensynet til likestilling av kreditorene taler for å nekte separatistrett «der avhendaren framleis har kontrollen over tingen», ettersom andre usikrede kreditorer må nøye seg med et dividendekrav.<sup>96</sup>

En annen fordel med et overleveringskrav i denne sammenhengen, er at man slipper «å vurdere om forskuddsbetalingen reelt sett er en sikkerhetsoverdragelse eller en omgåelse av håndpantregelen i pantel. § 3.2».<sup>97</sup> Sånn sett, er et overleveringskrav rent praktisk enklere for konkursboet å håndheve i en bobehandling. Det må likevel tas i betraktning ved vurderingen av om forskuddsbetaling skal likestilles med en vanlig kredittytelse at dette som regel ikke er tilsiktet fra kjøperens side når han forskuddsbetaler i henhold til avtalen. Det burde her skilles mellom forskuddsbetaling som ledd ordinære omsetningsoverdragelser og rene sikkerhetsoverdragelser ettersom det vil være større grunn til å kreve overlevering for å oppnå rettsvern for sistnevnte av hensyn til faren for kreditorsvik.

Hensynet til likestilling av kreditorene taler for et overleveringsprinsipp, ettersom regelen er at usikrede kreditorer, som da forskuddsbetalende kjøpere er, kun har krav på dividende. På den andre siden, kan det argumenteres for, som Hauge trekker frem, at ettersom kreditorfellesskapet må akseptere pantsettelse av varelager og driftstilbehør i sin helhet, bør de ut «fra en mer til det mindre»-betraktning også «respektere en særrett som skyldes kreditt

---

<sup>94</sup> Hauge s. 33

<sup>95</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 508

<sup>96</sup> Lilleholt s. 291

<sup>97</sup> Hauge s. 33

ytt av erverver, nettopp med sikte på erverv av den konkrete salgsgjenstanden».<sup>98</sup> Den motsatte løsningen, vil egentlig stille kreditorene i en bedre stilling enn utgangspunktet, da de gis dekning i *både* den solgte varen òg den allerede innbetalte kjøpesummen, som i bunn og grunn vil brukes til dekning av gjeld hos prioriterte fordringshavere. Her ville det i utgangspunktet kun vært tale om dekning i selve varen. Det kan også argumenteres for at ettersom salgspant (sikkerhet i salgsgjenstanden til kjøpesummen er betalt) anerkjennes, burde også forskuddsbetaling med sikkerhet i det solgte anerkjennes.<sup>99</sup>

### 3.7 Oppsummering

Det er ingen tvil om at retten er noe sprikende på området ettersom ulike rettskilder, som nevnt over, ikke samlet sett taler klart for den ene eller den andre løsningen for å oppnå rettsvern for løssøre. I Norge har man, som nevnt, ingen avklarende høyesterettsdom som slår fast om det ene eller det andre prinsippet er gjeldende rett. Høyesterettsdommene fra tidlig 1900-tallet peker i retning av et avtaleprinsipp, men til tross for dette, er det ikke mangel på teoretikere som på bakgrunn av Kudommen fra 1910 hevder at det gjelder et overleveringsprinsipp etter norsk rett. Denne hovedregelen om et overleveringskrav er i all hovedsak skapt i juridisk teori uten noen klar forankring i annet enn legislative hensyn som hensynet til notoritet og hensynet til faren for kreditorsvik. Man må her veie uklar og over 100 år gammel rettspraksis opp mot rådende oppfatning i juridisk teori, og se dette i sammenheng med de ovenfor nevnte legislative hensynene. I likhet med Hauge<sup>100</sup>, finner jeg ikke at det er grunnlag for å hevde at det gjelder krav om overlevering for å oppnå rettsvern for løssøre der det er tale om omsetningsoverdragelser. Eldre rettspraksis gir holdepunkter for at det mulig å oppnå kreditorvern der hvor avtalen mellom partene tilsier at eiendomsretten går over på kjøper før levering, og i alle fall der hvor salgsgjenstanden er individualisert og leveringsklar. Sistnevnte tilfelle stemmer også overens med Brækhus og Hærem's interesselære, hvilket også er fulgt opp i senere juridisk teori.<sup>101</sup> Jeg finner det derfor mest nærliggende å legge til grunn at det er mulig å oppnå kreditorvern for forskuddsbetalt løssøre der hvor salgsgjenstanden er individualisert og leveringsklar, ettersom både eldre rettspraksis

---

<sup>98</sup> Hauge s. 34

<sup>99</sup> Hauge s. 173

<sup>100</sup> Hauge s. 194

<sup>101</sup> Hauge s. 194. Se også Brækhus og Hærem (1971) s. 513 og Lilleholt s. 294

og juridisk teori er samstemte på dette.

At man oppnår rettsvern når salgsgjenstanden er individualisert og leveringsklar vil som regel være relativt uproblematisk i ordinære løsekjøp der hvor salgsgjenstanden eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Dette stiller seg imidlertid annerledes der hvor det er tale om et forskuddsbetalt tilvirkningskjøp. Spørsmålet blir her om det ved tilvirkningskjøp er mulig å oppnå rettsvern for gjenstanden allerede ved avtaleinngåelsen (punkt 4).



# 4 Rettsvernskravet i tilvirkningskjøpstilfellene

## 4.1 Forskuddsbetaling vanlig ved tilvirkningskjøp

Når det kommer til forskuddsbetaling av løsøre så er dette mest praktisk i de tilfellene hvor løsøregjenstanden skal tilvirkes.<sup>102</sup> Tilvirkningskjøp skiller seg fra vanlige kjøp ettersom gjenstanden ikke eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Det er derfor vanlig for selger å kreve forskuddsbetaling, da dette ofte er et nødvendig ledd for å finansiere gjennomføringen av avtalen, og en måte for selgeren å sikre seg mot at kjøper ikke kan eller vil betale når gjenstanden er ferdigstilt. Her er det gjerne slik at jo mer spesialtilpasset tingen er, «desto klarere bliver det også, hvorfor en sælger vil forsøge at trønge igennem med et krav om forskuddsbetalinger».<sup>103</sup> Dette har sammenheng med at det er vanskeligere for selgeren å få solgt en ting som er spesialtilpasset til kjøperen. Det kan f.eks. være tale om en spesiell type bunad eller en brudekjole i mål tilpasset den konkrete kjøperen. Markedet for videresalg kan derfor være veldig lite. I verste fall kan det være at selgeren ikke får solgt den tilvirkede gjenstanden til noen andre, hvilket gjør behovet for forskuddsbetaling enda klarere.

Forskuddsbetaling har blitt mer og mer vanlig ettersom det nå er mulig å kjøpe varer over internett. Som regel kan kjøperen velge mellom å betale direkte eller via faktura som utstedes rundt tidspunktet varen sendes fra lager. I tilvirkningskjøpstilfellene stiller dette seg annerledes ettersom det er nødvendig at det går en viss tid fra avtaleinngåelse til salgsgjenstanden er ferdigstilt. Det er altså et lengre tidsrom mellom forskuddsbetalingen og levering enn hva det er for forskuddsbetalte kjøp gjort over internett. Ofte har kjøperen heller ikke noe annet valg enn å måtte forskuddsbetale for å få den ønskede varen. Når selger krever forhåndsbetaling for at avtalen skal komme i stand, stilles kjøperen i en posisjon hvor han ikke har mulighet til å holde tilbake sin egen ytelse. Dette betyr at kjøperen ikke kan bruke betaling som pressmiddel dersom selgeren misligholder sin del av avtalen.

---

<sup>102</sup> Hauge s. 30

<sup>103</sup> Carstensen s. 17

Ettersom det ved forskuddsbetalte tilvirkningskjøp nødvendigvis må gå en viss tid mellom avtaleinngåelse og det tidspunkt hvor gjenstanden er leveringsklar, må det derfor stilles spørsmål ved om kjøper kan oppnå rettsvern på et tidligere tidspunkt. Mangel på rettspraksis er en utfordring, men det finnes en høyesterettsdom fra 1990 som behandler spørsmålet.

## 4.2 Unntak for større tilvirkningskontrakter

Rt. 1990 s. 59 *Myra Båt* (heretter kalt Myra Båt) gjaldt en entreprenør som bestilte og fikk levert stålplater som skulle inkorporeres i et bygg entreprenøren arbeidet med. Før platene ble inkorporert i bygget, gikk entreprenøren konkurs. Før tidspunktet for konkursen hadde stålplatene ankommet byggeplassen. Leverandøren av platene anførte at det var tatt salgspant i platene i henhold til pantel. § 3-15 og at de derfor ikke inngikk i konkursboet. Retten la til grunn at leverandøren hadde tatt gyldig salgspant, men at panteretten var ekstingvert ved at byggherren hadde ervervet eiendomsretten i god tro, jf. godtroervervloven § 1.

Førstvoterende uttalte at det avgjørende var om eiendomsretten hadde gått over til Myra Båt i medhold av bestemmelsen i NS-3401<sup>104</sup> punkt 16 om at «[a]rbeidet blir byggherrens eiendom etter hvert som det utføres. Materialer som er tilført byggeplassen og som skal bygges inn, blir byggherrens eiendom når han har betalt dem».<sup>105</sup> Videre ble det uttalt at bestemmelsen i punkt 16 henger sammen med NS-3401 punkt 22 om adgangen til å kreve avdragsbetaling, men at punkt 16 i tillegg også må kunne «begrunnes ut fra mer alminnelige betraktninger basert på de reelle hensyn som gjør seg gjeldende i entrepriseforhold». Avdragsbetaling i entrepriseforhold henger sammen med behovet for finansiering av tilvirkningen, som også er tilfellet for forskuddsbetaling i andre typer tilvirkningskontrakter. Byggherren bidrar her til finansiering av entreprisen ved avdragsbetaling og det må derfor også være «naturlig at

---

<sup>104</sup> Norske standardvilkår for entreprisekontrakter, kontrakter om bygg- og anleggsarbeider (utdatert)

<sup>105</sup> Rt. 1990 s. 59 på side 63

byggherren får en sikkerhet for de utbetalinger som finner sted», både i bygget og materialet som kjøpes inn og bringes til byggeplassen.<sup>106</sup>

At den som gjennom finansiering bidrar til oppfyllelsen av kontrakten bør gis sikkerhet i det solgte, fremstår som en rimelig løsning.<sup>107</sup> Ofte er forskuddsbetaling, eller avdragsbetaling som her, et nødvendig moment for at motytelsen i det hele tatt blir til. Førstvoterende stilte spørsmål ved om det ikke bør gjelde som en alminnelig regel ved tilvirkningskontrakter at kjøper får eiendomsrett til materialer som ligger innenfor den summen som kjøperen har betalt. Problemstillingen ble imidlertid aldri besvart, da det ikke var avgjørende for saken.<sup>108</sup> Det er dermed usikkert hvor mye som kan trekkes ut av førstvoterendes uttalelse.

Når det gjelder dommens rettskildemessige betydning for spørsmålet om rettsvernkravet for tilvirkningskjøp av løsøre, må det understrekes at dommen gjaldt en entreprisekontrakt der konflikten omhandlet pant og godtroerverv, og *ikke* rettsvernkrav for løsøre i alminnelige tilvirkningskontrakter. Det er også slik at i entreprisekontrakter, så utføres arbeidet på *kjøperens* eiendom til forskjell fra hva som er tilfellet for vanlig tilvirkningskontrakter. Der blir tilvirkningsarbeidet utført på selgerens eiendom, hvilket betyr at det her er en forskjell når det kommer til hvem som har rådighet over tingen.

Om eiendomsretten også ville gått over ved en vanlig tilvirkningskontrakt er heller usikkert. Ettersom oppfyllelsen av entreprisekontrakten skjer på byggherrens eiendom, kan det nok hevdes at hensynet til notoritet er bedre ivaretatt enn ved alminnelige tilvirkningskontrakter.<sup>109</sup> Inngåelse og oppfyllelse av en entreprisekontrakt vil medføre rikelig med dokumentasjon som kan framlegges som bevis for at det foreligger en gyldig og reell avtale, som for eksempel forhandlinger, detaljerte avtaledokumenter og transaksjonshistorikk.

---

<sup>106</sup> Rt. 1990 s. 59 på side 63

<sup>107</sup> Hauge s. 31

<sup>108</sup> Rt. 1990 s. 59 på s. 64

<sup>109</sup> Hauge s. 124

Ved tilvirkning av løsøre i forbrukerkjøp vil bevismaterialet som regel bestå av en kvittering fra selger til kjøper og en eventuell utskrift fra kjøperens bankkonto dersom kjøperen har betalt med kort eller via en betalingsapp, som f.eks. Vipps. Bevismaterialet er i slike tilfeller, sammenliknet med entrepriserforhold, heller beskjedent ettersom det ofte mangler skriftlig kontrakt mellom partene.

Det interessante med dommen i Myra Båt, er at Høyesterett legger til grunn at eiendomsovergangen her går over i og med punkt 16 i standardkontrakten i et tilfelle hvor konflikten gjaldt godtroerverv. Etter ekstl. § 1 første ledd er det vilkår om overlevering for godtroerverv. At eiendomsretten kan gå over i medhold av en standardkontrakt, kan tale for at Høyesterett anerkjenner slike type avtaleklausuler også ved spørsmål om kreditorvern.<sup>110</sup> Et annet interessant moment, er at Høyesterett la til grunn at «[i]ndividualiseringshensynet er oppfylt ved at materialene er tilført byggeplassen».<sup>111</sup> I Tømmerdommen og Jernskrapdommen ble individualisering også avgjørende for om kjøper hadde oppnådd rettsvern (se punkt 3.1).

I en dom fra Hålogaland lagmannsrett (RG 2003 s. 514) var det også tvist om eiendomsrettens overgang i tilvirkningskontrakt. Saken gjaldt spørsmål om et fartøy under tilvirkning tilhørte bestiller eller verftets konkursbo. I likhet med tingretten, fant lagmannsretten at fartøyet tilhørte bestilleren. Bestilleren var registrert som hjemmelshaver til fartøyet i skipsbyggingsregisteret før konkurs ble åpnet. På tidspunktet for konkursumåpningen ble fartøyet regnet for å være ca. 85 % ferdigstilt, mens 70 % av kontraktssummen var innbetalt. I avtalen mellom bestiller og verftet var det lagt til grunn at bestiller skulle ha eiendomsrett til bygget og innkjøpte komponenter i samsvar med innbetalinger, hvilket også ble tatt til følge i lagmannsretten. Lagmannsrettens begrunnelse var at en slik ordning ikke er uvanlig og at det har vært «en allmenn oppfatning innenfor skipsbygging og andre større tilvirkningsforhold at en forskuddsbetalende kjøper blir eier av det som skal tilvirkes uten overlevering av det tilvirkede, og med rettsvern overfor tilvirkerens kreditorer». Hovedargumentet for å anse

---

<sup>110</sup> Hauge s. 124

<sup>111</sup> Rt. 1990 s. 59 på side 64

kjøperen for eier av tilvirkningsobjektet er, i likhet med begrunnelsen i Myra Båt, behovet for finansiering i tilvirkningsfasen og kjøperens behov for sikkerhet for sine betalinger.<sup>112</sup>

I teorien er det også trukket frem at det er i *større* tilvirkningskontrakter en vanlig oppfatning om at forskuddsbetalende kjøper får rettsvern etter avtalen mellom partene. Også her er hovedargumentet behovet for finansiering.<sup>113</sup> Carstensen viser til at det gjerne benyttes slike løpende betalinger innenfor produksjonsområdet, og forskuddsbetaling «i større eller mindre omfang er således standardvilkår i skibsbygningskontrakter og i jernindustriens kontrakter om fremstilling af maskiner og elektrisk utstyr og kan også tænkes at være motiveret i andre tilfælde af produktion for køberen».<sup>114</sup>

### 4.3 Omsetningshensyn

I tilvirkningskjøp kan det være spesielt viktig for den forskuddsbetalende kjøperen å ha rettsvern til det som tilvirkes ettersom krav om forskuddsbetaling fratrar kjøperen muligheten til å holde tilbake sin egen ytelse. Det vil ikke være i erververs interesse «å fravike det alminnelige prinsipp om ytelse mot ytelse».<sup>115</sup> Et generelt unntak for tilvirkningskjøp vil gi kjøperen den sikkerheten han fratras ved forskuddsbetalingen. En slik løsning gir både sikkerhet til selger og til kjøper.

Hauge uttaler at «det kan være en *rimelig løsning at den som bidrar til finansiering av kontraktoppfyllelsen, får sikkerhet i det solgte*».<sup>116</sup> Dette er et viktig poeng ettersom avtalen i mange tilfeller ikke hadde blitt til uten forskuddsbetalingen. Her kan det også argumenteres for at forskuddsbetalingen til en viss grad kan bidra til å opprettholde skyldners omsetning fordi han «tilføres likvide midler».<sup>117</sup> Der hvor insolvensen truer kan forskuddsbetaling bidra

---

<sup>112</sup> RG 2003 s. 514 under punkt 1

<sup>113</sup> Andenæs s. 267

<sup>114</sup> Carstensen s. 28

<sup>115</sup> Hauge s. 29

<sup>116</sup> Hauge s. 31

<sup>117</sup> Hauge s. 29 og 36

til å overvinne betalingsproblemer hos selger. Det normale er som regel å ta forholdsvis godt betalt for selve tilvirkningen, da gjenstandens kjøpesum dekker mer enn kun materialenes verdi, hvilket igjen kan bidra med midler til dekning av skyldners gjeld utover verdien av bare gjenstanden. Det er nettopp i de tilfellene hvor en insolvens truer at kjøperen har størst behov for sikkerhet. Dersom kjøperen kjenner til selgerens betalingsproblemer, er det ikke nødvendigvis slik at han er så beskyttelsesverdig likevel.<sup>118</sup>

I de tilfellene kjøperen av gjenstanden som tilvirkes selv skaffer materialene, har kjøperen separatistrett til disse i kraft av eierskap til materialene.<sup>119</sup> Når en kjøper forskuddsbetaler et tilvirkningskjøp der selgeren skaffer materialene, betaler kjøperen både for materialene og selve tilvirkningen, slik at det her kan argumenteres for at realitetsforskjellen ikke er veldig stor. Behovet for finansiering er jo også tilstedeværende for de mindre tilvirkningskontraktene, da det også her går en viss tid mellom inngåelse av avtale og levering av ferdig tilvirket gjenstand. Dette kan tale for å gi kjøperen rettsvern på et tidligere tidspunkt enn når tilvirkningsgjenstanden er leveringsklar.

Andenæs trekker på den andre siden fram at hensynet til selgerens kreditorer taler for at disse burde kunne ta beslag «uten å bli innblandet i tvist om verdsettelsen av et uferdig produkt».<sup>120</sup> Der hvor kjøperen har forskuddsbetalt kjøpesummen i sin helhet, er dette imidlertid ganske uproblematisk. Da er tilvirkningen og tilvirkningsgjenstanden allerede verdsatt og betalt for. Noe mer utfordrende er det når det er tale om avdragsbetaling der kjøperen betaler etter hvert som gjenstanden kommer i stand eller der det er betalt depositum. Likevel er det vanlig at kjøper får rede på den totale summen av kjøpet allerede ved avtaleinngåelsen. Det kan derfor vanskelig tenkes at det vil være veldig problematisk å finne ut hvor mye av kjøpesummen som gjenstår før gjenstanden er fullt ut betalt om selger så skulle gå konkurs under tilvirkningen.

---

<sup>118</sup> Hauge s. 31

<sup>119</sup> Andenæs s. 268

<sup>120</sup> Andenæs s. 268

## 4.4 Delbetaling

Den alminnelige rettsoppfatningen i juridisk teori er at det i større tilvirkningskjøp er mulig å avtale at eiendomsretten går over på den forskuddsbetalende kjøperen etter hvert som salgsgjenstanden tilvirkes. Det har blitt trukket frem at eiendomsretten gradvis går over i og med avdragsbetalingene til selger underveis i prosessen. Grunnen til at det har blitt akseptert at eiendomsretten til salgsgjenstanden går over på kjøperen før den er ferdigstilt, er fordi det er behov for avdragsbetaling som finansieringsordning for disse type kontraktene og at faren for kreditorsvik er lav.<sup>121</sup> I Myra Båt ble også vist til at det i større tilvirkningskontrakter er et behov for å finansiere tilvirkningen og at det derfor er naturlig at bestilleren får sikkerhet for de avdragsbetalingene som finner sted.<sup>122</sup> Det samme ble lagt til grunn i lagmannsrettsdommen i RG 2003 s. 514.<sup>123</sup> I denne sammenheng blir det spørsmål om man skal skille mellom der salgsgjenstanden er helt eller delvis betalt. Selv om det i Myra Båt og lagmannsrettsdommen var tale om avdragsbetaling, er det ikke noe grunn til å nekte utlevering der kjøpesummen er betalt i sin helhet. Der hvor tilvirkningsgjenstanden er betalt fullt ut, blir det ingen tvist om fastsettelsen av det resterende beløpet.

At det er mulig å avtale at eiendomsretten går over etter hvert som gjenstanden tilvirkes og delbetales råder det således liten tvil over. Spørsmålet blir i de tilfellene hvor selger går konkurs før tilvirkningsgjenstanden er ferdigstilt, om kjøperen kan få tingen utlevert i sin helhet mot å betale den resterende summen. Hauge tar til ordet for at dette burde være tilfellet.<sup>124</sup> Utover dette, er ikke spørsmålet behandlet hverken i rettspraksis eller juridisk teori.

Førstvoterende i Myra Båt tok kom med et obiter dictum at kjøper burde få eiendomsrett til materialer som ligger innenfor den summen som er betalt som en alminnelig regel ved tilvirkningskontrakter<sup>125</sup>, hvilket kan tale i favør av en generell regel. Siktemålet med slike uttalelser er typisk å gi et bidrag til avklaring av tvilsomme rettsspørsmål. Selv om de ikke er

---

<sup>121</sup> Hauge s. 167-169, Brækhus og Hærem (1971) s. 510-513, Andenæs s. 267-268, Lilleholt s. 294

<sup>122</sup> Rt. 1990 s. 59 på side 63

<sup>123</sup> RG 2003 s. 514 under punkt 1

<sup>124</sup> Hauge s. 192

<sup>125</sup> Rt. 1990 s. 59 på s. 64

nødvendig for domsresultatet, kan man regne med at de er rimelig gjennomtenkte.<sup>126</sup> Det er imidlertid usikkert hvor mye man kan vektlegge dette utsagnet i favør av en generell regel, da obiter dictum uttalelser har begrenset rettskildemessig vekt.

## 4.5 Et generelt unntak for tilvirkningskjøp?

At eiendomsretten går over på kjøperen før salgsgjenstanden er ferdigstilt er for «større tilvirkningskontrakter» anerkjent i Myra Båt, RG 2003 s. 514 og juridisk teori. Spørsmålet blir således om det er grunnlag for å anerkjenne dette for alle typer tilvirkningskjøp.

Førstvoterende i Myra Båt stilte spørsmål ved om det ikke burde være unntak for tilvirkningskjøp generelt<sup>127</sup>, men at et obiter dictum alene kan danne en generell regel om unntak for tilvirkningskjøp, er vel heller tvilsomt.

Unntaket for «større» tilvirkningskontrakter byr på avgrensingsproblematikk ettersom det ikke er gitt hvor grensen nedad går. Hvor omfattende en tilvirkningsavtale må være for å falle innunder unntaket er ikke avklart, men i begge dommene dreiet seg om tilvirkning til verdier over 700 000 kr. Dette taler for at det skal relativt store verdier til for at en tilvirkningsavtale er av det «større» slaget, hvilket heller sjeldent vil være tilfellet for tilvirkning av løsøre i forbrukerkjøp. Unntaket for større tilvirkningskontrakter har blitt begrunnet i nødvendigheten av forskuddsbetaling, enten helt eller delvis, som finansieringsordning.<sup>128</sup> Det er lite tvilsomt at dette også ved mindre tilvirkningskjøp vil være behov for finansiering i form av forskuddsbetaling. Om ikke samme behovet som ved entreprisekontrakter o.l., så i alle fall til en viss grad. Å gjøre unntak for tilvirkningskjøp generelt vil løse avgrensingsproblemet, samtidig som det «kredittskapende potensialet ved forskuddsbetaling med sikkerhet i det solgte [kan] utnyttes fullt ut».<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Nygaard s. 115

<sup>127</sup> Rt. 1990 s. 59 på s. 64

<sup>128</sup> Se henvisninger i note 120

<sup>129</sup> Hauge s. 171



Å gjøre unntak for større tilvirkningskjøp har også blitt begrunnet i at kreditorsviksfaren i disse tilfellene er lav ettersom det vil foreligge relativt solid dokumentasjon på avtalens innhold, omfang og til hvilken grad forskuddsbetaling er gjort. Det er klart at det vil være mindre bevismateriale å legge frem der det er tale om mindre tilvirkningskjøp, og ofte vil det kanskje bare være tale om en kvittering eller liknende. For å ivareta hensynet til å motvirke kreditorsvik, kan det her kreves særskilt avtale mellom partene for at kjøper skal oppnå separatistrett til tilvirkningsgjenstanden.<sup>130</sup> For å sikre notoritet rundt forskuddsbetalingen kunne man i tillegg ha krevet fremleggelse av bevis for betalingen i form av kontoutskrift eller liknende. Å legge til grunn et avtaleprinsipp kunne vært en god løsning i tilvirkningskjøp generelt ettersom det er nødvendig at det går en viss tid fra avtaleinngåelse til tingen er leveringsklar.

Et avtaleprinsipp forutsetter at kontraktsgjenstanden er individualisert, hvilket kan by på problemer på et tidlig stadium i tilvirkningsprosessen. Der hvor materialer enda ikke er inkorporert i tilvirkningsgjenstanden blir det spørsmål om kjøper også har separatistrett til disse i de tilfellene hele kjøpesummen er forskuddsbetalt. Da kan det potensielt være avgjørende om selgeren holder materialene til den enkelte gjenstanden separert fra øvrige lagervarer for at kravet til individualisering skal være innfridd. Individualisering av lagervarer er nok neppe noen løsning som ville fungert praktisk. Det forutsetter både at selgeren har lagerkapasitet og at alle gjenstandene befant seg på lageret ved avtaleinngåelsen. Selv om kjøperen får rettsvern i og med avtalen, vil hun ikke i realiteten få det før selgeren har kommet såpass langt i tilvirkningsprosessen at gjenstanden lar seg individualisere.

Selv om kreditorsviksfaren er lav i tilvirkningskjøp, er ikke dette ensbetydende med at den ikke eksisterer. Å legge til grunn et avtaleprinsipp for å oppnå kreditorvern kan medføre at selgeren prioriterer å ferdigstille en bestemt tilvirkningsavtale på bekostning av andre kreditorer ved å oppfylle med individualisert gjenstand før avtalt tid for oppfyllelse.<sup>131</sup> Det kan imidlertid ikke være snakk om noen betydelig større fare enn ved det alminnelig kravet for å oppnå rettsvern for løssøre. Selgeren kan jo også her velge å innfri en kontrakt på bekostning av andre kreditorer.

---

<sup>130</sup> Se Hauge s. 196

<sup>131</sup> Hauge s. 37

Brækhus og Hærem åpner for at kreditorvern kan oppnås før gjenstanden er stilt til kjøperens disposisjon under den forutsetning at kjøpesummen må betales på ny.<sup>132</sup> I realiteten vil dette stille kjøperen omtrent like dårlig som når vedkommende ikke har kreditorvern. For kjøpere som ut fra egen betalingsevne har investert en større sum i tilvirkningsavtalen kan dette utgjøre et stort tap. De aller færreste ønsker å betale dobbelt opp, uavhengig av betalingssummens størrelse. En slik løsning som Brækhus og Hærem foreslår, vil derfor neppe være aktuell.

Selv om omsetningshensynet står særlig sterkt i tilvirkningskjøp, finnes det ingen holdepunkter utover obiter dictum-uttalelsen i Myra Båt for at det er mulig å avtale når eiendomsretten går over utover det uklare unntaket for større tilvirkningskontrakter. Selv om det foreligger gode grunner for en slik løsning de lege ferenda, forblir løsningen for mindre tilvirkningskontrakter usikker de lege lata. Det er derfor mest nærliggende å legge til grunn at rettsvernkravet er det samme for mindre tilvirkningskjøp som ved alminnelig kjøp av løsøre.

I det følgende blir spørsmålet om det finnes grunnlag for å oppstille en særregel for forbrukerkjøpere om at eiendomsretten går over på et tidligere tidspunkt enn når salgsgjenstanden er ferdigstilt.

---

<sup>132</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 513

# 5 Særlig om forbrukerhensyn

Forhåndsbetaling generelt sett er ganske utbredt i forbrukerkjøp, både ved tilvirkningskjøp og kjøp av genusytelser over nettet. Det er relativt vanlig praksis blant nettbutikker at kjøper betaler før varen pakkes og sendes fra lageret. For en forbruker vil nok ikke dette fremstå særlig betenkelig, og de aller fleste regner nok med at de får det de har betalt for. At selger kan gå konkurs under tilvirkningen før overlevering har funnet sted, er nok noe de aller færreste forbrukere har i bakhodet når de forhåndsbetaler. Forskuddsbetaling er i realiteten å gi selger usikret kreditt. Der hvor selgeren går konkurs under tilvirkningen kan dette ramme forbrukeren hardt. Det verst tenkelige utfallet, er at forbrukeren både taper salgsgjenstanden og kjøpesummen som følge av at det ikke er midler igjen til dekning av uprioriterte fordringer (dividende) når de prioriterte fordringshaverne har tatt dekning i selgers konkursbo.

I denne sammenhengen må det derfor stilles spørsmål ved om det er grunnlag for å gi forbrukere en særlig beskyttelse ved forskuddsbetaling av tilvirkningskjøp.

## 5.1 Om forbrukervern

I kontraktsretten står forbrukervern og forbrukerhensyn sterkt, og dette er for å skape en likevekt i kontraktsforholdet. Det er verdt å merke seg at vi i 2002 fikk en egen forbrukerkjøpslov som et resultat av det omfattende vernet forbrukere fikk etter EU-retten på 90-tallet. Dette har medført at forbrukere har fått bedre rettigheter og et bedre vern som den svake kontraktsparten ved handel med profesjonell part.

I forarbeidene til forbrukerkjøpsloven (Ot.prp.nr. 44 (2001-2002)) står det at Forbrukerrådet i høringsrunden i 1993/94 tok til ordet for å forby forskuddsbetaling for forbrukere, der de uttalte at «[h]ar en forbruker forskuddsbetalt vil muligheten for å få tilbakebetalt kjøpesummen være illusorisk. For å verne forbrukerkjøperne mot å lide økonomisk tap bør det derfor inntas regler i forbrukerkjøpsloven som forbyr forskuddsbetaling». Det ble imidlertid ikke et slikt forbud, men det er trukket frem på s. 75 at «[e]n adgang til å avtale forskuddsbetaling innebærer en risiko for kjøperen, som fratras

muligheten for å holde egen ytelse tilbake i tilfeller hvor selgeren misligholder»  
(Forbrukerombudet).

For å begrunne en særregel for forbrukere, vises det til at profesjonelle parter gjerne foretar mer inngående undersøkelser om medkontrahenten før de inngår avtale. Det må også pekes på at det i all alminnelighet vil ramme en forbruker hardere å tape kjøpesummen i selgers konkurs enn for en profesjonell part som gjerne har langt mer likvide midler og ressurser til å håndheve et krav. Det kan her tas til ordet for at det å ikke gi forbrukere vern i de tilfellene hvor de har forhåndsbetalt, innebærer at det her er et «hull» i forbrukervernet.

## 5.2 Forbrukerkjøperens behov for vern ved avtaleinngåelse

At forskuddsbetaling ikke medfører at kjøperen får sikkerhet i det solgte, kan spesielt for forbrukere komme som en ubehagelig overraskelse der hvor salgsgjenstanden ikke er leveringsklar. De vil dermed tape retten til salgsgjenstanden der hvor selgeren går konkurs.<sup>133</sup> Forbrukerhensyn taler derfor for at forbruker bør gis separatistrett til forskuddsbetalt tilvirkningskjøp av løsøre. Forskuddsbetalende forbruker har heller ikke noe vern mot illojale disposisjoner fra selgerens side. Kanskje er selgeren på randen av en konkurs og forsøker å skaffe seg midler gjennom forskuddsbetaling, så åpnes det konkurs før salgsgjenstanden blir overlevert.<sup>134</sup> Her vil forbrukeren, som Peder Ås i det innledende eksemplet under punkt 1.1, kun stå igjen med et dividendekrav på kjøpesummen i henhold til dekl. § 7-8 som er av liten eller i verste fall, ingen verdi.

Dersom en konkurs skulle oppstå, er det i forbrukertilfellene ofte tale om avtaler av begrenset økonomisk verdi. Prosessrisikoen knyttet til å gå rettens vei for å få avklart spørsmålet om rettsvern og eiendomsrett til salgsgjenstanden være lite aktuelt for en forbruker å ta.<sup>135</sup> Det er

---

<sup>133</sup> Hauge s. 49

<sup>134</sup> Hauge s. 50

<sup>135</sup> Hauge s. 50

kostbart å gå til sak, da spesielt for forbrukere som ikke kan pulverisere kostnadene av et eventuelt tap, slik profesjonelle parter som en bedrift kan. I tillegg til saksomkostninger, tilkommer også utgifter knyttet til advokatbistand. Et tap i retten utover det tapet forbrukeren allerede har blitt påført gjennom selgerens konkurs, vil nok være lite fristende å ta sjansen på.

Et absolutt krav om overlevering har lenge vært hovedregelen etter svensk rett. Likevel har svenskene sett det nødvendig å ivareta hensynet til den forskuddsbetalende forbrukerkjøper. 1. juli 2002 ble det i konsumentköpslagen § 49 inntatt en bestemmelse om «Förhållandet til säljarens borgenärer»:

«Köp enligt denna lag gäller mot säljarens borgenärer i och med avtalet. När köp inte avser en bestämd vara, blir köpet dock inte gällande mot borgenärerna förrän åtgärd har vidtagits genom avskiljande eller märkning av varan, anteckning om varan i en bokföringshandling eller på något annat sätt så att det framgår att varan är avsedd för köparen».

Dette betyr at det i Sverige er slik at forbrukerkjøpere får rettsvern i og med avtalen, der hvor varen er individualisert ved at den er adskilt fra de andre varene og merket, eller der det er bokført hvilken vare eller på annen måte fremgår hvilket vare som tilhører den bestemte kjøperen.

Konsumentköpslagen § 49 er en utvidelse av forbrukervernet i svensk rett. De har her sett det hensiktsmessig å gjøre avtalen mellom selger og forbruker gjeldende også for selgerens kreditorer, og ikke bare inter partes. Dette er en anerkjennelse av forbrukere som den svake part ikke bare i selve avtaleforholdet mellom forbruker og næringsdrivende, men også i forhold til selgerens kreditorer. Forbrukerens særskilte behov for vern har sammenheng med at de fleste forbrukere har liten eller ingen oversikt over de regler som gjelder i det uheldige tilfellet at selgeren går konkurs før varen er overlevert. At EU-reglementet også gir forbrukere et ganske vidtgående vern, er nok også av betydning for utvidelsen av forbrukervernet i svensk rett.

### 5.3 Manglende kunnskap om rettsvernkravet

Når man som kjøper forskuddsbetaler en gjenstand, gir man fra seg muligheten til å holde tilbake egen ytelse ved mislighold fra selger. Det kan nok tenkes at forbrukere ikke har «tilstrekkelig med kunnskap om hvilken betydning det kan ha å opprettholde et krav om ytelse mot ytelse». <sup>136</sup> Ettersom det ikke utenfor større tilvirkningskontrakter er mulighet til å avtale at eiendomsretten til salgsgjenstanden går over på kjøperen før overlevering, er det derfor ikke mulighet til å oppnå sikkerhet for forskuddsbetalingen. Dette innebærer at spesielt forbrukere stiller seg i en sårbar posisjon. Det er kanskje snakk om verdier som er store for en forbruker og en konkurs kan bety større tap.

Det kan her tas til ordet for at det er urimelig at en forbrukers uvitenhet skal føre til berikelse av kreditorfellesskapet. Lilleholt stiller spørsmål ved om privatpersoner (forbrukere) bør gis separatistrett uten å frata selger besittelsen, ettersom «privatpersonar ikkje alltid har kunnskapar om faren med forskotsbetaling, og dessutan har dei ofte ikkje noko val; vil dei ha vara, må dei finne seg i seljarens vilkår». <sup>137</sup> Dette er et veldig godt poeng, da forbrukere ofte helt ukritisk inngår avtaler med vilkår om forskuddsbetaling uten å være klar over hva dette innebærer.

Hauge uttaler at det vil være urimelig å forvente «at en forbruker foretar nærmere undersøkelser av selgers økonomiske stilling». <sup>138</sup> I motsetning til en profesjonell part, har forbrukere ingen oppfordring til å sjekke hvordan det ligger an med selgers økonomi, og om avtaleinngåelse med påfølgende forskuddsbetaling for en gjenstand under tilvirkning vil være innebære en særlig risiko med den aktuelle selgeren. Forbrukere har gjerne liten eller ingen kunnskap om de regler som gjelder i de tilfellene hvor selger går konkurs. Antakelig vil dette for mange forbrukere fremstå som en fjern mulighet og i mange tilfeller noe de ikke engang tenkte over ved avtaleinngåelse. I motsetning til avtaleinngåelse mellom profesjonelle parter,

---

<sup>136</sup> Hauge s. 50

<sup>137</sup> Lilleholt s. 291

<sup>138</sup> Hauge s. 50

er det sjelden omfattende forhandlinger ved utformingen av avtalen, hvilket underbygger dette med at forbrukere ikke har noen oppfordring til å undersøke selgers økonomiske stilling.

## 5.4 Minimal fare for kreditorsvik

Et annet viktig moment, er at faren for kreditorsvik er ganske liten i de tilfellene av forskuddsbetalt tilvirkningskjøp. Lilleholt stiller her spørsmål ved om ikke forbrukere bør gis separatistrett uten å frata selger besittelsen, ettersom kreditorsviksfaren ikke er særlig stor i disse tilfellene, da «det monnar oftast lite for debitor å dikte om ein avtale med ein forbruker». <sup>139</sup> Forbrukere har normalt sett ingen grunn til å ville inngå svikaktige avtaler med en selger om å unndra midler fra selgers konkursbo. Det vil som regel kun være en avgrenset krets med medkontrahenter, typisk familie, venner og andre nære relasjoner, som eventuelt er villig til å inngå slike avtaler med selger. <sup>140</sup> Det typiske eksemplet som har gått igjen i rettspraksis, er der hvor foreldre har overdratt eiendom pro-forma til sine umyndige barn for å unngå at eiendommen skal tjene til dekning i konkurs. <sup>141</sup> Det er derfor særlig grunn til å se på overdragelser innen familien med skepsis. <sup>142</sup>

En forbruker uten slektskap eller liknende til selger, vil ikke ha noen intensjon om å hjelpe selgeren med å unndra midler til dekning ettersom de ikke vil ha noen interesse i det. Et typisk forbrukerkjøp «vil ikke ha karakter av å være illojalt mot kreditorfellesskapet». <sup>143</sup> en minimale faren for kreditorsvik og det faktum at en konkurs kan bety store tap for en forbruker, taler for at det bør åpnes for å gi forbrukere eiendomsrett i og med avtalen, slik det aksepterte unntaket er for større tilvirkningskjøp.

---

<sup>139</sup> Lilleholt s. 291

<sup>140</sup> Hauge s. 38

<sup>141</sup> Se f.eks. Rt. 1901 s. 811, Rt. 1928 s. 1087 og Rt. 1933 s. 835

<sup>142</sup> Brækhus og Hærem (1971) s. 494

<sup>143</sup> Hauge s. 51

## 5.5 Utfordringene knyttet til en særregel for forbrukere

En av utfordringene knyttet til det å lage en særregel for forbrukere, er at det kan være «vanskelig å gjennomføre på en retsteknisk god måte uten lovregulering».<sup>144</sup> Regelen må kunne gi en klar definisjon av virkeområdet og innhold, og den må være utformet slik at den virker konfliktløsende og ikke prosesskapende. For dersom en eventuell særregel for forbrukere skulle medføre særlige prosessuelle utfordringer, ville dette være et argument mot å oppstille en slik regel.

Det er klart at det kan være enkelte utfordringer knyttet til det å innføre en særregel for forbrukere, og det kan her påstås at en slik endring bør gjøres av lovgiver.<sup>145</sup> Det kan i forbrukerkjøp være ønskelig med en lovfestet regel for å gi forbrukeren et effektivt vern ved selgers konkurs.<sup>146</sup> Sverige har klart å få til en god og relativt enkelt utformet særregel for forbruker i konsumentköpslagen § 49. Til tross for at svenskene i utgangspunkt har hatt en såpass rigid regel om et absolutt krav om overlevering, har de likevel funnet det hensiktsmessig å beskytte forbrukeren som den svake kontraktspart. I § 49 oppstilles det krav om at avtaleinngåelse og en eventuell individualisering av genusytelse er tilstrekkelig for å oppnå kreditorvern i forbrukerkjøp. Dette kan tale for at det ikke hadde vært så altfor vanskelig å få til en tilsvarende regel i norsk rett, enten ved utvidelse av forbrukerkjøpsloven eller på ulovfestet grunnlag.

Et annet viktig poeng, er at om det skal gjøres forskjell på forbrukere og profesjonelle når det kommer til hvordan de oppnår rettsvern for forskuddsbetalt tilvirkningskjøp av løsøre, må det være en særskilt grunn til dette. Det kan argumenteres for at forskuddsbetalende kjøpere i sin alminnelighet burde ha kreditorvern i slike tilfeller fordi de er forbundet med liten fare for kreditorsvik, slik at det her burde vært mulig å la eiendomsretten gå over i og med avtalen.

---

<sup>144</sup> Hauge s. 51

<sup>145</sup> Hauge s. 187

<sup>146</sup> Hauge s. 196



Selv om det kan tas til ordet for et unntak fra overlevering i tilvirkningskjøp av løsøre generelt, anses dette for å falle utenfor det oppgaven tar sikte på.

## 5.6 Oppsummering

Blant annet Hauge og Lilleholt har tatt til ordet for en løsning om å gi forbrukerkjøper separatistrett til forskuddsbetalt løsøre. Forbrukerhensyn taler utvilsomt i favør av en særregel for forbrukere som den svake kontraktspart med et særlig behov for vern. Et annet argument for en særregel for forbrukere, er den minimale faren for kreditorsvik. Som nevnt under punkt 5.3, har forbrukere som oftest manglene kunnskap om rettsvernkravet og uten kunnskap om rettsvernkravet er det lite sannsynlig at man vil foreta seg kreditorsvikaktige disposisjoner. Det eksisterer imidlertid ikke et unntak fra rettsvernkravet for løsøre for forbrukere, slik at man som forbruker ikke kan oppnå kreditorvern for forskuddsbetalt løsøre før salgsgjenstanden er ferdigstilt.

## 6 Avsluttende bemerkninger

Ettersom svenskene har hatt en så rigid hovedregel om overlevering, men likevel har klart å gjøre et unntak for forbrukere som har kommet i en vanskelig situasjon, så bør det ikke være så altfor fjernt å kunne få til en tilsvarende regel etter norsk rett. Slik reglene er etter norsk rett per dags dato, utgjør de et slags tomrom i forbrukervernet ettersom forbrukere ikke gis vern for tredjemenn. Et forskuddsbetalt tilvirkningskjøp kan for forbrukere ende opp med å bli en stor tapspost. Etter mitt syn burde man her sett hen til svensk rett på området, eller eventuelt legge til grunn et avtaleprinsipp for tilvirkningskjøp slik at det er mulig å oppnå kreditorvern på et tidligere tidspunkt enn når varen er leveringsklar. Dersom Peder Ås, som i det innledende eksemplet i punkt 1.1, hadde fått eiendomsrett til den forskuddsbetalte bunaden allerede ved avtaleinngåelsen med bunadsforretningen, hadde han kunnet hente den ut og få den ferdigstilt et annet sted. Peder hadde ikke tapt 20.000 kr på bunadsforretningens konkurs, og forretningens kreditorer hadde likevel beholdt kjøpesummen på deling. Som nevnt, vil motsatt løsning føre til at konkursboet både får kjøpesummen og bunaden, som begge hovedsakelig går til dekning av de prioriterte fordringshaverne. Et unntak for forbrukere vil med andre ord veie opp for den sårbare posisjonen forbrukeren blir satt i ved å forskuddsbetale.

En annen mulig løsning, er at unntaket for større tilvirkningskjøp kunne vært løsningen for tilvirkningskjøp på generell basis. Tilvirkningskjøp er forbundet med liten fare for kreditorsvik, hvilket taler i favør av et generelt unntak. Notoritet kan sikres ved fremleggelse av bevis for at avtale om forskuddsbetaling har funnet sted, der bevismaterialet i dag typisk vil være kontoutskrifter, kassaregister og andre elektroniske spor. Ofte vil tilvirkning av løsøre utgjøre kostbare kjøp for forbrukere. Bunader, brudekjoler og liknende vil normalt bli betalt med kort og er derfor mulig å se på kjøpers kontoutskrift, enten samme dag eller få dager etter at betalingen har funnet sted. Det vil derfor være relativt enkelt å fastslå om forskuddsbetaling har funnet sted eller ikke. Ettersom bevissituasjonen har endret seg såpass mye med de teknologiske fremskrittene de siste tiårene har brakt med seg, taler dette for at det også er på sin plass med en endring også i gjeldende rettsregler på området.

Er det liten fare for kreditorsvik, som det kan hevdes å være i tilvirkningskjøp, kan et for strengt eller rigid virkemiddel med stor sannsynlighet også ramme lojale og ordinære disposisjoner. Omsetningshensyn er også et hensyn som må ivaretas på grunn av et stadig voksende handelsmarked og den fleksibiliteten som det krever, og slike hensyn kan det hevdes at best blir ivaretatt ved et avtaleprinsipp.

# Litteraturliste

## Bøker og artikler

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009)

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett* (Oslo 1964)

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett* (Oslo 1971)

Carstensen, Vagn, *Ting og sager 1 – løssørekøberens retsstilling over for sælgerens kreditorer* (København 1982)

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett* 7. utgave (Oslo 2013)

Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen* (Uppsala 1985)

Hagerup, Francis, *Om Tradition som betingelse for Overdragelse af Løsøre*, Norsk Retstidende, 1884 s. 673-784

Hauge, Hilde, *Løsøreerverters kreditorvern* (Bergen 2016)

Torgny Håstad, *Sakrätt – avseende lös egendom, sjätte omarbetade upplagan med supplement*, mars 2000 (Stockholm 1996 og 2000)

Illum, Knud, *Dansk Tingsret, 1. del* (København 1952)

Knoph, Ragnar, *Oversikt over Norges Rett*, 3. utgave ved Sverre Grette (1949)

Kruse, FR. Vinding, *Ejendomsretten* 3. udgave andet bind (København 1951)

Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett – fleire rettar til same formuesgode*, 2. opplag 2015 (Oslo 2012)

Lindebrække, Sjur, *Eiendomsrett og konkursbeslag – prinsipielle synspunkter i løssøreomsetningen* (Bergen 1946)

Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene – om formuerettslige argumentasjonsmønstre* (Bergen 2016)

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

Ross, Alf, *Ejendomsrett og Ejendomsovergang* (København 1935)

Simonsen, Lasse, *Kreditors mangelsbeføyelser - særlig for tilvirkningskontraktene*, Jussens Venner 1999 s. 305-399

## **Lover**

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

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

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

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven eller fkjl.)

## **Forarbeider**

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp.nr.44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp

## **Rettspraksis**

### Rettsdende

Rt. 1901 s. 811

Rt. 1909 s. 734 (Tømmerdommen)

Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)

Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen)

Rt. 1928 s. 1087

Rt. 1933 s. 835

Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt)

### Rettens Gang

RG 2003 s. 514 (Hålogaland)

### Upubliserte avgjørelser

LF-2010-133423 (Frostating)

## **Andre lands rett**

### Lover

Konsumentköplag (1990:932), endret ved Lag (2002:587)