

Løsørekjøperens rettsvern overfor selgers konkursbo

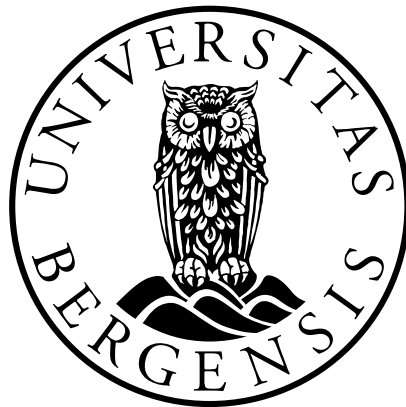
—

Avtaleprinsipp eller overleveringskrav?

Kandidatnummer: 178552

Veileder: Marianne Rødvei Aagaard

Antall ord inkl. fotnoter: 13 218



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet
Universitetet i Bergen

10.12.2012

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Bakgrunn og problemstilling	4
1.2 Plassering av tema	4
1.3 Om rettsvernet	5
1.4 Rettsvernskravets formål	6
1.5 Avgrensninger	7
1.6 Fremstillingen videre	8
2. Historisk overblikk	9
2.1 Innledning	9
2.2 Hovedlinjene	9
3. Hovedregelen for rettsvern ved løssørekjøp i dag – krav om overlevering?	12
3.1 Lovregulering	12
3.2 Rettspraksis	12
3.3 Annen praksis	16
3.4 Juridisk teori	17
3.5 Reelle hensyn	20
3.5.1 Innledende bemerkning	20
3.5.2 Ønsket om å hindre kreditorsvik	21
3.5.3 Rettstekniske hensyn – sammenheng og konsekvens i reglene om rettsvern	23
3.5.4 Kredittmomentet og likebehandlingsprinsippet i konkurs	26
3.5.5 Hensynet til omsetningen	27
3.5.6 Overleveringskravet kan gi urimelige og tilfeldige utslag	28
3.5.7 Sammenfatning	29
3.6 Konklusjon	29
3.6.1 De lege lata	29
3.6.2 De lege ferenda	30
4. Krav til overleveringen	31
4.1 Materielt innhold	31
4.2 Tidspunktet for gjennomføring	32

5. Rettsvern uten overlevering **33**

5.1 Rom for unntak?	33
5.2 «Interesselæren»	34
5.3 Større tilvirkningskontrakter	36
5.4 Individualiseringskrav ved genuskjøp	38

Litteraturliste **40**

Bøker og artikler	40
Lover	40
Forarbeider	41
Rettspraksis	41
Rettstidende	41
Rettens Gang	41
Nordiske domme i sjøfartsanliggender	41
Upubliserte avgjørelser	41

1. Innledning

1.1 Bakgrunn og problemstilling

Spørsmålet om hva som må til for at erververen skal ha rettsvern overfor avhenderens kreditorer ved kjøp av løsøre har vært diskutert i århundrer, og blitt besvart ulikt fra land til land.¹ Tradisjonelt har man skilt mellom to hovedprinsipper for løsningen, avtaleprinsippet og tradisjonsprinsippet.² Førstnevnte innebærer at kjøper har rettsvern allerede fra avtaleinngåelsen. Det andre prinsippet tilsier at tradisjon³ eller overlevering av løsøretingen er et vilkår for rettsvernets inntreden.

Oppgavens problemstillinger er om det i norsk rett i dag gjelder et krav om overlevering for løsørekjøperens rettsvern mot selgers konkursbo, samt hvorvidt, og i tilfelle under hvilke omstendigheter det kan gjøres unntak fra en slik regel.

1.2 Plassering av tema

Spørsmålene vedrørende rettsvern hører til en del av et større problemkompleks om rettsreglene rundt kollisjon mellom rettigheter i formuesgoder. Disse innordnes igjen under den dynamiske tingsretten som omhandler rettighetsendringer og forholdet til tredjeperson.⁴ Når to eller flere rettssubjekter hevder å utlede kolliderende retter i samme formuesgode fra en annen, foreligger en tredjepersonkonflikt. I litteraturen skiller man gjerne mellom to hovedtyper av disse: hjemmelsmanns- og dobbeltsuksjonskonflikter.⁵ Kun sistnevnte faller innenfor temaet til denne oppgaven. Karakteristisk for en dobbeltsuksjonskonflikt er at de stridende parter (her kjøper og konkursboet) begge hevder å avlede sin rett fra samme opprinnelige rettighetshaver (selger/konkursdebitor).⁶ Skal konflikten med selgers konkursbo komme på spissen, må kjøper ha ervervet sin rett – altså inngått avtalen – før konkursåpningen.⁷

Utgangspunktet og hovedregelen for løsning av dobbeltsuksjonstilfellene, er at erverver/kreditor ikke får bedre rett til formuesgodet enn avhenderen/debitor

¹ For en omfattende historisk og komparativ analyse, se Ulf Göranson,

² Jf. f.eks. Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utg., Oslo 2009 s. 260

³ Av latin *traditio* som betyr overføring

⁴ Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utg., Oslo 2007 s. 36

⁵ Se f.eks. Kåre Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utg., Oslo 1999 s. 19

⁶ Falkanger/Falkanger s. 472

⁷ Jf. lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekl.) § 6-1 og lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (kkl.) § 100 første ledd

hadde.⁸ Hvis A har solgt noe til S, utgjør det en begrensning av As rett som boet ved en senere konkurs hos A normalt må respektere. En annen måte å uttrykke regelen på er kø-prinsippet «først i tid, best i rett».⁹ Disse grunnsetningene kan sies å være «uttrykk for elementære og dypt forankrede rettferdsforestillinger» i samfunnet.¹⁰

Hovedregelen for beslagsretten i dekl. § 2-2 gir også fordringshaverne kun rett til dekning i formuesgoder «som *tilhører* skyldneren på beslagstiden» (min utheving). Det kan virke unaturlig å si at varer som er solgt, men fortsatt befinner seg hos selger, «tilhører» debitor. Likevel er det klart at grensene for kreditorenes beslagsrett ikke fastlegges ut fra dekl. § 2-2 alene. Av ordlyden fremgår for det første at beslagsretten kun gjelder med de unntak som er fastsatt i lov. Et viktig eksempel er særlige dekningsretter som pant i formuesgoder etter panteloven § 1-1 første ledd.¹¹ Bestemmelsen innebærer at konkursboet bare får beslag i den del av godet som fortsatt *verdime* kan sies å tilhøre skyldneren.¹² Videre følger det av forarbeidene til dekl. § 2-2 at den må suppleres med andre ulovfestede regler:

«Den nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man ... ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene.»¹³

Altså er det ikke nok for å hindre ekstinksjon til fordel for konkursboet, at eiendomsretten til det solgte er gått over på kjøperen gjennom en gyldig kjøpsavtale. Han må også ha skaffet seg rettsvern for ervervet. Dette tillegget kjøper må sørge for, omtales gjerne som rettsvernsakten.¹⁴

1.3 Om rettsvernet

Spørsmålet om hva som skal til for at en løsekjøper har rettsvern mot selgerens kreditorer er ikke entydig besvart i norsk rett.¹⁵ Standpunktene i juridisk teori har vekslet, og problemstillingen anses for å høre til de klassiske i formueretten.¹⁶ Historisk er det som nevnt avtaleprinsippet¹⁷ og tradisjonsprinsippet som har stått mot hverandre. Karakteristisk for begge prinsipper er imidlertid at det har blitt åpnet for omfattende unntak, slik at den praktiske forskjellen i om man har tatt utgangspunkt i det ene eller andre ikke

⁸ Lilleholt s. 15

⁹ Falkanger/Falkanger s. 479

¹⁰ Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4 – Omsetningskollisjoner I og II*, Oslo 1998 s. 26

¹¹ Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (pantel.)

¹² Lilleholt s. 166.

¹³ NOU 1972: 20 s. 255

¹⁴ Borgar Høgetveit Berg, «Rettsvern for lausørekjøp - avtale eller overlevering (tradisjon)?», *Jussens Venner*, 1999 hefte 1 s. 2-3

¹⁵ Jf. kap. 3

¹⁶ Lilleholt s. 188-189

¹⁷ Kan også ses som at det ikke finnes noe eget rettsvernskrav

nødvendigvis har vært stor.¹⁸ Naturligvis kan også alternative rettsvernsakter til overlevering tenkes. Noen av disse vil bli omtalt under i punkt 3.5.2.

Dersom gjenstanden *er* overlevert ved konkursåpning hos selger, har kjøperen utvilsomt rettsvern. Etter overlevering er det ikke grunnlag for å si at salgsgjenstanden fortsatt «tilhører» selgeren.¹⁹ Oppnås rettsvern uten overlevering, vil erververen ha separatistrett til varen i selgerens konkursbo. Dette følger forutsetningsvis av dekl. § 2-2. Tilsvarende som eventuelle panthavere, har kjøper da en prioritert stilling blant kreditorene. Har erververen ikke oppnådd rettsvern, står han på lik linje med de uprioriterte kreditorene i boet, og må nøye seg med et dividendekrav på verdien av varen.²⁰

En løssørekjøper har behov for rettsvern også i andre sammenhenger. Særlig viktig er godtroervervloven § 1 nr. 1, som innebærer at kjøperen, for å ha vern mot yngre ekstinktive avtaleerverv i god tro, må frata selger legitimasjonen det å sitte med gjenstanden medfører.²¹ Riktignok faller dette utenfor oppgavens tema, men reglene om rettsvern mot godtroerverv kan med fordel trekkes inn for å belyse reglene om kreditorvern.²² Gode grunner kan også tale for å ha sammenfallende rettsvernstidspunkt.²³ I fortsettelsen av oppgaven vil begrepene rettsvern og kreditorvern benyttes om hverandre, men hovedsakelig i betydningen av kjøpers vern mot selgers kreditorer. Unntak fra dette må fremgå av sammenhengen.

1.4 Rettsvernskravets formål

Så sant kjøperens kontrakt med selger er gyldig, er partene bundet av den seg i mellom.²⁴ Et naturlig spørsmål blir da hvorfor selgerens kreditorer skal kunne fortrenge kjøpers rett når han ikke har skaffet seg det nødvendige rettsvern.

Begrunnelsen som gjerne anføres bak rettsvernskrav generelt, er ønsket om å ha et enkelt skjæringspunkt å forholde seg til for rettighetsovergangen, samt regler til vern om kreditorene.²⁵ Det sistnevnte vil sikre tilgangen på kreditt i omsetningslivet, noe som må antas å være positivt sett fra et samfunnsøkonomisk ståsted. På den annen side har man hensynet til omsetningserververen som risikerer å lide tap i tilfeller han kan ha en berettiget interesse i å være beskyttet. Slikt kan naturlig nok legge en uønsket demper på omsetningen. Avveilingen av disse, og andre, viktige interessemotsetninger, skal jeg komme tilbake til i punkt 3.5.

¹⁸ Sml. Berg s. 3

¹⁹ Jf. dekl. § 2-2. Se også Lilleholt s. 190

²⁰ Jf. dekl. § 6-4 første punktum og § 7-7 andre ledd andre punktum. Om uttrykkene «separatistrett» og «dividendekrav» se Andenæs s. 155

²¹ Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løssøre (ekstl.)

²² Tilsvarende Andenæs s. 156

²³ Se pkt. 3.5.3

²⁴ Jf. lov 15. april 1687: Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) 5-1-2

²⁵ Se særlig Brækhus s. 41-48. Jf. også Lilleholt s. 168-169.

Selger og kjøper har ikke anledning til å inngå avtale om rettsvernets inntreden som er til ugunst for kreditorene.²⁶ Dette ville motvirke formålet med å ha et rettsvernkrav. I så måte er reglene om rettsvern – også på det ulovfestede området for kreditorvern ved løsørekjøp – preseptoriske.

1.5 Avgrensninger

Oppgaven tar sikte på situasjoner der kjøper har forskuddsbetalt gjenstanden og senere gjør krav på å få denne utlevert fra selgerens konkursbo. Dersom kjøper *ikke* har betalt, er faren for konflikt generelt mindre.²⁷ Normalt vil både boet og kjøper tjene på å oppfylle avtalen, og ellers kan kjøperen ofte skaffe tilsvarende vare hos andre.²⁸ Unntak gjelder særlig i de tilfeller avtalt vederlag avviker fra markedspris, eller hvis det knytter seg ideelle interesser til tingen. Spørsmål om kjøpers utleveringsrett mot betaling av kjøpesummen drøftes ikke videre.²⁹

Fremstillingen tar kun for seg kjøp av ikke-realregistrerbare løsøreting. Dette innebærer for det første at kjøp av fast eiendom faller utenfor. Kreditorvern ved overdragelse av fast eiendom oppnås gjennom tinglysing etter bestemmelser i tinglysningsloven.³⁰ Tilsvarende omtales heller ikke salg av realregistrerbart løsøre som skip, fly og kraftledninger, der rettsvernkravet også går ut på tinglysing.³¹ Videre vil kjøp av tjenester ikke bli behandlet. Disse defineres ikke som ting, og vil ikke representere noen verdi på boets hånd om selger går konkurs før kontrakten er oppfylt. Spørsmål om separatistrett til forskuddsbetalte penger skal ikke belyses her.

Konkursboet som kreditorfellesskap er ikke de eneste som kan tenkes å ville beslaglegge debtors (selgers) eiendeler. Hvis en enkeltforfølgende kreditor vil ta utlegg, aktualiserer også det problemstillingen om kjøper har fått rettsvern for sin handel. Kreditorvernet mot utleggstaker blir ikke drøftet eksplisitt i denne oppgaven, men hoveddragene ved reglene antas å være de samme som i konkurstilfellene.³²

Selv om kjøper har oppnådd rettsvern mot avhenderens kreditorer ved overlevering eller andre måter, så utelukker ikke dette at konkursboet senere kan få overdragelsen omstøtt etter reglene i dekningslovens kapittel 5. Hensynene bak rettsvernsreglene og omstøtelsesreglene i konkurs er i stor grad

²⁶ Lilleholt s. 171

²⁷ Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, Oslo 1964 s. 508, Lilleholt s. 190, Andenæs s. 266

²⁸ Lilleholt s. 195

²⁹ Om rettsvernkrav i slike tilfeller, se f.eks. Berg s. 27-29

³⁰ Se lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tingl.) § 23

³¹ Jf. lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøl.) § 25, lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftl.) § 3-31 og lov 1. juli 1927 nr. 1 om registrering av elektriske kraftledninger (kregl.) § 7

³² Lilleholt s. 188

sammenfallende,³³ og sistnevnte vil bli vist til der det er naturlig. Men detaljene rundt vilkårene for omstøtelse skal ikke omtales.

1.6 Fremstillingen videre

Forutsetningen for rettsvernsspørsmålet i det følgende er at avtalen mellom selger og kjøper er endelig, reell (ikke proforma) og bindende. Uten disse forholdene på plass, hjelper det ikke kjøper at han eventuelt har fått gjenstanden overlevert.³⁴ Hovedregelen om kreditorenes beslagsrett i dekl. § 2-2 kommer da til anvendelse. I tillegg er det en betingelse at konkursboet ikke trer inn i den uoppfylte avtalen etter dekl. § 7-3 første ledd. Gjør de det, aktualiseres ikke problemstillingen om kjøperens kreditorvern.³⁵

Før jeg i kapittel 3 går inn på oppgavens hovedproblemstilling – om overleveringsprinsippet kan gjøres gjeldende som generelt rettsvernkrav i norsk rett, vil jeg i kapittel 2 se kort på den historiske bakgrunnen for hvorfor nettopp dette prinsippet har blitt sentralt. Uavhengig av om tradisjon kreves som hovedregel eller unntaksvis, er det grunn til å undersøke nærmere hvilke vilkår som oppstilles for at salgsgjenstanden anses «overlevert». Dette behandles i kapittel 4. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 ta for meg noen typetilfeller hvor det er antatt at et overleveringskrav uansett *ikke* gjelder.

³³ Berg s. 12. Jf. særlig ønsket om å hindre kreditorsvik

³⁴ Andenæs s. 242-243

³⁵ Andenæs s. 247

2. Historisk overblikk

2.1 Innledning

For å få oversikt over striden som har eksistert i teorien, samt bedre forståelse for rettstilstanden slik den er i dag, vil det være fruktbart å foreta en gjennomgang av den historiske utviklingen rundt rettsvernkravet for løsørekjøp. Romerretten og senere naturretten har vært de ledende innflytelsene i denne sammenhengen.³⁶ Mange av argumentene som talte for de ulike rettsvernkrav før er fortsatt høyst aktuelle. Særlig ett viktig forhold har imidlertid endret seg når det gjelder behandlingen av rettsvernsspørsmål i norsk rett. Tidligere var det alminnelig lære at man i samband med et substansielt syn på eiendomsretten oppfattet rettighetsovergangen mellom selger og kjøper, og kjøpers rettsvern i forhold til tredjepersoner, som to sider av samme sak.³⁷ Av denne grunn har det historisk, og i utenlandske rettsordninger fremdeles,³⁸ vært vanlig å drøfte problemstillingen om kreditorvern som et spørsmål om tidspunktet for eiendomsrettens overgang. Det er først etter utviklingen av det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet i dansk teori rundt forrige århundreskiftet, at det i Skandinavia har blitt gjengs lære å se erververens vern mot avhenderens kreditorer som løsrevet fra eiendomsrettens overgang mellom partene.³⁹

2.2 Hovedlinjene⁴⁰

«Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.»⁴¹

Slik lød tradisjonsprinsippet i sin strengeste form, da det ble lovfestet av den romerske keiseren Diokletian i år 293 e.Kr. Til norsk kan regelen oversettes med: «Gjennom tradisjon og hevd, ikke gjennom avtalen alene, overføres eiendomsretten til ting».⁴² Fysisk overlevering var med andre ord et vilkår for eiendomsrettserverv.

Nøyaktig hvorfor en slik regel ble innført har en ikke funnet noen entydig forklaring på i de opprinnelige kildene.⁴³ Rettshistorikere har påpekt at det kunne ligge «noe naturlig» i å kreve at en overføring måtte komme til uttrykk

³⁶ Brækhus/Hærem s. 499-500

³⁷ Lilleholt s. 189

³⁸ Tysk rett er et godt eksempel, sml. Göranson s. 107

³⁹ Berg s. 9 med videre henvisning til Torp i TfR. 1894 s. 1-31. Se også Brækhus s. 5-11

⁴⁰ Fremstillingen baserer seg på Göranson s. 37-87

⁴¹ Corpus Iuris Civilis, Codex 2.3.20

⁴² Oversatt fra svensk, se Göranson s. 37

⁴³ Göranson s. 39

ved et eksplisitt moment. Publisiteten som et krav om overlevering skapte er også blitt trukket frem. En siste årsak kan ha vært et rettspolitisk ønske om å balansere konkurrerende interesser mellom selgere og kjøpere, inkludert deres kreditorer.⁴⁴

De romerske juristene fant imidlertid snart ut at et krav om besittelsesovergang for å overføre eiendomsrett i mange tilfeller var upraktisk. Tingen kunne allerede befinne seg hos kjøper, den kunne være plassert hos en utenforstående tredjemann, eller selger hadde betinget seg selv en bruksrett i det solgte. Man tillot derfor etter hvert en gradvis oppmykning av hovedregelen, i form av ulike tradisjonssurrogater (*traditio ficta*).⁴⁵ Såkalt korthåndstradisjon (*traditio brevi manu*) og langhåndstradisjon (*traditio longa manu*) innebar at avtalen var tilstrekkelig for eiendomsoverdragelse når salgsgjenstanden på forhånd befant seg hos henholdsvis kjøperen eller tredjeperson.⁴⁶ Ved bruk av «konstruert besittelse» (*constitutum possessorium*) ble tradisjonskravet omgått via en avtale mellom selger og kjøper om at sistnevnte kun skulle ha middelbar besittelse.⁴⁷ Felles for disse tradisjonssurrogatene var en tilsidesettelse av det fysiske momentet til fordel for større betoning av partsviljen.⁴⁸

Gjennom middelalderen utviklet reglene om *traditio ficta* seg ytterligere, og de mange unntakene fra tradisjonskravet banet til slutt vei for en ny synsmåte.⁴⁹ Spesielt bør nevnes at en avtale om *constitutum possessorium* kunne godtas formløs, og i noen rettsordninger sågar presumeres å foreligge.⁵⁰ Dermed var det ikke mye igjen av det opprinnelige kravet om fysisk overlevering.

I 1625 ville Hugo Grotius, med bakgrunn i naturretten og dens rasjonalistiske tankegang, helt tilsidesette kravet om tradisjon for eiendomsrettens overgang.⁵¹ Han mente at partenes samstemte viljeserklæring var det naturlige utgangspunktet, og derfor måtte avtaleinngåelsen være avgjørende.⁵² Senere utformet både Pufendorf, Thomasius og Christian Wolff konkrete regelsystem basert på disse ideene.⁵³ Men som Göranson skriver, var det først i franske Code civil av 1804 at avtaleprinsippet ble entydig kodifisert.⁵⁴

For eldre norsk rett sin del, var hovedregelen visstnok lenge at eiendomsretten til både fast gods og løsøre ble overført ved den blotte avtalen. Dette fulgte

⁴⁴ Se Göranson s. 39-40 med videre henvisninger

⁴⁵ Avsnittet er fra Göranson s. 38

⁴⁶ I slike situasjoner vil kjøper ha kreditorvern uten overlevering også etter norsk rett i dag, se pkt. 4.1

⁴⁷ Sml. tysk rett, som fortsatt har tradisjonsprinsippet lovfestet i BGB § 929, og regelen om «Besitzkonstitut» i BGB § 930

⁴⁸ Göranson s. 76

⁴⁹ Göranson s. 39 og 43-46

⁵⁰ Göranson s. 66

⁵¹ Göranson s. 78

⁵² Göranson s. 47

⁵³ Göranson s. 47-48

⁵⁴ Göranson s. 48. Frankrike har beholdt regelen i C.c. art. 1583

forutsetningsvis av Gulatingsloven og senere Magnus Lagabøtes lov, der det fantes bestemmelser om at en eldre kjøper gikk foran den yngre, uavhengig av om sistnevnte hadde fått tingen overlevert.⁵⁵ Tilsvarende regel ble inntatt i Christian Vs Norske Lov av 1687.⁵⁶ Samtidig fikk man bestemmelser om tinglysing ved erverv av fast eiendom,⁵⁷ mens loven forble taus om ordningen for kjøp av løsøre.

Utover 1700-tallet skal Høyesteretts praksis ha vist at man i Danmark-Norge ikke anså seg strengt bundet til hverken avtaleprinsipp eller tradisjonskrav.⁵⁸ Forestillingen om at man «krævde mer end Aftalen» fikk imidlertid etter hvert overtaket, først og fremst på grunn av faren for kreditorsvik. Likevel innvilget en som regel kjøper vern mot selgers kreditorer fra avtaletidspunktet, dersom svikaktig motiv ikke kunne påvises.⁵⁹ På 1800-tallet gikk teoretikere stadig lenger i retning av tradisjonsprinsippet som ulovfestet regel. Mer om dette nedenfor i punkt 3.4.

⁵⁵ Se Hagerup i Rt-1884-673 s. 708 med videre henvisninger

⁵⁶ NL 5-3-42

⁵⁷ NL 5-3-32

⁵⁸ Göranson s. 91 med henvisning til Thøger Nielsens undersøkelser

⁵⁹ Göranson s. 92

3. Hovedregelen for rettsvern ved løssørekjøp i dag – krav om overlevering?

3.1 Lovregulering

Norge har fortsatt ingen lovbestemmelse som avgjør spørsmålet om løssørekjøperens rettsvern overfor avhenderens kreditorer. Problemet drøftes så langt jeg har funnet heller ikke direkte i forarbeidene til nærliggende lover.

For avtalepant i løssøre finnes hovedregelen om håndpant i pantel. § 3-2. Denne oppstiller et krav om overlevering, eller at eieren fratas rådigheten over gjenstanden, dersom panteretten skal ha rettsvern. Etter ekstl. § 1 nr. 1 må kjøper som nevnt sørge for at løssøretingen blir fravendt selgeren for å være vernet mot at yngre godtroerverver kan ekstingvere retten. Ingen av disse bestemmelsen gir imidlertid grunnlag for direkte analogislutninger til problemstillingen om løssøreerververens kreditorvern. Som drøftelsen senere skal vise, er hensynene bak reglene dertil for ulike.⁶⁰

At loven ikke eksplisitt setter overlevering eller besittelsesfratakelse som vilkår for kreditorvern ved løssørekjøp, kan tilsi at praksis ikke bør oppstille et slikt vilkår på egen hånd. Men manglende lovregulering på formuerettens område har tradisjonelt ikke vært ansett for å utgjøre en slik skranke.⁶¹

3.2 Rettspraksis

Som flere forfattere har påpekt, finnes det lite rettspraksis om løssørekjøperens rettsvern mot selgers kreditorer.⁶² De Høyesterettssakene som har kommet opp ligger langt tilbake i tid, og premissene i dommene bærer preg av den foreldede oppfatningen om det substansielle eiendomsrettsbegrepet.⁶³

En av de eldste kjente avgjørelsene om temaet, inntatt i Rt. 1878 s. 412, gjaldt overdragelse og tilbakeleie av innbo fra en husleietaker til hans prinsipal.⁶⁴ Formålet med handelen var å hjelpe førstnevnte med å gjøre opp gjeld til en tredjemann. Salgsgjenstandene ble låst inn på et rom i leiligheten leieren disponerte natten over, mens prinsipalen beholdt nøkkelen. Neste dag ble alle

⁶⁰ Se pkt. 3.5.3

⁶¹ Andenæs s. 261

⁶² Brækhus/Hærem s. 503, Lilleholt s. 190, Andenæs s. 261, Göranson s. 103

⁶³ Jf. kap. 2

⁶⁴ Dommen er den første som refereres i den omfattende analysen hos Brækhus/Hærem s. 499 flg.

møblene flyttet tilbake hvor leieren kunne benytte de som før. Da han senere kom på etterskudd med betaling av husleien, godkjente Høyesterett at husverten tok utlegg i innboet. Begrunnelsen var at det ikke hadde skjedd noen reell overlevering mellom leier og prinsipalen:

«... et i Forhold til Trediemand gyldigt Salg af Løsøre fordrer mere end en Aftale mellem Parterne, idet Fakta, der indeholde en sand og virkelig Overleverelse eller, ere et gyldigt Udtryk for en saadan, maa til.»

Uttalelsen taler isolert sett klart nok for tradisjon som betingelse for rettsvern. På denne tiden var imidlertid den vanlige oppfatningen fortsatt at overlevering utgjorde et generelt vilkår for overføring av eiendomsretten.⁶⁵ Faktum i dommen er videre ganske spesielt, da avtalen minner om et proformaarrangement for å omgå håndpantregelen. Hvis samme saksforhold hadde kommet opp i dag, er det ikke usannsynlig at avtalen hadde blitt underkjent av nevnte grunn, uavhengig av hva som måtte være hovedregelen for rettsvernskravet ved overdragelse.⁶⁶ Etter min mening tilsier disse forholdene at en ikke kan utlede for mye av dommens premisser.

Neste sak fra Rt. 1909 s. 734 («Tømmerdommen») omhandlet et parti tømmer som ikke var levert da selgeren gikk konkurs. Selger var ikke selv skogeier, men hadde skaffet seg rettigheter til hogst hos andre. Ved konkursåpningen lå tømmeret delvis i ulike skoger, og delvis var det enda ikke hugget. Høyesterett ga likevel kjøperne separatistrett i boet. Avgjørende var at ordlyden i overdragelseserklæringen viste at det hadde vært partenes hensikt å foreta en «virkelig eiendomsoverdragelse». Tømmeret var tilstrekkelig individualisert, og selger hadde innstilt sin drift i de aktuelle skogsområdene, samtidig som kjøperne hadde gått i gang med innsamlingen.

Avgjørelsen tyder på at det ikke gjelder noe strengt overleveringskrav så lenge avtalen ikke etterlater tvil om eiendomsrettens overgang, og varen er utskilt fra selgers øvrige eiendeler. Men det er mulig resultatet i saken bygger på et unntak fra overleveringsprinsippet, i og med at tømmeret befant seg ute i det fri, og selgeren hadde oppgitt råderetten over det.⁶⁷ Noe grunnlag for å si at kjøpekontrakten som hovedregel er nok for rettsvern, gir domspremissene etter mitt syn ikke.

I Rt. 1910 s. 231 (Kudommen) var det avtalt at 11 kuer solgt til slakt skulle bli værende hos selger for hans regning og risiko frem til de var utmelket. Da selgeren gikk konkurs var kun én ku overlevert forskuddsbetalende kjøper. Denne fikk ikke medhold i sitt krav om å få resten av kuene utlevert fra konkursboet. Flertallet i Høyesterett (dissens 4-3) benyttet igjen kriteriet «virkelig eiendomsoverdragelse», og kom til at transaksjonen ikke hadde karakter av dette. De vektla at selgeren i egen interesse hadde beholdt rådigheten over dyrene i flere måneder:

⁶⁵ Se pkt. 2.1

⁶⁶ Tilsvarende Brækhus/Hærem s. 501

⁶⁷ Sml. langhåndstradisjon (traditio longa manu) under pkt. 2.2

«Naar saaledes ikke eiendomsraadigheden gik over paa kjøberen paa den tid, aftalen sluttedes, - maatte der til at effektuere en virkelig eiendomsoverdragelse senere finde en udlevering sted.»

Retten mindretall bemerket derimot at det ved avtaleslutningen hadde vært enighet om eiendomsrettens umiddelbare overgang, noe som måtte vær nok for at det forelå en reell eiendomsoverdragelse. Bruken av constitutum possessorium, ved at selger en periode oppbevarte kuene for kjøper, utelukket ikke dette. Selv om en skulle se det slik at selger midlertidig hadde betinget seg bruksrett til kyrne, og at eiendomsretten først gikk over når denne opphørte, endret ikke det konklusjonen. Kyrne var bevist utmelket før konkursåpningen.

Resultatet i dommen tyder på at avtalen alene ikke er tilstrekkelig for at kjøper skal ha rettsvern. Også mindretallets votum kan tas til inntekt for dette, når de omtaler selgers besittelse av kuene på kjøpers vegne som et surrogat for overlevering.⁶⁸ Den største forskjellen mellom fraksjonene virker å være hvordan de ser på selgerens bruksrett til kyrne. For flertallet er det utelukkende i selgers interesse at overleveringen ikke skjer umiddelbart etter avtaleinngåelsen, og dermed er ikke eiendomsretten gått over. Mindretallet synes å mene at selgerens bruks- eller leierett er i begge parters interesse, og ikke gir grunnlag for å kreve noen ytterligere rettsvernsakt – eller eventuelt kan godkjennes som et alternativ til overlevering. Hva som er den alminnelig hovedregel for kreditorvernets inntreden gir ikke dommen noe svar på. Det eneste sikre man rimeligvis kan utlede, er at begrunnelsen for hvorfor de solgte varer forblir hos selger etter avtaleinngåelsen er av betydning. Henvisningen til Scheels lære fra byrettens majoritet, hvis votum Høyesteretts flertall sluttet seg til, støtter dette.⁶⁹

Siste gang spørsmålet om løsørekjøperens rettsvern overfor selgers konkursbo kom opp for Høyesterett var i Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen). Her hadde et skipsverft overdratt skrapavfallet sitt for hele 1908 til en kjøper, som med jevn mellomrom hentet og gjorde opp det som lå i haugen. Mot slutten av året fikk kjøperen godkjent at restene av det allerede betalte skrapet kunne bli liggende på selgers eiendom frem til februar året etter. Skipsverftet gikk konkurs før alt var hentet, men boet kunne ikke etter rettens mening ta beslag i avfallet. Flertallet i Høyesterett (dissens 5-2) var enig med det dissenterende medlem av byretten, som mente at forretningslivets interesse i å gjennomføre legitime og naturlige transaksjoner tilsa at kjøper måtte være beskyttet i et tilfelle som dette. Det solgte jernskrapet var tilstrekkelig spesifisert, og befant seg hos selger for kjøpers «regning og risiko». Verftet hadde ikke rett til «at bortføre eller sælge til andre noget fra haugen». Eiendomsretten måtte da være gått over på kjøperen.

Høyesteretts mindretall viste til kudommen og at eiendomsretten ikke kunne gå over før jernskrapet ble veid opp ved henting.

⁶⁸ Tilsvarende Lilleholt s. 191

⁶⁹ Nærmere om læren i pkt. 3.4. Sml. i dag Brækhus/Hærem sin «interesselære», pkt. 5.2

Av dommens resultat kan en slutte at overlevering iallfall ikke er et ubetinget vilkår for forskuddsbetalende kjøpers rettsvern. Tilsynelatende stadfester flertallets votum oppfatningen om at en må se på årsaken til at overlevering ikke skjer straks, for å vurdere om eiendomsretten er gått over. Men igjen finner man ikke noe klart svar på hva som er hovedregelen for rettsvernstidspunktet.

Oppsummert er det vanskelig å trekke noen generelle konklusjoner fra Høyesteretts praksis om løsørekjøperens kreditorvern. Dommene spriker i resultatet, og de to nyeste er sterkt preget av dissenser. Videre er det i de tre sistnevnte sakene spørsmål om overgang av eiendomsretten, og ikke uttrykkelig rettsvern. I tråd med det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet kan det i dag tenkes at kjøperen ikke er beskyttet mot tredjepersoner selv om eiendomsretten har gått over partene i mellom. Jernskrapdommen er den nyeste, og bør av denne grunn kanskje tillegges mest vekt.⁷⁰ Da er det klart at overlevering ikke er noe absolutt vilkår for rettsvern. Samtidig gir de andre dommene inntrykk av at avtalen ikke alltid er nok. Det blir dermed vanskelig å oppstille en allmenngyldig regel for problemet.

Grunnen til at disse dommene likevel trekkes frem, er først og fremst mangelen på andre rettskilder. Spesielt ku- og jernskrapdommene har vært viktige for diskusjonen om løsørekjøperens rettsvern i den juridiske teorien.⁷¹

Når det gjelder underrettspraksis, finnes det to lagmannsrettsdommer fra 50- og 60-tallet som følger opp den uklare linjen fra høyesterettspraksisen.⁷² Avtalene var ikke tilstrekkelige for å gi kjøperne separatistrett her. Men i begge sakene hadde kjøpsgjensstanden(e) blitt værende hos selger i hans interesse etter avtaleinngåelsen, og overdragelsene hadde betenkelig likhet med stiftelse av underpant i løsøre. Slik sett er det ikke grunnlag for å legge stor vekt på resultatene.

En i teorien hyppig nevnt avgjørelse om emnet er voldgiftssaken inntatt i RG 1972 s. 53 (enedommer Carsten Smith).⁷³ Retten foretar ikke noen selvstendig drøftelse av spørsmålet om løsørekjøperens rettsvern overfor selgerens kreditorer, men slutter seg til forfatterne Brækhus/Hærem sine analyser og konklusjoner fra 1964. På side 67 i dommen uttales:

«I henhold til de konklusjoner man i dag bør kunne stille opp på dette felt, gjelder det intet ubetinget krav om overlevering av salgsgjenstanden, men det er heller ikke alltid at avtalen vil være nok.»

Tilslutningen til Brækhus'/Hærems syn innebærer riktignok at retten går inn for et overleveringskrav som hovedregel, men voldgiftsdommer har normalt begrenset rettskildemessig vekt.⁷⁴

⁷⁰ Tilsvarende Berg s. 8

⁷¹ Lilleholt s. 190

⁷² RG 1957 s. 577 (Frostating) og RG 1963 s. 492 (Eidsivating)

⁷³ Lilleholt s. 192, Falkanger/Falkanger s. 626, Andenæs s. 264, Berg s. 8

⁷⁴ Jf. nedenfor pkt. 3.4 og 5.2

I en dom avsagt av Agder lagmannsrett i 2005 var det spørsmål om rettsvern for en avtale om kjøp av et kunderegister⁷⁵ kombinert med bruksrett for selgeren.⁷⁶ Overdragelsen hadde ikke rettsvern mot selgerens kreditorer siden det ikke forelå noen avstand i tid mellom avtaleinngåelsen og tilbakeleien. Lagmannsretten uttalte at «hovedregelen om overlevering må [da] gjelde». Grunnlaget for en slik regel drøftes imidlertid ikke.

At overlevering angivelig er hovedregelen for kreditorvern ble også uttrykt i en dom av Frostating lagmannsrett i 2011.⁷⁷ Men retten tar forbehold om at «i det minste må gjenstanden være leveringsklar», hvilket den in casu ikke var. Saken gjaldt kjøp av en fritidsbåt på høsten som skulle leveres ferdig pusset våren etter. Arbeidet ble ansett som del av hovedytelsen, og dette var ikke ferdigstilt ved konkursåpningen hos selger. Kjøperen hadde derfor ikke oppnådd rettsvern. For grunnlaget bak den anførte hovedregelen vises det til ulovfestede krav, «utviklet gjennom rettspraksis». Henvisninger til konkrete dommer oppgis ikke. Vekten av de to sistnevnte lagmannsrettsdommene blir begrenset, både ut fra deres status som underrettspraksis, og de mangelfulle begrunnelsene.

3.3 Annen praksis

Siden det ikke finnes mange rettsavgjørelser om kreditorvernsspørsmålet, kan en spørre seg om konkursbo og løssørekjøpere er så samstemte om rettstilstanden at antallet tvister av den grunn holdes nede. Publikumspraksis vil kunne få vekt som rettskilde dersom den har vært fast, langvarig, dokumentert og oppfattet som etterleving av en rettslig bindende norm.⁷⁸

Brækhus/Hærem mente i sin tid at årsaken til den sparsomme rettspraksisen måtte ligge i at konkursboene velger å tre inn i ufullbyrdede salgsavtaler inngått før konkursåpningen.⁷⁹ Boet ville angivelig som hovedregel tjene på dette, i stedet for å innlate seg på en kostbar rettsprosess med et usikkert utfall. Forklaringen kan tyde på at bostyrere etter forfatterens mening handlet ut fra en tro på avtaleprinsippet som gjeldende rett. Noen empirisk forskning som bekreftet teorien ble imidlertid ikke fremlagt.

Berg hevder bakgrunnen for den beskjedne rettspraksisen trolig er at næringsdrivende selgers løssøre vanligvis er pantsatt som driftstilbehør eller varelager. I slike tilfeller vil kjøper som ikke har fått tingen overlevert uansett måtte vike for pantlover med gyldig rettsvern.⁸⁰

Andre forklaringer kan også tenkes. Like plausibel som Brækhus'/Hærems syn, er muligheten for at kjøper anser den ikke-overleverte vare som tapt ut fra en

⁷⁵ Et kunderegister anses som løssøregjenstand, jf. Rt. 1992 s. 1629

⁷⁶ LA-2005-38803

⁷⁷ LF-2010-133423

⁷⁸ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Bergen 2004 s. 308-309

⁷⁹ s. 503

⁸⁰ Berg s. 8. Om dette standpunktet er riktig kommer jeg tilbake til i pkt. 3.5.3

formening om at tradisjon er et vilkår for rettsvern. Ellers kan det at partene ikke går til sak like gjerne skyldes økonomiske betraktninger som rettslige overveielser. En ytterligere forklaring er at problemet ikke kommer på spissen fordi kjøper normalt rent faktisk sørger for overlevering.

Det foreligger heller ikke i dag dokumenterte opplysninger om hvilken praksis som følges av partene, eller på hvilket grunnlag.⁸¹ Dermed er det ikke mulig å gi noe fullgodt svar på hvorfor problemstillingen om løsøreerververens rettsvern ikke dukker opp for domstolene oftere.⁸² Klart er det likevel at en uopplyst publikumspraksis ikke får vekt som rettslig kilde.

3.4 Juridisk teori

Hos dansk-norske teoretikere har synet på eiendomsrettens overgang – og senere rettsvernkravet – ved løsørekjøp, endret seg flere ganger opp gjennom historien. Opprinnelig var avtaleprinsippet og naturretten dominerende.⁸³

Nørregaard gikk på slutten av 1700-tallet som en av de første inn for den romerske læren og kravet om tradisjon. Begrunnelsen var analogi fra bruken av skjøte som symbolsk overlevering ved salg av fast eiendom, samt fra panteregulene.⁸⁴ Noe senere ville også Ørsted kreve tradisjon, men samtidig godta bruk av formløst *constitutum possessorium*, slik at hovedregelen ble svært utvannet.⁸⁵ Schweigaard argumenterte i 1871, på bakgrunn av erfaringer fra svensk og amerikansk rett, mot å tillate en konstruert besittelsesovergang. Visstnok hadde det medført misligheter langt verre enn de man ville forebygge ved avskaffelsen av underpant i løsøre.⁸⁶ At tradisjon var nødvendig for å overføre eiendomsretten til løsøre forble den alminnelige lære på 1800-tallet.⁸⁷ Aubert skriver i 1890 sågar at dette er blitt en sedvanerettslig regel.⁸⁸

I sin doktoravhandling⁸⁹ fra 1884 opponerte imidlertid Hagerup mot tradisjonskravet. Han mente at et slikt krav «kan som en vilkaarlig Form, der indskrænker Parternes frie Selvbestemmelsesret kun antages, hvor den har

⁸¹ Andenæs s. 262

⁸² Andenæs s. 261 nøyer seg med å omtale forholdet som «merkelig». Göranson s. 103 kaller det «svårförklarligt»

⁸³ Se pkt. 2.2. Jf. også Brækhus/Hærem s. 500

⁸⁴ Ifølge Herman Scheel, *Forelæsninger over norsk tingsret*, Kristiania 1912 s. 336

⁸⁵ Anders Sandøe Ørsted, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed: med stadigt Hensyn til hr. Statsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog IV*, København 1831 s. 389-390

⁸⁶ Anton Martin Schweigaard, *Om Concurs og om Skifte og Arvebehandling*, Christiania 1871 s. 175

⁸⁷ Scheel s. 336 og Brækhus/Hærem s. 500

⁸⁸ L.M.B. Aubert, *Den norske Obligationsrets specielle Del I*, Christiania 1890 s. 110-112

⁸⁹ Inntatt i Rt. 1884 s. 673-784

Støtte i Lov eller Sædvane». ⁹⁰ Klar lovregulering fantes ikke, og hverken Høyesteretts praksis eller uenighetene i teorien tilsa at det hadde dannet seg noen sedvane. ⁹¹

På begynnelsen av 1900-tallet ville Scheel sondre mellom eventuell og aktuell eiendomsrett. ⁹² Førstnevnte innebar at erververens rett var suspensivt betinget av eksempelvis kjøpesummens betaling eller utløpet av en tidsfrist. I slike tilfeller var ikke eierrådigheten gått over når selger fortsatt satt med tingen, og kjøper hadde ikke rettsvern overfor tredjepersoner. ⁹³ Hvis kjøper ved overdragelsen derimot fikk en ubetinget rett til å utøve eierrådighet over, eller komme i besittelse av tingen, hadde han aktuell eiendomsrett. Da stod ikke manglende overlevering i veien for rettsvernet. ⁹⁴ Aktuell eiendomsrett ble formodet å foreligge etter kjøpekontrakten når kjøpesummen var betalt. Selv om avhender fortsatte å sitte med tingen, var kjøpers eiendomsrett likevel aktuell så lenge avtalen var til kjøpers fordel. Motsatt var eiendomsretten kun eventuell hvis selger satt med tingen i egen interesse. ⁹⁵ Scheels lære er en forløper til dagens «interesselære» omtalt under punkt 5.2

Gjelsvik uttrykte senere lignende synspunkter som Scheel. ⁹⁶ Begge disse forfattere godtok rettsvern fra avtaletidspunktet når det var snakk om overføring av aktuell eiendomsrett. I 1937 skrev Knoph at vi ikke har noe tradisjonskrav i Norge, og at eiendomsretten går over ved avtalen. ⁹⁷ Lindebrække hevdet i sin doktoravhandling fra 1946 at kjøper etter gjeldende rett var beskyttet fra avtaletidspunktet, i hvert fall ved spesiekjøp. Begrunnelsen lå hovedsakelig i Tømmer- og Jernskrapdommene. De lege ferenda gikk Lindebrække, av hensyn til kreditorene og samfunnets behov, likevel inn for et krav om overlevering. ⁹⁸

En ny omstilling i synet på gjeldende rett kom først og fremst gjennom Sjur Brækhus sin lære på begynnelsen av 1960-tallet. ⁹⁹ Ut fra en de lege ferenda-drøftelse av reelle hensyn, gikk han inn for et tradisjonskrav som hovedregel ved kjøp av løsøre. Samtidig ville Brækhus oppstille flere unntak, blant annet for tilvirkningskontrakter og tilfeller der tingen befant seg hos selgeren utelukkende i kjøpers interesse. ¹⁰⁰ Basert på Høyesteretts avgjørelser i Ku- og

⁹⁰ Hagerup s. 751-752

⁹¹ Hagerup s. 752-780

⁹² s. 336 flg.

⁹³ Sml. flertallet i Kudommen

⁹⁴ Sml. mindretallet i Kudommen

⁹⁵ Se også Brækhus/Hærem s. 501-502 og 513

⁹⁶ Nikolaus Gjelsvik, *Norsk Tingsret: Forelæsninger av Professor Gjelsvik*, 2. utg., Oslo 1926 s. 297-298

⁹⁷ Ragnar Knoph, *Oversikt over Norges rett*, 2. utg., Oslo 1937 s. 187

⁹⁸ Sjur Lindebrække, *Eiendomsrett og konkursbeslag: prinsipielle synspunkter i løsøreomsetningen*, Bergen 1946 s. 11, 184-189 og 207-208

⁹⁹ Se Brækhus/Hærem s. 496-517. Av forordet til boken fremkommer at det aktuelle kapitlet bygger på Brækhus' forelesninger

¹⁰⁰ Brækhus/Hærem s. 513

Jernskrapdommene, mente han standpunktet muligens også kunne hevdes de lege lata. For øvrig var hans konklusjon svært vag:¹⁰¹

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

Augdahl hevdet (senest i 1978) på bakgrunn av høyesterettspraksis at dersom erververen straks eller så snart han ønsket det kunne få tingen overlevert, var han vernet overfor avhenderens kreditorer. Hadde derimot selger på konkurstidspunktet rett til inntil videre å sitte med tingen, kunne boet beslaglegge den.¹⁰² Regelen minner om Brækhus sin «interesselære» for når avtalen kan gi rettsvern. Men til forskjell fra sistnevnte virker Augdahl å mene at avtaleprinsippet er utgangspunktet. Videre påpekte han i fotnote at gjeldende rett vanskelig kunne betegnes som rasjonell. En mer naturlig sontring skulle være å skille tilfeller der kjøpesummen var betalt og ikke. Hadde ikke kjøperen betalt, var det mindre betenkkelig å nekte ham rettsvern. Det siste punktet er jeg enig i, men Augdahls de lege ferenda-sontring er etter min mening minst like irrasjonell. Der kjøpers forskuddsbetaling har preg av kredittytelse, tilsier likebehandlingsprinsippet i konkurs at han bør nektes separatistrett.¹⁰³

Et nyere norsk spesialarbeid om rettsvernproblematikken ved løsørekjøp er Bergs artikkel fra 1999. Han skriver at det ikke er mulig «å trekkje nokon sikker konklusjon, korkje ut frå praksis, teori eller reelle omsyn» om gjeldende rett. De lege ferenda argumenterer han for et overleveringskrav som hovedregel «ut frå overordna mål om samanhang og konsekvens».¹⁰⁴

Den alminnelige oppfatningen blant dagens ledende forfattere er likevel at tradisjonsprinsippet gjelder som hovedregel. Falkanger/Falkanger forfekter et slikt syn klarest, samtidig som de innrømmer at «[n]oen avgjørende rettspraksis har vi ikke».¹⁰⁵

Lilleholt oppsummerer rettstilstanden slik:¹⁰⁶

«På bakgrunn av rettspraksis, den rettsoppfatninga som teorien har lagt grunnlag for, og med stønad i reelle omsyn bør konklusjonen bli at eit overleveringskrav er hovudregelen og utgangspunktet ved erverv av lausøyreting.»

Han vil imidlertid godta til dels omfattende unntak, fordi «overleveringskravet bør ikkje gjelde lenger enn grunngevinga rekk».

¹⁰¹ Brækhus/Hærem s. 514

¹⁰² Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utg., Oslo 1978 s. 425

¹⁰³ Jf. pkt. 3.5.4

¹⁰⁴ s. 15

¹⁰⁵ s. 622

¹⁰⁶ s. 194

Andenæs er noe mindre bastant, men virker også å forutsette at gjeldende rett går ut på tradisjonsprinsippet som hovedregel, med enkelte generelle modifikasjoner.¹⁰⁷

Felles for de tre sistnevnte fremstillingene er at de alle slutter seg til Brækhus sin lære. Konklusjonen i boken til Brækhus/Hærem fra 1964 er som nevnt særs vag de lege lata, og bygger i hovedsak på avveining av reelle hensyn for og mot et overleveringskrav. Før dette verket kom ut, synes det klart at den dominerende oppfatningen i juridisk teori var at avtaleprinsippet gjaldt som hovedregel.¹⁰⁸ Så langt jeg har funnet har ikke rettskildebildet ellers endret seg nevneverdig siden. Etter mitt syn taler derfor ikke den tilnærmede¹⁰⁹ enigheten blant nyere teoretikere i overbevisende grad for at tradisjonsprinsippet er utgangspunktet de lege lata. Også Berg er skeptisk til konklusjonene i dagens lærebøker:¹¹⁰

«Analysen av spørsmålet har ikkje vore overdriven - og ut frå argumentasjonen i juridisk litteratur er det i alle fall ikkje openbert at ein hovudregel om overlevering er 'sikker rett' de lege lata.»

Trolig er det mer treffende slik det er blitt gjort fra svensk side, å karakterisere den norske rettstilstanden som «oklar» eller «svävande».¹¹¹

3.5 Reelle hensyn

3.5.1 Innledende bemerkning

I vurderingen av om overlevering bør være et vilkår for løsekjøperens kreditorvern står flere interesser mot hverandre. For det første har samfunnet behov for enkle og forutsigbare rettsregler, slik at tvister forebygges, domstolenes arbeidsmengde reduseres, og prosesskostnadene holdes nede. Borgerne vil på den annen side vektlegge å ha nyanserte regelsett som oppleves rettferdige. Ut fra en økonomisk betraktning har samfunnet i tillegg fordel av at omsetnings- og kredittlivet stimuleres. Dette vil normalt gi økt velstand for befolkningen. Videre har naturlig nok partene i selve konflikten ulike interesser. Kreditorerne vil ønske å få best mulig dekning for sine fordringer i debitorens eiendeler, mens kjøperen har behov for beskyttelse for sitt erverv tidligst mulig i salgsprosessen. Den konkursrammede kan på sin side dra fordel av å begunstige bestemte kreditorer fremfor andre. Når alle disse interessekonflikter helst skal ivaretas samtidig, blir avveiningen av argumentene for og mot et overleveringskrav som rettsvernsakt vanskelig.

¹⁰⁷ s. 260-264

¹⁰⁸ Tilsvarende Berg s. 29

¹⁰⁹ Augdahl og Berg er unntakseksempler

¹¹⁰ s. 11

¹¹¹ Jf. Berg s. 11 med videre henvisning til Göranson s. 103 og Håstad: Sakrätt s. 208

3.5.2 Ønsket om å hindre kreditorsvik

Konkursboets beslagsrett etter dekl. § 2-2 omfatter i utgangspunktet alle formuesgoder som tilhører skyldneren på beslagstiden. Disposisjoner foretatt etter konkursåpningen skal ikke kunne gjøres gjeldende til skade for boet. Hva debitor virkelig er eier av og ikke kan imidlertid være usikkert. Ting i hans besittelse påstås å være solgt, gitt bort, pantsatt eller egentlig tilhøre noen andre.¹¹² For den kriserammede debitor får hensynet til kreditorene lett underordnet betydning, og faren for kreditorsvik er størst i de tilfeller debitor hevder at ting er på vei ut av hans formuessfære.¹¹³ Et ønske om å tilgodese familiemedlemmer, venner, forretningsforbindelser eller en enkeltkreditor som han ønsker å bevare et godt forhold til, kan få skyldneren til å konstruere overdragelser fra tiden før konkursåpningen. Da begge parter har fordel av ordningen, er det nærliggende at debitor får andre med på arrangementet. For konkursboet vil det være vanskelig å motbevise svik, siden avtalepartene ofte er alene om å ha kjennskap til de faktiske forholdene.¹¹⁴ Kreditorene er av denne grunn tjent med å få et klarere skjæringspunkt enn avtaleinngåelsen å forholde seg til, for når de ikke lenger kan ta beslag i gjenstander som er på vei ut av debtors eie.¹¹⁵

Et viktigs virkemiddel for å komme kreditorene til hjelp, er å tillatte kreditorekstinksjon når skyldnerens overdragelser mangler nødvendig notoritet. At en disposisjon er notorisk, innebærer at den er objektivt kontrollerbar.¹¹⁶ Skal notoritetskravet virke effektivt, bør det gjelde både stiftelsestidspunktet og disposisjonens innhold.¹¹⁷ Ved omsetning av fast eiendom og realregistrerbart løsøre har man tinglygingsreglene som ivaretar formålet.¹¹⁸ På det ulovfestede området for salg av vanlig løsøre, vil et overleveringskrav føre til at disposisjoner i større grad blir notoriske.¹¹⁹ En gjennomført fysisk overlevering er nemlig synlig for omverdenen, og kan ikke antedateres på samme måte som en kjøpekontrakt.

Tradisjonskravet bringer også med seg en annen funksjon til vern for kreditorene, gjennom at det skaper publisitet rundt debtors disposisjoner. Slik kan kreditorene løpende vurdere kredittforholdet. Ser de at andelen aktiva hos skyldneren begynner å bli faretruende lav, kan nærmere undersøkelser og tiltak

¹¹² Brækhus s. 41

¹¹³ Andenæs s. 245: «Det er vanskeligere å lage en troverdig historie om at skyldneren har mottatt formuesgoder i sin besittelse til lån e.l.» Tilsvarende Lilleholt s. 169

¹¹⁴ Brækhus/Hærem s. 475

¹¹⁵ Berg s. 12

¹¹⁶ Brækhus s. 42

¹¹⁷ Lilleholt s. 169

¹¹⁸ Brækhus s. 43: Eksempelvis fritar tingl. § 23 konkursboet fra å bevise at det foreligger en antedatering av dokumenter. For å stå seg i konkurs må rettsstiftelsen være dagbokført senest dagen før konkursåpningen.

¹¹⁹ Brækhus s. 44

som utlegg eller konkursbegjæring være aktuelle.¹²⁰ Samtidig vil økt publisitet føre til at transaksjoner blir mer notoriske.

Det har vært anført som argument for overleveringskravet, at debitor ved å sitte med solgte ting virker mer kredittverdig enn han egentlig er.¹²¹ Aktsomme kreditorer kan imidlertid ikke bygge kredittvurderingen på de formuesgoder som debitor tilsynelatende er eier av. Disse vil kun rent unntaksvis samsvare med hva debitor senere eier på beslagstidspunktet.¹²² Kreditorerne kan etter gjeldende rett heller ikke støtte seg på et legitimasjonssynspunkt som grunnlag for ekstinksjon.¹²³

Så langt har drøftelsen vist at hensynene til notoritet og publisitet er potensielt sentrale for å begrunne et eventuelt overleveringskrav for rettsvern ved løsørekjøp. For å ta nærmere stilling til overleveringskravets hensiktsmessighet, må en imidlertid også se på alternative virkemidler som kan ivareta de samme formål. Den notoritet som overleveringen skaper er nemlig forholdsvis begrenset.¹²⁴ Hverken tidspunktet for når denne ble foretatt, eller innholdet i den underliggende rettslige disposisjonen blir tilkjennegjort.

Den viktigste notoritets- og publisitetsakt en har i norsk rett i dag er tinglysning eller tilsvarende registrering av rettsstiftelser i et offentlig register.¹²⁵ Adgangen til å tinglyse rettsstiftelser i ikke-realregistrerbart løsøre er imidlertid innskrenket, og omfatter i hovedsak utlegg og ulike panteretter.¹²⁶ Ved salg av vanlige løsøregjenstander er tinglysing av eiendomsovergangen som regel hverken mulig eller praktisk. Tingene har gjerne begrenset verdi, og antallet transaksjoner er for høyt til at en kostbar og byråkratisk offentlig registreringsordning er tjenlig.

På det europeiske kontinentet, blant annet i tysk og fransk rett, sikres kravet om notoritet i mange tilfeller ved at rettsstiftelser må bekreftes foran en offentlig notar.¹²⁷ I norsk rett har en ikke tilsvarende tradisjon for bruk av notarvesenet ved avtaleslutninger,¹²⁸ og det er usannsynlig at dette i fremtiden blir mer aktuelt.¹²⁹ De samme effektivitets- og kostnadshensyn som taler mot tinglysing av løsøreoverdragelser gjør seg gjeldende.

¹²⁰ Lilleholt s. 171

¹²¹ Lilleholt s. 193

¹²² Brækhus s. 36

¹²³ Jf. Rt. 1935 s. 981 (Byglanddommen) der debtors proforma-hjemmel til en eiendom ikke ga konkursboet beslagsrett. Se også Brækhus s. 34-35

¹²⁴ Brækhus/Hærem s. 496-497

¹²⁵ Brækhus s. 43

¹²⁶ Tingl. § 34 første ledd

¹²⁷ Brækhus s. 42-43

¹²⁸ Se Lov 26. april 2002 nr. 12 om notarius publicus §§ 2 og 3. Notarens hovedoppgaver er å utføre borgerlige vigsler, samt bekrefte underskrifter og kopier

¹²⁹ Tinglysingsordningen ivaretar i stor grad de samme hensyn

Innføring av et formkrav, der overdragelser må skje skriftlig og eventuelt attesteres av vitner, vil også kunne sikre en viss grad av notoritet. Fordelen er at de fleste vil ha vanskeligere for å inngå lysskye avtaler når det manifesterer seg skriftlig.¹³⁰ Ulempen er at den notoriteten som skapes er enda mer begrenset enn ved overlevering, siden man ikke kommer muligheten for antedatering til livs.

Selv om virkningen ikke er fullgod, indikerer gjennomgangen av andre løsninger at et tradisjonskrav er det i praktisk beste virkemidlet en har for å sikre notoritet og hindre kreditorsvik ved løsøreoverdragelser.¹³¹

Et mulig alternativ til å kreve en egen rettsvernsakt, er å la domstolene i tvilstilfeller avgjøre om det foreligger en virkelig eiendomsoverdragelse.¹³² Slik har ordningen lenge vært i Danmark hvor avtaleprinsippet gjelder som hovedregel.¹³³ Hvis selgeren der får beholde salgsgjenstanden i egen interesse, er det én mulig indikator på at overdragelsen ikke er reell. Men kjøperen har anledning til å føre motbevis. I norsk rett har man allerede en parallell til et slikt system i form av enkelte objektive omstøtelsesregler ved konkurs.¹³⁴ Erververen unngår at disposisjonen blir omstøtt etter dekl. §§ 5-2, 5-5 og 5-7, hvis han kan bevise at avhenderen var solvent på transaksjonstidspunktet. Hovedinnvendingen mot å åpne for bevisførsel rundt eiendomsoverdragelsers realitet i stedet for å ha rettsvernsregler, er at det er prosessdrivende. Sett fra et rettsøkonomisk ståsted er dette uheldig. Riktignok bemerker Göranson at oppfatningen i dansk rett er at domstolene gjennom en streng bevisvurdering har overkommet grensdragningen, og at mengden tvister har avtatt over tid.¹³⁵ Ut fra dette er det ikke sikkert at en tilsvarende ordning i norsk rett ville få større negative konsekvenser. En annen innvendingen, som jeg har vært inne på tidligere, er imidlertid at selger og kjøper lang på vei selv har kontroll på bevisene. Derfor er det tvilsomt om prosessregler i tilstrekkelig grad kommer kreditorene til hjelp. Et rettsvernskrav er trolig mer effektivt for å hindre kreditorsvik.

3.5.3 Rettstekniske hensyn – sammenheng og konsekvens i reglene om rettsvern

Målet om å ha et sammenhengende og konsekvent rettssystem kan begrunnes i interessen de ulike aktørene har av forutberegnelighet, og behovet for praktisk håndhevbare regler. Hvilket rettsvernskrav lovgiver har oppstilt for andre typer erverv og formuesgoder, bør derfor få betydning for hvilken hovedregel som gjelder på ulovfestet område. Likevel er det ikke et tilstrekkelig poeng i seg selv å ha like regler. Særlig hensynene bak de lovbestemmelser som er gitt må gjøre

¹³⁰ Brækhus s. 44

¹³¹ Brækhus/Hærem s. 497 konkluderer på samme måte

¹³² Berg s. 12

¹³³ Göranson s. 94

¹³⁴ Berg s. 12

¹³⁵ Göranson s. 94-95

seg tilsvarende gjeldende ved løsørekjøp, dersom en skal kunne trekke analogislutninger.¹³⁶

Håndpantregelen i pantel. § 3-2 andre ledd setter fratakelse av råderett som vilkår for at avtalepant stiftet i løsøre utenfor pantsetters næringsvirksomhet skal ha rettsvern. Notoritets hensynet er det samme her som ved overdragelse av eiendomsrett.¹³⁷ Godtar man at eiendomserverv har kreditorvern uten overlevering, øker faren for at pantsettelse (eller «sikringsoverføringer») kamufleres som salg.¹³⁸ For eksempel kan S kjøpe og betale en gjenstand fra A, som A får beholde til leie. Kanskje innvilges A sågar en tilbakekjøpsrett. Lilleholt påpeker at siden vilkåret om overlevering skal gjøre det vanskeligere å pantsette løsøre, bør det ikke være for enkelt å unngå regelen ved å kalle transaksjonen noe annet.¹³⁹ Skillet mellom skjulte pantsettelser og reelle salg byr på vanskelige grensedragninger.¹⁴⁰ Rettstekniske hensyn taler dermed for å ha samme rettsvernkrav for begge avtaletyper.

På den annen side har håndpantregelen nettopp det viktige formål som ikke gjør seg gjeldende ved salg – å begrense andelen løsøre som pantsettes, slik at det blir noe igjen til de usikrede kreditorene.¹⁴¹ Regulær omsetning anses normalt som samfunnsøkonomisk positivt.¹⁴² Situasjonen kan være annerledes i den ekstraordinære tiden rett før debitor går konkurs. Men om dette taler for å gjennom et overleveringskrav begrense debitors løsøresalg slik at han går tidligere konkurs, avhenger av at man vil styrke personalkreditten.¹⁴³ I denne fasen har en også allerede omstøtelsesreglene som skal ivareta kreditorfellesskapets interesser. Etter mitt syn er det ikke grunnlag for å analogisere direkte fra rettsvernkravet for pant i løsøre til salg.¹⁴⁴

Gaveløfter faller etter dekl. § 7-13 bort om gaven ikke er «fullbyrdet» før konkursåpning hos giver. I praksis kreves for løsøres vedkommende at gjenstanden må bringes ut av giverens besittelse.¹⁴⁵ Sannsynligheten for at gaver maskeres som salg er trolig like stor som ved pantsettelser, hvilket taler for at rettsvernskriteriet bør være det samme. Faren for kreditorsvik er imidlertid spesielt fremtredende i gavetilfellene, og mottaker av en vederlagsfri ytelse er mindre beskyttelsesverdig i konkurs enn den forskuddsbetalende kjøper.¹⁴⁶

¹³⁶ Sml. Nygaard s. 237. Analogien må også gi en god regel, og det må være faktiske likheter mellom typetilfellene

¹³⁷ Brækhus/Hærem s. 506

¹³⁸ Lilleholt s. 192-193

¹³⁹ s. 193

¹⁴⁰ Brækhus/Hærem s. 506

¹⁴¹ Lilleholt s. 172

¹⁴² Brækhus/Hærem s. 506

¹⁴³ Berg s. 13. Oppgavens omfang tillater ikke videre behandling av avveiningen personalkreditt kontra realkreditt

¹⁴⁴ Tilsvarende Berg s. 13

¹⁴⁵ Jf. Rt. 1988 s. 1327 (Reksten)

¹⁴⁶ Lilleholt s. 196

Noen sikker basis for analogislutning til kjøpstilfellene er gavebestemmelsen derfor ikke.¹⁴⁷

Rettsvernsakten for beskyttelse mot yngre godtroerverver etter ekstl. § 1 nr. 1 går som før nevnt ut på at kjøper må frata selger besittelsen av gjenstanden.¹⁴⁸ Sett fra erververens side er det en fordel å ha entydige regler for når han kan betale uten å risikere å måtte vike for kolliderende retter.¹⁴⁹ Konsekvenshensyn tilsier dermed at gjenstanden bør overleveres – eller i det minste fravendes selger – for at kjøper også skal være beskyttet mot avhenderens kreditorer. Vernet mot godtroerverv og kreditorvernet baserer seg imidlertid på ulike formål, henholdsvis å frata selger legitimasjonen det å sitte med tingen innebærer, og ønsket om notoritet for å motvirke kreditorsvik.¹⁵⁰ Dette taler mot å analogisere fra rettsvernskravet i ekstl. § 1 nr. 1. Tilsvarende har lovgiver heller ikke i andre sammenhenger vært fremmed for å gi en rettighetshaver kreditorvern samtidig som han er sårbar for ekstinktivt godtroerverv.¹⁵¹

Næringsdrivende har adgang til å underpantsette løsørekomplekser som driftstilbehør og varelager etter regler i pantelovens kapittel 3. Pantsatte enkeltgjenstander kan igjen avhendes på nærmere fastsatte vilkår.¹⁵² Det interessante i denne forbindelse, er at etter ordlyden i § 3-7 tredje ledd første punktum faller panteretten først bort når «selgeren ikke lenger har rådigheten» over pantet. Med andre ord kreves overlevering for at kjøper skal få vern i forhold til selgers driftstilbehør- og varelagerpanthavere.¹⁵³ Skal reglene om kreditorvern gi mening, bør rettsvernet inntre samtidig overfor selgers øvrige kreditorer. Noe annet innebærer at panteretten kan være i behold selv om kjøper har alminnelig kreditorvern. Da ville panthaver ha oppnådd et urimelig privilegium i forhold til kjøper, i det panteretten bare er ment å ha prioritetsvirkning kreditorene i mellom.¹⁵⁴ Løsningen på problemet vil være å enten unntaksløst kreve overlevering også for det ordinære kreditorvern, eller å tolke pantelovens bestemmelse innskrenkende. Det første er basert på Høyesteretts praksis klart nok ikke i tråd med gjeldende rett.¹⁵⁵ I teorien hevdes det derfor at pantel. § 3-7 tredje ledd første punktum trolig ikke kan tas på ordet.¹⁵⁶ Andenæs skriver at «[m]ye kan tale for å tolke bestemmelsen slik at panthaveren ikke blir stilt bedre enn overdragerens alminnelige kreditorer».¹⁵⁷

¹⁴⁷ Tilsvarende Brækhus/Hærem s. 513

¹⁴⁸ For selv å gjøre godtroerverv må kjøperen få tingen «overlevert» (sikringsakten)

¹⁴⁹ Lilleholt s. 32

¹⁵⁰ Lilleholt s. 172

¹⁵¹ Se eksempelvis pantel. § 1-2 fjerde ledd og § 3-7 tredje ledd andre punktum

¹⁵² Pantel. §§ 3-7 og 3-13

¹⁵³ At bestemmelsen skal forstås slik bekreftes i Ot.prp. nr. 39 (1977-1978) s. 116-117

¹⁵⁴ Andenæs s. 271

¹⁵⁵ Jf. pkt. 3.2

¹⁵⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 2. utg., Son 2008 s. 78, Andenæs s. 271, Lilleholt s. 195. Jf. også RG 1995 s. 39

¹⁵⁷ s. 271

Kravet om rådighetsfratakelse i nevnte paragraf blir uansett et argument for å ha overlevering som generelt rettsvernkrav, slik at tolkningsproblemet i størst mulig grad unngås. Den uklare rettstilstanden kan imidlertid tilsa at lovgiver bør endre panteloven, slik at driftstilbehør- og varelagerpanteretter alltid bortfaller i det øyeblikk kjøper oppnår rettsvern overfor de alminnelige fordringshavere.

Fordi erverv av andre typer formuesgoder stort sett får rettsvern ved tinglysning eller notifikasjon,¹⁵⁸ kan det hevdes at det ikke vil være urimelig «å krevje ei ytre markering også av erverv av lausøyreting».¹⁵⁹ Om dette tilsier at en bør oppstille et generelt overleveringskrav for rettsvern ved løsørekjøp er likevel tvilsomt.¹⁶⁰ Tross alt virker det å være enighet om at man må godkjenne vidtrekkende unntak fra en eventuell hovedregel,¹⁶¹ og da blir argumentet til en viss grad selvmotsigende.

Desto viktigere synes å være at et krav om overlevering gir et sikrere utgangspunkt for omstøtelsesfristen, som etter dekl. § 5-10 regnes fra rettsvernstidspunktet for disposisjonen.¹⁶² Ved rettsvern fra avtaletidspunktet øker faren for at kreditorene forfordes gjennom antedatering. Et slikt utfall trenger ikke være utslag av forsettlig svik fra debitor eller kjøpers side. Har partene forhandlet om en kjøpekontrakt før konkursen uten å bli enige om alle detaljer, trenger de ikke være spesielt uredelige for senere å anse avtalen som endelig inngått.¹⁶³ Tradisjonsprinsippet vil i slike tilfeller innebære et enkelt formkrav som avskjærer bevisførsel, og gjør rettsverns- og omstøtelsesreglene praktisk lettere å håndheve.

3.5.4 Kredittmomentet og likebehandlingsprinsippet i konkurs

Normalordningen etter kjl. § 49 første ledd og fkjl. § 38 andre ledd er at kjøper ikke har plikt til å betale før han får varen overlevert eller stilt til sin rådighet.¹⁶⁴ En løsørekjøper som overfører kjøpesummen uten samtidig å få varen, yter i praksis kreditt til selger. Forskuddsbetaling er i det hele tatt en fravikelse av det alminnelige kontraktsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse. Hvis kjøper heller ikke skaffer seg sikkerhet for forskuddsbetalingen i form av garanti eller panterett, tilsier likebehandlingsprinsippet i konkurs at han bør stilles likt med

¹⁵⁸ Se pkt. 1.3 om fast eiendom og realregistrerbart løsøre. Overdragelser av enkle gjeldsbrev får vern mot avhenderens kreditorer gjennom notifikasjon til debitor, jf. lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gbl.) § 29 første ledd. Bestemmelsen antas å gjelde analogisk for andre enkle pengekrav, jf. Rt. 1957 s. 778 (Sirkusteltdommen) og Lilleholt s. 215

¹⁵⁹ Lilleholt s. 193

¹⁶⁰ Tilsvarende Berg s. 14

¹⁶¹ Se kap. 5

¹⁶² Lilleholt s. 192. Berg s. 14 er skeptisk til vektleggingen av dette

¹⁶³ Eksempel fra Brækhus/Hærem s. 42

¹⁶⁴ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjl.) og lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (fkjl.)

selgerens øvrige usikrede kreditorer.¹⁶⁵ Riktignok har slik sikkerhet sin pris, men det må også andre prioriterte kreditorer forholde seg til.¹⁶⁶

Videre bør det ikke være for lett å omgå håndpantregelen i pantel. § 3-2 andre ledd. Forskuddsbetaling uten overlevering ligner på stifting av underpant i løsøre.¹⁶⁷ Erververen overfører «kjøpesummen» som egentlig er et lån, og betinger seg samtidig sikkerhetsrett i gjenstanden som forblir hos selger. Av hensyn til selgerens øvrige fordringshavere, bør en ikke gi kjøper separatistrett med mindre vilkårene for pantesikkerhet reelt er oppfylt.¹⁶⁸ I tillegg til de retts tekniske hensyn tilsier derfor også kredittmomentet at man bør kreve samme rettsvernsakt ved kjøp som ved pantsettelse.

Ser en nyansert på ulike konstellasjoner forskuddsbetalt kjøp av løsøre, blir det imidlertid klart at det ikke alltid foreligger noe motiv om å yte selgeren kreditt. Brækhus/Hærem trekker frem de tilfeller der a) selger både kan og vil levere, men kjøperen ennå ikke ønsker eller er i stand til å ta imot gjenstanden, b) gjenstanden er ferdig til avhenting, men selgeren har påtatt seg å transportere den til kjøper, og c) selger skal utføre andre tilleggsytelser, for eksempel montering av ekstrautstyr.¹⁶⁹ Variasjonsbredden av situasjoner der betaling foretas forut for overlevering, men kredittmomentet ikke er fremtredende, taler mot å ha tradisjonsprinsippet som hovedregel.¹⁷⁰ Et strikt overleveringskrav på grunn av en ellers tenkt fravikelse av likebehandlingsprinsippet i konkurs, vil ikke fange opp nyansene i behovet for tjenlige ordninger med forskuddsbetaling.

3.5.5 Hensynet til omsetningen

Dette leder over til et av de viktigste argumentene som gjerne fremsettes mot et krav om overlevering for kreditorvern ved løsørekjøp: Når kjøperens stilling er usikker, blir det å oppnå forskuddsbetaling i markedet vanskeligere, hvilket kan være en rasjonell form for finansiering.¹⁷¹ Videre vil overdragelser kunne sies å bli unødig kompliserte, noe som igjen virker hemmende på omsetningen.¹⁷² For en løsørekjøper er det ofte hverken hensiktsmessig eller mulig å sikre seg gjennom pant og garanti.¹⁷³

Brækhus/Hærem mener konflikten mellom forskuddsbetalende kjøper og avhenderens kreditorer sjelden vil komme opp, og at kritikken mot overleveringskravet som hemmende faktor for omsetningen er overdrevet: «Det man gjør, er å gi kjøperen risikoen for selgerens insolvens. Han får da vurdere

¹⁶⁵ Sml. dekl. § 9-6. Se også Brækhus/Hærem s. 508

¹⁶⁶ Lilleholt s. 193

¹⁶⁷ Andenæs s. 261

¹⁶⁸ Brækhus/Hærem s. 508

¹⁶⁹ s. 509-510

¹⁷⁰ Eventuelt for omfattende unntak. Sml. Andenæs s. 261

¹⁷¹ Se f.eks. Lilleholt s. 193, Andenæs s. 261, Göranson s. 653

¹⁷² Brækhus/Hærem s. 507

¹⁷³ Berg s. 13

denne risiko når han betror selgeren gjenstanden.»¹⁷⁴ Trolig har forfatterne rett i at sannsynligheten for konflikt er lav. I flertallet av saker går ikke kontraktpartneren konkurs. Og hvis kjøper vet at selgers økonomi er svak, vil han som regel være tilbakeholden med å inngå noen avtale. På den annen side vil enkelte typer avtaler, som bestillings- og tilvirkningskjøp, gjerne overhodet ikke komme i stand med mindre erververen betaler deler av kjøpesummen på forhånd.¹⁷⁵ Et overleveringskrav vil derfor måtte antas å kunne ha en viss dempende effekt på omsetningen, iallfall om det gjelder uten unntak.

3.5.6 Overleveringskravet kan gi urimelige og tilfeldige utslag

Å gi selgers kreditorer beslagsrett i et formuesgode som allerede er overdratt kjøper, innebærer et avvik fra kø-prinsippet (først i tid, best i rett) som det alminnelig utgangspunktet.¹⁷⁶ Dette er selve kronargumentet mot å ha et vilkår om overlevering for rettsvern ved løsørekjøp.¹⁷⁷

Notoritetsakten som har til formål å motvirke kreditorsvik, vil kunne ramme en del rettmessige og lojale transaksjoner hvor overlevering er forsømt på grunn av uvitenhet eller ren forglemmelse.¹⁷⁸ Hvis kjøperen i ettertid kan bevise at ervervet har vært både reelt og lojalt, virker det urimelig å la avhenderens kreditorer ekstingvere retten. Muligens vil kreditorene i slike tilfeller likevel respektere kjøperens rett, men dersom tradisjon i utgangspunktet er et rettsvernsvilkår, har de ingen plikt til det.¹⁷⁹ Det kan i det hele tatt virke rart at kjøper ved manglende overlevering alltid skal måtte vike, kun fordi selger potensielt kan være en bedrager.¹⁸⁰ Selgers kreditorer er som regel allerede godt beskyttet gjennom blant annet panteretter, omstøtelsesregler og ulike straffebed¹⁸¹. En kan spørre om det ved løsøresalgene ikke er større grunn til å beskytte den uprioriterte kjøperen som nesten aldri ellers vil få noe ut av konkursboet til selger.¹⁸² Lilleholt trekker frem at et overleveringskrav vil virke særlig urimelig for forbrukere som har betalt på forskudd til en næringssselger.¹⁸³ Selv om rettsvillfarelse normalt ikke kommer kjøper til gode, vil han gjerne være helt ukjent med den risikoen han har tatt.¹⁸⁴

Videre er det grunn til å minne om at den notoritet et tradisjonskrav skaper er forholdsvis svak, og at en slik regel derfor kan slå tilfeldig ut.¹⁸⁵ Hvis selger og

¹⁷⁴ s. 507

¹⁷⁵ Jf. pkt. 5.3

¹⁷⁶ Jf. pkt. 1.2

¹⁷⁷ Berg s. 14

¹⁷⁸ Brækhus s. 44

¹⁷⁹ Tilsvarende Brækhus/Hærem s. 493-494

¹⁸⁰ Göranson s. 629

¹⁸¹ Jf. lov 22. mai 1902 nr. 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Strl.) kap. 27

¹⁸² Statistikken bekreftes av Göranson s. 629

¹⁸³ s. 193

¹⁸⁴ Berg s. 14-15

¹⁸⁵ Jf. pkt. 3.5.2

kjøper først bevisst går inn for kreditorsvik, kan de også lett iscenesette en overlevering. Mye av årsaken ligger i at man ikke kan kreve *varig* besittelsesfratakelse, men må godta at tingen havner tilbake hos selger for eksempel gjennom en leieavtale.¹⁸⁶ Avtaler om salg kombinert med bruksrett for selgeren, der overleveringen fremstår helt illusorisk, kan nok slås ned på.¹⁸⁷ Men slike arrangement kan en like gjerne underkjenne som proforma eller forsøk på omgåelse av håndpantregelen, også uten et krav om overlevering for kreditorvern ved salg. Andenæs skriver at så lenge det er «en slik avstand mellom overlevering og tilbakeleie at det reelt er tale om to atskilte transaksjoner», vil ikke overleveringsprinsippet være til hinder for lojale avtaler om salg og tilbakeleie.¹⁸⁸ Dette vil likevel føre til bevisproblemer i grensetilfellene, og da blir noe av poenget med notoritetskravet borte.¹⁸⁹

3.5.7 Sammenfatning

Særlig to hensyn taler for å forlange overlevering som vilkår for løsørekjøperens rettsvern. For det første er det ønsket om å motvirke kreditorsvik, som ivaretas gjennom å kreve en egen notoritetsakt. Overlevering er på langt nær ideelt for å sikre notoritet, men samtidig er det nok i praksis det beste virkemidlet en har til rådighet. For det andre tilsier retts tekniske hensyn at man bør ha samme skjæringspunkt for rettsvern å forholde seg til ved pantsettelse, salg og som basis for omstøtelsesfristene. Dette gir bedre sammenheng og konsekvens i reglene, samtidig som det hindrer vanskelige bevisvurderinger.

På motsatt side av vekten, er det hensynet til rasjonelle finansieringsformer, en uhindret omsetning og rimelige resultater som taler mot tradisjonsprinsippet.

3.6 Konklusjon

3.6.1 De lege lata

Det eneste sikre man etter min mening kan si om gjeldende rett, er at overlevering ikke utgjør et ubetinget vilkår for løsørekjøperens kreditorvern, samtidig som avtalen ikke alltid vil være tilstrekkelig. Rettsvernskrav er unntaks- eller tilleggsregler i forhold til utgangspunktet om at kreditorene ikke får bedre rett til formuesgodet enn debitor. Da bør ikke en hovedregel om å kreve overlevering få fotfeste uten klart rettskildemessig grunnlag. Riktignok trekker den tilnærmede konsensusen i nyere teori i retning av at tradisjonsprinsippet er hovedregelen. Men så langt jeg kan se finnes det ikke støtte i Høyesteretts praksis for å hevde et slikt utgangspunkt. De reelle hensyn på området er kryssende, og bidrar heller ikke overbevisende til avklaring. At synet på overleveringskravet i teorien har vekslet flere ganger tidligere, taler

¹⁸⁶ Lilleholt s. 193

¹⁸⁷ Sml. tidligere omtalte Rt. 1878 s. 412

¹⁸⁸ s. 265

¹⁸⁹ Lilleholt s. 194

mot å legge avgjørende vekt på dagens enighet. Jeg antar derfor at hvis problemstillingen kommer på spissen for Høyesterett, vil dommerne stå fritt.

3.6.2 De lege ferenda

Også ved spørsmålet om hva som *bør* være gjeldende rett, er det på grunn av de kryssende hensynene meget vanskelig å peke ut tradisjons- eller avtaleprinsippet som den grunnleggende riktige regel. Overensstemmende med hva teorien har gjort, kan løsningen være å velge det ene alternativet som et utgangspunkt, men ikke et ubetinget prinsipp. Rent faktisk vil det da – når man åpner for unntak – ikke ha stor praktisk betydning hva man velger. Med denne bakgrunnen, heller jeg mot å la overleveringskravet være utgangspunktet, særlig på grunn av faren for kreditorsvik, men også som følge av målet om å ha retts teknisk håndhevbar regler. Kravet bør imidlertid ikke rekke lenger enn begrunnelsen tilsier.¹⁹⁰ Mer om dette nedenfor i kapittel 5.

¹⁹⁰ Slik også Lilleholt s. 194 og Berg s. 15

4. Krav til overleveringen

4.1 Materielt innhold

I den grad tradisjon er nødvendig for kjøpers kreditorvern, er det viktig å få klarhet i hva som kreves for at en løsøre gjenstand anses «overlevert». Selve begrepet tyder på at godset *fysisk* må overgis kjøper, men så strengt har det tradisjonelt ikke blitt forstått.¹⁹¹ Rettsvernskravet gjelder riktignok kjøperen, men fokuset i vurderingen bør likevel ligge på selgers side. Det er gjenstandens tilknytning til selgeren som er avgjørende for selgers kreditorer sin beslagsrett, jf. dekl. § 2-2.¹⁹²

Et alternativ kunne være å la rettsvernsmessig overlevering tilsvare kjøpsrettslig levering etter kjl. §§ 6 og 7, men dette er ikke helt treffende.¹⁹³ Kjøpslovens regler er gitt med tanke på forholdet partene i mellom, og rettighetsovergangen her inntreffer ikke nødvendigvis samtidig som rettsvern oppnås mot tredjepersoner. Eksempelvis kan risikoen for tingen ha gått over på kjøper etter kjl. § 13 andre ledd, uten at overlevering som gir kreditorvern er gjennomført. Videre kan selgers stansingsrett være i behold, selv om kjøper har rettsvern overfor selgerens fordringshavere.¹⁹⁴

I stedet er det naturlig å trekke paralleller til håndpantregelen i pantel. § 3-2, gaveløfter etter dekl. § 7-13, og vernet mot yngre godtroerverver etter ekstl. § 1 nr. 1. Vilkåret for rettsvern er i alle tre tilfeller at gjenstanden må bringes ut av pantsetterens/avhenderens besittelse.¹⁹⁵ Dette bør føre til at ved krav om overlevering for kreditorvern ved kjøp, er det tilstrekkelig at selger mister råderetten over tingen.¹⁹⁶ Som Berg påpeker, er det liten grunn til å tolke overleveringskravet strengere så lenge det er såpass løst fundert. Rt. 1878 s. 412 viser imidlertid at kravet ikke kan reduseres til en ren formalitet.¹⁹⁷

Utgangspunktet om at besittelsesfratakelse er det vesentlige, fører til at i de tilfeller erververen sitter med tingen fra før, kreves ingen ny overlevering (korthåndstradisjon).¹⁹⁸ Rettsvern etableres med avtalen. Det samme gjelder når gjenstanden befinner seg i det fri.¹⁹⁹ Hvis tredjemann sitter med tingen, vil notifikasjon til denne likestilles med overlevering (langhåndstradisjon), sml.

¹⁹¹ Lilleholt s. 190, Andenæs s. 262-263, Berg s. 16-17, forutsetningsvis Falkanger/Falkanger s. 622

¹⁹² Tilsvarende Berg s. 16

¹⁹³ Slik også Berg s. 16

¹⁹⁴ Andenæs s. 193

¹⁹⁵ Sml. pkt. 3.5.3

¹⁹⁶ Standpunktet har bred tilslutning i teorien, se note 191

¹⁹⁷ Jf. pkt. 3.2

¹⁹⁸ Jf. f.eks. Lilleholt s. 190

¹⁹⁹ Jf. Tømmerdommen (Rt. 1909 s. 734)

pantel. § 3-2 tredje ledd. Det er noe tvilsomt om slik notifikasjon kan oppstilles som vilkår for rettsvernet. Men det er trolig mest naturlig å falle tilbake på at det er nok når gjenstanden er utenfor selgers rekkevidde.²⁰⁰ En analogi fra notifikasjonskravet i håndpantbestemmelsen ville føre for langt, siden denne bygger på formål som ikke gjør seg gjeldende ved salg.²⁰¹

4.2 Tidspunktet for gjennomføring

Skal kjøper ha rettsvern mot konkursboet, må en påkrevd overlevering være gjennomført senest ved konkursåpningen.²⁰² Regler om at rettsvernet må etableres dagen før – slik som ved salg av fast eiendom – har vi ikke.²⁰³

²⁰⁰ Tilsvarende Andenæs s. 263, Berg s. 18. Motsatt Lilleholt s. 190

²⁰¹ Jf. pkt. 3.5.3

²⁰² Andenæs s. 263

²⁰³ Lilleholt s. 195. Jf. tingl. § 23

5. Rettsvern uten overlevering

5.1 Rom for unntak?

Forutsetningen i dette kapitlet er at overleveringskravet er hovedregelen for løsørekjøperens rettsvern overfor selgers konkursbo. Vurderingstema blir deretter om det kan gjøres unntak fra et slikt krav, og eventuelt for hvilke tilfeller.

Høyesterett har i flere saker slått fast at lovfestede rettsvernskrav må gjelde unntaksløst.²⁰⁴ I Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) uttaler andrevoterende på vegne av flertallet:

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

Et nærliggende spørsmål er om den strenge praksisen rundt lovfestede rettsvernskrav må antas å gjelde tilsvarende ved vurderingen av unntak fra et ulovfestet overleveringskrav for løsørekjøp.

Synspunktet om at rettsvernsreglene må være absolutte, grunner først og fremst i behovet for enkle skjæringspunkt samt notoritet som skal hindre kreditorsvik.²⁰⁵ Åpner en for unntak, kan det bety at kreditorene må sannsynliggjøre svik, hvilket igjen undergraver mye av hensikten med et notoritetskrav.²⁰⁶ De samme formål gjør seg like sterkt gjeldende ved ulovfestede som ved lovfestede rettsvernskrav, og taler klart nok mot å tillate unntak fra tradisjonsprinsippet.

På den annen side kan en argumentere for at et overleveringskrav ved erverv av løsøre medfører ulemper som ikke gjør seg gjeldende ved tinglysningskravet for rettsstiftelser i realregistrerbart løsøre og fast eiendom.²⁰⁷ Løsørekjøpene har en større variasjonsbredde og langt høyere omsetningshastighet enn nevnte typer formuesgoder. Behovet for fleksible ordninger er derfor større. I tillegg kommer det forhold at mange kjøpere trolig ikke er klar over at det kan gjelde et eget rettsvernskrav ved kjøp av løsøret. Tinglysningsreglene må antas å være bedre kjent i befolkningen, blant annet fordi de gjennom lovfesting er gjort lettere tilgjengelige, og fordi det i praksis handler om større verdier.

²⁰⁴ Se f.eks. Rt. 1988 s. 1327 (Reksten), Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey) og Rt. 2008 s. 586

²⁰⁵ Brækhus s. 44

²⁰⁶ Lilleholt s. 170

²⁰⁷ Andenæs s. 264

Et mer formelt argument mot å la tradisjonsprinsippet gjelde absolutt, er at det er ulovfestet. Dermed tilsier ikke hensynet til lovgiverviljen og dens demokratiske legitimitet at praksis bør nekte unntak. Tvert imot kan en si at fordi et overleveringskrav hviler på nokså usikkert grunnlag, er ikke betenkelighetene med å gjøre unntak fra det så store.²⁰⁸

Samlet innebærer disse forholdene at et krav om overlevering ikke bør gjelde absolutt. Resultatet i Jernskrapdommen støtter et slikt syn, og dette er også den entydige oppfatningen i juridisk teori.²⁰⁹ Jeg slutter meg til Bergs synspunkt når han skriver at selv om en hovedregel normalt skaper presumsjon for at denne skal følges i tvilstilfeller, vil det for løsurekjøpenes del heller være slik at unntak fra overleveringskravet bør tillates der det finnes gode argumenter for det.²¹⁰

Når det gjelder spørsmålet om *hvilke* unntak som kan godtas, bør dette avgjøres for typetilfeller av kontrakter, og ikke konkret i enkeltsaker.²¹¹ Sistnevnte løsning ville være uheldig, da det hadde bidratt til å ødelegge formålet om å ha lett håndhevbare regler. Videre bør unntakene forbeholdes tilfeller der faren for kreditorsvik er liten, eller kredittmomentet mangler.²¹²

Under de kommende punktene vil jeg ta for meg enkelte situasjoner der rettsvern uten overlevering tradisjonelt har blitt godtatt, og vurdere grunnlaget for dette. Fremstillingen av mulige unntak fra overleveringskravet er ikke uttømmende, da det ville sprengte rammene for oppgavens omfang. I stedet har jeg valgt å behandle de typetilfellene som er viet størst plass i teorien, og derfor trolig er mest aktuelle i praksis.

5.2 «Interesselæren»

En kan tenke seg at B kjøper og betaler en løsuregjenstand, eksempelvis et kjøleskap, hos A. Da B først overtar sin nye leilighet dagen etter, avtaler han med selger at kjøleskapet kan bli stående på dennes lager natten over. A har i utgangspunktet ingen interesse av å la solgte varer oppta lagerplass, men går med på ordningen som en ekstra service overfor B. Alternativt kan forutsetningen være at A påtar seg å transportere kjøleskapet til B. I tilfeller som dette har det vært hevdet at kjøper ved en eventuell konkurs hos selger bør ha separatistrett til varen i boet. Opphavsmennene Brækhus/Hærem sammenfatter læren slik:

«[K]jøperens rett bør være beskyttet mot selgerens kreditorer hvor salgsgjenstanden er stillet til kjøperens disposisjon eller det bare beror på ham selv når han skal få gjenstanden i sin besittelse. Det samme bør muligens være tilfelle hvor det bare er transporten av gjenstanden som

²⁰⁸ Berg s. 20

²⁰⁹ Brækhus/Hærem s. 513, Lilleholt s. 194, Falkanger/Falkanger s. 624 flg., Andenæs s. 264

²¹⁰ Berg s. 15-16

²¹¹ Falkanger/Falkanger s. 633

²¹² Tilsvarende Lilleholt s. 194

gjenstår, eller hvor selgeren skal utføre visse tilleggsarbeider på gjenstanden som i for seg er ferdig til levering. Kort – men noe unøyaktig – kan dette også uttrykkes slik at kjøperen er beskyttet dersom selgeren sitter med gjenstanden i hans interesse.»²¹³

Konklusjon bygger på de lege ferenda-betraktninger, der hovedsynspunktet er at man bør tillate unntak fra overleveringsprinsippet når selger fullt ut har opptjent sitt krav på kjøpesummen og kredittmomentet derfor mangler. En forutsetning er at ikke også selger selv drar fordel av besittelsen. Vurderingstemaet videre er om dette i dag kan anses for å være gjeldende rett.

Interesselæren må sies å ha en viss støtte – iallfall fra resultatet – i ku- og jernskrapsdommene.²¹⁴ Høyesterett uttaler ikke direkte at det avgjørende var at kyrne og jernskrapet i de to sakene befant seg hos selger i henholdsvis dennes og kjøpers interesse, men oppfatningen kan underforstås.²¹⁵ Berg kritiserer rettskildebruken ved å vektlegge dommenes *resultat* i stedet for premissene.²¹⁶ Det er likevel alminnelig akseptert at denne tolkningsmåten, såkalt konstruert ratio decidendi, kan tillegges vekt som rettskilde.²¹⁷

Den i praksis klareste tilslutning til interesselæren har kommet gjennom før omtalte voldgiftsdom av Carsten Smith, RG 1972 s. 53. Voldgiftsdommer har normalt begrenset rettskildemessig tyngde. Men når avgjørelsen som her er gjort offentlig tilgjengelig, og er avsagt av en anerkjent jurist, kan den få en viss betydning.²¹⁸

Det viktigste ankepunktet mot denne generelle unntakslæren, er at vurderingen av det i utgangspunktet objektive rettsvernskriteriet reduseres til en bevisbedømmelse av hva som er partenes subjektive interesser.²¹⁹ Ikke sjelden vil det være uklart hvem som profitterer og ikke på at selger får beholde det solgte godset. Innledningseksempelet om kjøleskapet virker tydelig nok på at manglende overlevering bare skjer i kjøpers interesse. Tvil oppstår imidlertid dersom selger senere på dagen finner ut at han vil benytte kjøleskapet i en vareutstilling. Interesselæren gir ikke svar på om kjøperens opprinnelig inntrådte rettsvern da automatisk faller bort.

Videre vil det kunne være tvilsomt hvorvidt transport av varen eller andre ekstra ytelser skal anses som del av hovedytelsen. Et vilkår for at interesselæren kommer til anvendelse, er at varen er leveringsklar. Brækhus/Hærem viser til et eksempel med kjøp av en ferdigsydd dress.²²⁰ Dersom dressen skreddersys, vil tilpassingsarbeid være en del av hovedytelsen. Er det derimot snakk om en

²¹³ s. 513

²¹⁴ Dette påpekes også av Brækhus/Hærem på s. 514

²¹⁵ Falkanger/Falkanger s. 625 skriver at «interesselæren gir en rasjonell forklaring av de resultater som Høyesterett kom frem til»

²¹⁶ s. 21

²¹⁷ Nygaard s. 79-80, 87 og 321

²¹⁸ Sml. Nygaard s. 326-327

²¹⁹ Sml. Berg s. 21

²²⁰ s. 510

konfeksjonslaget dress, kan justering av ermene betraktes som en tilleggsytelse. Bare i sistnevnte tilfelle vil kjøper ha rettsvern overfor selgers kreditorer før ferdigstillelse.²²¹ Dette skillet mellom hva som er hovedytelse og tilleggsytelse vil ikke alltid være like lett å fastslå, og kan også virke tilfeldig.

Når en imidlertid først har avgjort at overlevering som rettsvernskrav ikke bør gjelde lenger enn formålene tilsier, så har interesselæren visse fordeler. Den oppstiller et enklere bevistema enn dersom kjøper måtte godtgjøre at det ikke forelå kreditorsvik i hver enkelt sak.²²² Kan kjøper først bevise at selger ikke hadde interesse av fortsatt å sitte med varen, utelukker man at det er ytt kreditt. I så fall er den reelle faren for at selgers andre kreditorer blir ført bak lyset minimal.

Som nevnt i punkt 5.1 er det ikke grunnlag for å stille store krav til de typetilfeller der det bør gjøres unntak fra overleveringsprinsippet. Når både kredittmomentet mangler, og risikoen for svik mot kreditorene er lav, har interesselæren gode grunner for seg. At læren har en viss støtte i Høyesteretts praksis, og i tillegg har fått enstemmig tilslutning i nyere juridisk teori,²²³ tilsier at den bør aksepteres som gjeldende rett.

5.3 Større tilvirkningskontrakter

Ved mindre bestillingskjøp, der gjenstanden må tilvirkes av selger før levering (jf. eksempelet over med den skreddersydde dressen), er det vanligvis ikke grunnlag for unntak fra overleveringsprinsippet. Varen er ikke leveringsklar, og hvis kjøper betaler på forskudd har det klart preg av kredittytelse.²²⁴

Saken kan arte seg annerledes dersom det er tale om tilvirkningskjøp av mer betydelig økonomisk verdi. I slike tilfeller er forskuddsbetaling ofte en hensiktsmessig finansieringsordning, eller rent frem forutsetning for at kontrakten blir inngått.²²⁵ For kjøper ville det være uforvarselig å forskuttere om han ikke var vernet ved konkurs hos selger før ferdigstillelsen. Av denne grunn er det vanlig at partene avtaler seg i mellom at eiendomsretten til det kjøpte skal gå over på bestilleren etter hvert som arbeidet skrider frem.²²⁶ Spørsmålet i det følgende er om slike avtaler kan gjøres gjeldende overfor selgerens kreditorer ved konkurs. Utgangspunktet er som tidligere nevnt at reglene om kreditorvern er ufravikelige.²²⁷

²²¹ Brækhus/Hærem s. 508

²²² Berg s. 22

²²³ Lilleholt s. 194, Falkanger/Falkanger s. 624-625, Andenæs s. 264-265, forutsetningsvis Berg s. 20-22, Augdahl s. 425

²²⁴ Tilsvarende Lilleholt s. 198

²²⁵ Brækhus/Hærem s. 510

²²⁶ Lilleholt s. 198

²²⁷ Jf. pkt. 1.4

Dreier det seg om en entreprisekontrakt, skjer tilvirkningen normalt på bestillers eiendom. Her er regelen klar nok på at byggherren, antakelig uavhengig av om eiendomsrettens overgang uttrykkelig er avtalt, har rettsvern overfor entreprenørens kreditorer både for byggverket og materialer som er tilført byggeplassen.²²⁸ Siden bygget og materialene befinner seg på byggherrens grunn, kan en også anse kreditorvernet som et resultat av overlevering.²²⁹

For andre tilfeller, der tilvirkning foregår på leverandørens eiendom, er problemstillingen uavklart i rettspraksis. I Bomek-saken fra ND 1982 s. 264 (Bodø namsrett) ble bestilleren av tre moduler til en oljeplattform riktignok nektet rettsvern i verkstedets akkordbo, med det grunnlag at modulene var hos verkstedet i dettes interesse. Men retten gikk ikke «uttrykkelig inn på læren om tilvirkningskontraktens spesielle stilling», og avgjørelsen er kritisert i teorien.²³⁰

Generelt taler kredittmomentet som foreligger også ved større tilvirkningskjøp mot å gjøre unntak fra tradisjonsprinsippet. Den «eiendomsrett» som kjøper innvilges under tilvirkningen er lite annet enn en sikkerhets- eller panterett.²³¹ Som Andenæs påpeker, medfører egne rettsvernsregler for større tilvirkningskjøp en rekke avgrensingsproblemer.²³² Skillet mellom hva som er «store» og «små» kontrakter kan vanskelig trekkes og begrunnes. Det er videre uklart om eiendomsforbehold til det tilvirkede eksplisitt må være avtalt, eller kan presumeres å foreligge. Spørsmål kan også reises ved hvor langt tilvirkningsprosessen må være kommet før bestiller eventuelt har kreditorvern. Slike kinkige grensdragninger tilsier at en bør følge hovedregelen og kreve overlevering.

På den annen side kan det hevdes at de hensyn som begrunner overleveringskravet for rettsvern ved vanlig løsørekjøp ikke gjør seg (tilsvarende) gjeldende ved større tilvirkningskontrakter. For det første reduseres preget av kredittytelse når betaling skjer etter hvert som leverandøren utfører arbeid eller skaffer materialer.²³³ Dertil er faren for kreditorsvik i slike tilfeller trolig meget liten. Når mange personer er involvert, og verdiene i omløp store, blir det vanskelig for partene å opprette antedaterede avtaler eller falske terminbetalinger som ikke oppdages av bostyret.²³⁴ Disse forholdene, sammen med det sterke behovet for tjenlige finansieringsformer, innebærer at en bør innvilge bestiller rettsvern i samsvar med avtalen ved større tilvirkningskjøp. Dette er også den vanligste oppfatningen i juridisk teori.²³⁵

²²⁸ Jf. Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt). Se også Lilleholt s. 198

²²⁹ Andenæs s. 269

²³⁰ Andenæs s. 267 i note 76 med videre henvisning

²³¹ Andenæs s. 267

²³² s. 267-268

²³³ Lilleholt s. 199

²³⁴ Brækhus/Hærem s. 510

²³⁵ Brækhus/Hærem s. 513, Lilleholt s. 199, Berg s. 22-23, Andenæs s. 267 med videre henvisninger

Dersom leverandøren ved konkursåpning har materialer og utstyr på lager som er tiltenkt, men ennå ikke inkorporert i bestilte gjenstander, blir spørsmålet om kjøpers separatistrett også omfatter dette. Selger kan ha hatt flere prosjekter under tilvirkning, i tillegg til et alminnelig materiellager, slik at oversikten over hvilke deler som er bestemt for kjøper lett blir mangelfull. Dermed øker faren for kreditorsvik.²³⁶ Likevel blir det i teorien antatt at kjøper vil ha rettsvern for de ikke-inkorporerte delene.²³⁷ Forutsetningen må være at det fremkommer av kontrakten at kjøpers eiendomsrett omfatter materialer bestemt for tilvirkningen, og at disse er tilstrekkelig individualisert. Trolig må det generelle kravet til individualisering for rettsvern uten overlevering skjerpes.²³⁸ Mer om dette nedenfor.

5.4 Individualiseringskrav ved genuskjøp

Avslutningsvis behandles en siste viktig forutsetning for at løsøreerververen skal kunne ha rettsvern mot selgers kreditorer uten overlevering. Ved kjøp av generisk bestemte varer gjelder det etter «sikker rettsoppfatning» nemlig et vilkår om at disse må være individualisert før konkursåpningen hos selger.²³⁹ Hensikten med kravet er at kjøpers separatistrett skal kunne knyttes til bestemte gjenstander adskilt fra debitors øvrige aktiva. Til en viss grad bøter dette på den manglende notoriteten som rettsvern fra avtaletidspunktet medfører.²⁴⁰

Problemstillingen i det følgende er hvilke krav som stilles til individualiseringens innhold.

Høyesterett la i Tømmerdommen (Rt. 1909 s. 734) til grunn at et solgt parti tømmer som delvis befant seg på ulike steder, og til dels fortsatt stod på rot, var tilstrekkelig individualisert gjennom utblinking (merking) av selgeren. I Jernskrapdommen (Rt. 1912 s. 263) omfattet ervervet *alt* skrap som ble samlet opp gjennom året, og dette ble også lagt i én haug. Nøyaktig oppveining av jernskrapet var derfor ikke nødvendig. Selv om selger uten tillatelse tilførte haugen ytterligere avfall etter årets utløp, fikk ikke sammenblandingen betydning for kjøpers rettsvern. Rt. 1916 s. 1055 gjaldt dagjeldende kjøpslovs individualiseringskrav ved spørsmål om risikoens overgang,²⁴¹ men kravet skiller seg neppe fra det som behandles her.²⁴² Underretten, hvis resultat og begrunnelse Høyesterett sluttet seg til, uttalte generelt at «lovens krav paa utskillelse maa selvfølgelig avpasses efter de konkrete tilfælder».

Av denne praksisen kan en først og fremst slutte at kravet til individualisering ikke er spesielt strengt. Juridisk teori har beskrevet rettstilstanden slik at

²³⁶ Tilsvarende Brækhus/Hærem s. 511

²³⁷ Brækhus/Hærem s. 512, Berg s. 23, Lilleholt s. 199

²³⁸ Brækhus/Hærem s. 514

²³⁹ Lilleholt s. 196. Se også Andenæs s. 270, Falkanger/Falkanger s. 625

²⁴⁰ Berg s. 26

²⁴¹ Sml. kjl. § 14

²⁴² Tilsvarende Brækhus/Hærem s. 515, Falkanger/Falkanger s. 626

utskillelsen må være tydelig og kontrollerbar, i samsvar med det normale for kontraktstypen og eventuell praksis mellom partene, samt nøyaktig i den grad mulig.²⁴³ Den må også ha blitt foretatt lojalt i forhold til andre kjøpere og selgerens kreditorer generelt.²⁴⁴ Hvis faren for kreditorsvik er stor, er det grunn til å skjerpe beviskravet.²⁴⁵ Videre antas det at ensidig individualisering foretatt av selgeren er tilstrekkelig så lenge den tilfredsstillende de ovennevnte kriteriene.²⁴⁶ Hvis varene er plassert på selgers lager med kjøpers navn eller tilsvarende påskrevet, må det godtas. En kan neppe kreve at utskillelsen er rettslig bindende for selger.²⁴⁷ Selv om dette øker sjansen for kreditorsvik, vil en unngå de mest opplagte tilfeller ved å stille strenge krav til bevisførselen for at individualisering ble utført før konkursåpningen.²⁴⁸

²⁴³ Brækhus/Hærem s. 514-516, Lilleholt s. 196-197, Berg s. 26

²⁴⁴ Andenæs s. 270

²⁴⁵ Falkanger/Falkanger s. 625

²⁴⁶ Sml. Rt. 1909 s. 734, RG 1972 s. 53, Brækhus/Hærem s. 517

²⁴⁷ Lilleholt s. 197, Andenæs s. 270, Falkanger/Falkanger s. 625, Berg s. 26, motsatt: Augdahl s. 428-429

²⁴⁸ Tilsvarende Brækhus/Hærem s. 517

Litteraturliste

Bøker og artikler

- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009)
- Aubert, L.M.B., *Den norske Obligationsrets specielle Del I*, (Christiania 1890)
- Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utgave, (Oslo 1978)
- Berg, Borgar Høgetveit, «Rettsvern for lausøyrekjøp - avtale eller overlevering (tradisjon)?», *Jussens Venner*, 1999 hefte 1 s. 1-30
- Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, (Oslo 1964)
- Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 og 4 – Omsetningskollisjoner I og II*, (Oslo 1998)
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave (Oslo 2007)
- Gjelsvik, Nikolaus, *Norsk Tingsret: Forelæsnings av Professor Gjelsvik*, 2. utgave, (Oslo 1926)
- Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen*, (Uppsala 1985)
- Hagerup, Francis, «Om Tradition som Betingelse for Overdragelse af Eiendomsret til Løsøre», *Norsk Retstidende*, 1884 s. 673-784
- Knoph, Ragnar, *Oversikt over Norges rett*, 2. utgave (Oslo 1937)
- Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgåve (Bergen 1999)
- Lindebrække, Sjur, *Eiendomsrett og konkursbeslag: prinsipielle synspunkter i løsøreomsetningen*, (Bergen 1946)
- Lutnæs, Karine, «Rettsvernskrevet ved forbrukeres kjøp av løsøre», *Masteroppgave UiO*, 2004 (Tilgjengelig på www.konkursradet.no)
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004)
- Scheel, Herman, *Forelæsnings over norsk tingsret*, (Kristiania 1912)
- Schweigaard, Anton Martin, *Om Concurs og om Skifte og Arvebehandling*, (Christiania 1871)
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 2. utgave (Son 2008)
- Ørsted, Anders Sandøe, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed: med stadigt Hensyn til hr. Statsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog IV*, (Kjøbenhavn 1831)

Lover

- Lov 15. april 1687: Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)
- Lov 1. juli 1927 nr. 1 om registrering av elektriske kraftledninger (kraftledningsregisterloven)
- Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysingsloven)
- Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova)
- Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre (godtroervervloven)
- Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven)
- Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
- Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)
Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven)
Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven)
Lov 26. april 2002 nr. 12 om notarius publicus
Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Forarbeider

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp. nr. 56 (1976-1977). Om lov om godtroerverv av løsøre
Ot.prp. nr. 39 (1977-1978). Om pantelov

Rettspraksis

Rettsdende

Rt. 1878 s. 412
Rt. 1909 s. 734 («Tømmerdommen»)
Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)
Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen)
Rt. 1916 s. 1055
Rt. 1935 s. 981 (Byglanddommen)
Rt. 1957 s. 778 (Sirkusteltdommen)
Rt. 1988 s. 1327 (Reksten)
Rt. 1990 s. 59 (Myra Båt)
Rt. 1992 s. 1629
Rt. 1997 s. 1050 (Momentum)
Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey)
Rt. 2008 s. 586

Rettsens Gang

RG 1957 s. 577 (Frostating)
RG 1963 s. 492 (Eidsivating)
RG 1972 s. 53 (Voldgift)
RG 1995 s. 39 (Eidsivating)

Nordiske domme i sjøfartsanliggender

ND 1982 s. 264 (Bodø namsrett)

Upubliserte avgjørelser

LA-2005-38803
LF-2010-133423