



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Konkursboets ulovfestede beslagsrett

Hvordan har Høyesterett bidratt til å styrke kreditorenes beslagsrett?

Sanna Riaz

Masteroppgave i JUR-2902-1 Vår 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling og aktualitet	1
1.2	Nærmere om dekningsloven § 2-2	2
1.3	Rettskildesituasjonen og aktuelle rettskilder.....	4
1.4	Partskonstellasjonene og konfliktmodellene.....	6
1.4.1	Suksesjonskonflikten.....	7
1.4.2	Hjemmelsmannskonflikt	8
1.5	Den videre fremstillingen.....	8
2	Hensyn som ligger til grunn for kreditorenes beslagsrett	9
2.1	Hensynet til å motvirke kreditorsvik	9
2.2	Notoritet og publisitet.....	10
2.3	Hensynene som taler mot vid ulovfestet beslagsadgang	12
3	Stiftelsesgrunnlag	13
3.1	Rettsstiftelsen mellom debitor og suksessor må være bindende	14
3.2	En gyldig avtale mellom debitor og suksessor.....	15
3.2.1	Kan kreditorene påberope ugyldighet overfor en avtale mellom debitor og en tredjeperson?	15
3.2.2	Kan utleggstakeren påberope ugyldighet etter HR-2018-1265-A?.....	20
3.3	Rettighetsstiftelsen må være reell	24
3.3.1	Proforma i lys av HR-2018-1265-A.....	26
4	Spesialitetsprinsippet.....	28
5	Rettsvern.....	30
5.1	Registrering av panterrettigheter i løsøre	31
5.2	Rettsvern for alminnelig løsøre som ikke realregistreres.....	32
5.3	Skjæringstidspunktet for å oppnå rettsvern gjennom overlevering.....	35
5.4	Unntaket fra hovedregelen om overlevering	37

5.4.1	HR-2021-2248-A om unntaket fra hovedregelen om overlevering	38
5.5	Rettsutviklingens betydning for forbrukere	45
6	Høyesteretts rettsutvikling og betenkelighetene rundt denne virksomheten.....	47
	Referanseliste	50

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Temaet for denne avhandlingen er kreditorenes ulovfestede beslagsrett, nærmere bestemt utviklingen som har skjedd på rettsområdet. Problemstillingen oppgaven skal forsøke å besvare er; *om* og *på* hvilken måte beslagsretten har blitt påvirket og eventuelt styrket av Høyesterett. Herunder er det særlig utviklingen gjennom HR-2018-1265-A (Deutsche Bank) og HR-2021-2248-A (Autstad Maskinutleie) som skal behandles.

Utvalgte avgjørelser fremstår som gode eksempler på rettsutviklingen som gjelder «*ut av boet*»- konflikter i Høyesterett. Konflikten oppstår under gjeldsforfølgning ved at formuesgode(r) disponeres til tredjepersoner, også kalt *suksessorer* se punkt 3.3. Da vil kreditorenes dekningsrett komme i konflikt med medkontrahentens rett. Faren for kreditorsvik i «*ut av boet*»- konflikter er høyt som følge av at debitors formuesmasse forringes. Avhandlingen skal derfor forsøke å gjøre rede for rettsutviklingen som verner mot kreditorunndragelse.

Twister i beslagsretten og særlig konkursboets beslagsrett, har ved flere anledninger vært oppe til behandling i Høyesterett i de siste årene. Temaets aktualitet må ses i sammenheng med rettsutviklingen på ulovfestet område. Avgjørelsene begir seg på å endre rettstilstanden og avklarer omdiskuterte tema blant jurister. Ved å undersøke rettstilstanden er formålet med avhandlingen å komme frem til gjeldende rett, nemlig *de lege lata*.¹ I tillegg er det naturlig at det knyttes noen *de lege ferenda*-bemerkninger til rettstilstanden, altså hvordan rettstilstanden vil bli i fremtiden.²

Oppgaven avgrenses til å gjelde konkursbeslag og beslag i form av utlegg fra enkeltforfølgende kreditor. Med *konkursbeslag* menes et generalbeslag av debitors eiendeler for dekning av kreditorenes krav.³ Derimot innebærer *enkeltpåfølgning gjennom utlegg* at en

¹ Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998 s. 13 og Synne Sæther Mæhle; «*gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?*», *Jussens venner* 05-06/2004 (volum 39) s. 329-342 på s. 329.

² Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli: *Fra lov til rett*, Gyldendal, 1. utgave 1. opplag, Oslo 2016 s. 198.

³ Mads Henry Andænes: *Konkurs*, eget forlag, 3. utgave, Oslo 2009 s. 9.

kreditor aktivt går til verks til dekning for hele sitt krav, typisk gjennom utlegg.⁴ For å begrense oppgavens rammer, er disse beslagsformene skilt ut til behandling. Derfor behandles ikke annen gjeldsforfølging, herunder arrest etter tvisteloven kapittel 32 og 33, offentlig skifte av insolvent dødsbo jf. arveloven regler, tvangsakkord etter konkurslova mv.⁵

Blant reglene som har til hensikt å motvirke kreditorsvik finnes reglene om proforma i beslagsretten, rettsvernsreglene, omstøtelsesreglene og regler om gavesalg. Avhandlingen er avgrenset til behandling av proformareglene og rettsvernsreglene for løsøre som har blitt utviklet gjennom høyesterettspraksis.

1.2 Nærmere om dekningsloven § 2-2

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) kapittel 2 gjelder «*ved kreditorbeslag så vel ved utlegg som ved gjeldsforhandling, konkurs og offentlig skifte av insolvent dødsbo*» jf. dekningsloven § 2-1. Ordlyden tilsier at bestemmelsene i kapitlet får anvendelse på blant annet konkursbeslag og utlegg.

Rettsgrunnlaget for kreditorenes beslagsrett er dekningsloven § 2-2 som sier at en kreditor har «*rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden*» jf. første setning. Det avgjørende er hvorvidt formuesgode «*tilhører*» skyldneren på «*beslagstiden*» jf. ordlyden.

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at det er eierforholdene på beslagstiden som er avgjørende. Ordlyden av «*beslagstiden*» antyder til skjæringstidspunktet for når kreditorene kan beslaglegge debtors formuesgode(r). Skjæringstidspunktet er ulikt beregnet avhengig av beslagsmåtene se punkt 3.2.1.

Det avgjørende etter dekningsloven § 2-2 er hvorvidt formuesgode «*tilhører*» debitor jf. dekningsloven § 2-2. Ordlyden av «*tilhører*» tilsier en mer eller mindre eksklusiv eierrådighet over formuesgode. Bestemmelsen gir uttrykk for utgangspunktet i beslagsretten, om at

⁴ Borgar Høgetveit Berg: *Beslagsretten. Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*, 1. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2021 s. 52, Jens Edvin A Skoghøy: *Panterett*, 5. utgave, Oslo 2021 s. 29, Andænes (2009) s. 9.

⁵ Se lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) kapittel 32 og 33 om arrest, lov 14. juni 2019 om arv og dødsboskifte (arveloven) § 143 for reglene om offentlig skifte av insolvent dødsbo og lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) §§ 123 til 126 for tvangsakkord.

kreditorene utleder sin rett fra debitor. Det fremgår likevel ikke klart hva som er i debitors eie. Forarbeidene uttaler at:

*«den nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan ... likevel ikke trekke(s) opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene».*⁶

Uttalelsen kan tolkes slik at det er nødvendig å supplere dekningsloven § 2-2 med andre regler for grensedragningen mellom eiendomsretten til debitor og andre tredjepersoner. Høyesterett argumenterer også for at beslagsretten ikke bare kan forstås gjennom «*ett kriterium (om) hvem som har eiendomsretten*», slik at andre regler også kan få gjennomslag.⁷ Det avgjørende blir dermed hvem som anses som den reelle eier av formuesgode etter de underliggende forhold.⁸ Dersom underliggende forholdet angir skyldneren som eier, kan kreditorene ta beslag. For det omvendte tilfellet, der en tredjeperson blir utpekt som eier, har ikke kreditorene en tilsvarende beslagsrett.⁹

Ettersom grensedragningen mellom formuesmassen til debitor og andre tredjepersoner er uklar, oppstår det ofte *rettighetskollisjoner*. Betegnelsen brukes om konflikter der «*den ene retten ikke kan utnyttes uten å komme i veien for den andre*».¹⁰ Det er med andre ord uforenelige rettigheter i et og samme formuesgode. For å løse opp konfliktene er det innarbeidet et køsystem i formueretten som innebærer at den rettigheten som stiftes først, går foran den senere rettsstiftelsen.¹¹ Dette omtales som «*først i tid, best i rett*» og er et naturlig utslag av prinsippet om at «*ingen kan overføre en større rett enn en selv har*».¹²

Først i tid, best i rett er imidlertid kun et utgangspunkt og derfor eksisterer det regler i norsk rett som fraviker køsystemet til fordel for kreditorene. Unntaket fra utgangspunktet fremkommer av rettsvernsreglene se kapittel 5. Rettsvern regulerer hvordan rettighetene i et formuesgode blir beskyttet overfor senere rettsstiftelser.¹³

⁶ NOU 1972:20 s. 255.

⁷ HR-2022-2248-A avsnitt 48 (min kursivering).

⁸ Andænes (2009) s. 157.

⁹ Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger: *Tingsrett*, Universitetsforlaget, 9. utgave Oslo 2022, s. 591-592.

¹⁰ NOU 1982:17 s. 128.

¹¹ Falkanger/Falkanger (2022) s. 595-596.

¹² Høgetveit Berg (2021) s.31

¹³ Høgetveit Berg (2021), Falkanger/Falkanger: (2022) s. 597.

1.3 Rettskildesituasjonen og aktuelle rettskilder

Det anvendes rettsdogmatisk metode i denne avhandlingen der rettskildene vurderes for å komme frem til gjeldende rett. En alternativ betegnelse for gjeldende rett er *de lege lata*.¹⁴

Avhandlingen aktualiserer problemstillingene knyttet til dynamiske konflikter der kreditorene er parter. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i dekningsloven § 2-2. Bestemmelsen er rettsgrunnlaget for kreditorenes dekningsrett og utgjør derfor en sentral kilde i avhandlingen. Den er imidlertid ikke uttømmende og suppleres derfor av andre regler som blant annet reglene om rettsvern, omstøtelse, legitimasjon mv. jf. NOU 1972:20 s. 255. Som følge av at forarbeidene hjemler adgangen til å supplere bestemmelsen, utgjør de også en relevant rettskilde. I den grad reglene er utviklet i rettspraksis, utgjør rettspraksis også en relevant rettskilde.

Det spesielle med Høyesterett er annerkjennelsen av at instansen i dag er en prejudikatsdomstol.¹⁵ Det formelle rettsgrunnlaget for å utlede prejudikatsvirkning fra høyesterettsavgjørelser er Grunnloven av 1814 § 88, straffeprosessloven § 323 og tvistelovens § 30-4.¹⁶ En prejudikatsdomstol skal først og fremst avklare den tvisten som er til behandling samt sørge for å utvikle rettstilstanden.

Det som kommer frem i rettspraksis kalles gjerne for «ulovfestet rett». Begrepet er ikke entydig definert, men kan forstås som «*rettsregler som ikke kan forankres i noen lovbestemmelse*».¹⁷ Begrepet er en «*samlebetegnelse for rettsregler som blir utledet fra andre primære rettsgrunnlag enn lov, forskrift og kontrakt*».¹⁸ I denne avhandlingen vil prejudikater utgjøre en sentral rettskilde. Med *prejudikat* menes rettspraksis av Høyesterett som tillegges selvstendig rettskildemessig verdi.¹⁹

Høyesterett har gjennom årene stått for utviklingen på beslagsrettens område, herunder rettsvernsreglene for alminnelig løssøre og andre regler som angriper kreditorskadelige

¹⁴ Bernt og Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998 s. 13 og Mæhle; «*gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?*», Jussens venner 05-06/2004 (volum 39) s. 329-342 på s. 329.

¹⁵ NOU 2001:32, Bind A s. 128-129 og ot.prp.nr. 51 (2004-2005), Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 1. utgave, Oslo 2018 s. 18,

¹⁶ Skoghøy: «*i hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?*» s. 257.

¹⁷ Skoghøy (2021) s. 29

¹⁸ Erik Monsen: «*Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten*» Jussens venner 06/2012 volum 47 s. 321.

¹⁹ Skoghøy (2018) s. 106 med videre henvisninger.

disposisjoner. Rettspraksis utgjør derfor et viktig supplement for å avklare gjeldende rett. Rettskilden er derfor relevant i avhandling.

Som følge av at det finnes sparsomt med rettskilder som regulerer kreditorenes dekningsrett, får også andre rettskilder som f.eks. reelle hensyn og juridisk teori sitt gjennomslag på området. *Reelle hensyn* forklares av Skoghøy som rettslige argumenter som sier noe om realitetene av de rettsreglene som eksisterer.²⁰ Reelle hensyn er tilpasninger som rettsanvenderen foretar av loven for å konkludere i tråd med samfunnsutviklingen.²¹ Etter omstendighetene kan disse få større gjennomslag. Det kan for eksempel være konsekvensbetraktninger, innholdsmessige vurderinger og retts tekniske vurderinger. På rettsområder med sparsomme rettskilder, kan reelle hensyn trumfe som selvstendige rettsgrunnlag.²² Reelle hensyn utgjør en sentral rettskilde som supplerer dekningsloven § 2-2. Det begrunnes i at store deler av rettstilstanden er utviklet gjennom rettspraksis, der dommerne ofte må foreta vurderinger om resultatets godhet. Hensynet som verner mot kreditorsvik, er sentral på beslagsrettens område.

Der autoritative kilder ikke avklarer rettstilstanden omkring et spørsmål, er det ikke uvanlig at det blusser opp en diskusjon om rettstilstanden i juridisk teori. Rettskilden betegnes ofte som en sekundær kilde, da den avledes av andre autoritative rettskilder og bygger på tolkninger av disse.²³ Juridisk teori har følgelig ingen rettsnormerende karakter, men vil ha argumentasjonsverdi etter omstendighetene. Som avhandlingen skal belyse, har mye av rettstilstanden i beslagsretten opphav fra argumenter i juridisk teori, som senere har blitt stadfestet av Høyesterett slik at de anses som gjeldende rett. Det vises derfor i stor grad til uttalelsene fra juridisk teori.

En konsekvens av å tillegge juridisk teori større vekt utover argumentasjonsverdien, er at skillet mellom de lege lata- og de lege ferenda betraktningene blir problematisk.²⁴ Det innebærer usikkerhet om hva som anses som gjeldende rett og hva rettsutviklingen kan gå

²⁰ Skoghøy (2018) s. 42-43.

²¹ *Opcit.* s. 42-43.

²² *Opcit.* 20 og 42-43.

²³ *Opcit.* s. 44.

²⁴ Sverre Magnus Bergslid Salvesen: *Kreditorvern*, Cappelen Damm Akademisk, 1. utgave, Oslo 2021 s. 360-361.

mot i fremtiden. Det er derfor nødvendig å oppstille tydelige regler gjennom autoritative rettskilder. Det gir mer forutberegnelighet.

1.4 Partskonstellasjonene og konfliktmodellene

De sentrale partene i avhandlingen er debitor, kreditor og suksessor. Det er dermed nødvendig å forklare begrepene nærmere og gjøre rede for forholdet mellom dem.

Debitor er den sentrale personen i avhandlingen. Det er rettssubjektet som gjeldsforfølgningen retter seg mot.²⁵ Debitor er også parten som inngår en gjensidig bebyrdende avtale med en tredjeperson. Både tredjepersoner og kreditorer utleder derfor sine rettigheter fra debitor. Synonymer som brukes om debitor, er skyldner og avtaleparten A.

En *kreditor* er videre et dekningsøkende rettssubjekt som søker etter å inndrive et utestående krav fra en skyldner.²⁶ Det kan både være en enkeltforfølgende kreditor, eller en fellesforfølgende.²⁷ Kreditorbegrepet har et generelt innhold i dynamisk tingsrett og brukes om alle beslagsmåter. Begrepet avgrenses imidlertid til konkursboet og utleggstakeren i foreliggende masteroppgave. I kollisjonsmodellene betegnes kreditorene som avtaleparten B.²⁸

Temaet for avhandlingen aktualiserer spørsmålet om når et formuesgode er i «overgangsfasen» slik at det enten er på vei til, forbi, eller har forlatt debtors formuessfære.²⁹ Det sistnevnte tilfellet er tema for avhandlingen. Derfor er det ikke sjelden at det oppstår en ny part i beslagsretten, kalt for *suksessor* eller S. Suksessor er en rettsfølger som får overført sine rettigheter fra debitor.³⁰ Ved en senere gjeldsforfølgning hos debitor oppstår det en rettighetskollisjon mellom debtors fordringshavere og suksessor om formuesgode som er overført til sistnevnte part. Det er nettopp denne rettighetskollisjonen som omtales som «ut av boet»-konflikt.

Partenes rettigheter kommer ofte i konflikt med hverandre, og for pedagogiske formål har man forsøkt å illustrere disse konfliktene gjennom kollisjonsmodeller. Konfliktene kan

²⁵ Høgetveit Berg (2021) s. 28-29.

²⁶ Kåre Lilleholt: *Allmenn formuerett*, Universitetsforlaget, 2. utgave, Oslo 2018 s. 34, Falkanger/Falkanger: (2022) s. 750.

²⁷ Høgetveit Berg: (2021) s. 29.

²⁸ *Opcit.* s. 30.

²⁹ *Opcit.* s. 29.

³⁰ Falkanger/Falkanger (2022) s. 593.

hovedsakelig deles inn i to, nærmere bestemt inn i hjemmelsmannskonflikter og suksesjonskonflikter.³¹ Begge konfliktene kan oppstå mellom debitor og omsetningsserververe, og mellom omsetningsserververe og kreditorene til debitor. Siden avhandlingen aktualiserer beslagsrettslige konflikter, vil oppgaven sette søkelyset på disse. Det avgrenses derfor mot hjemmelsmannskonflikter og suksesjonskonflikter der kreditor ikke er part.

En viktig bemerkning er at kollisjonsmodellene kun fungerer som pedagogiske verktøy, slik at modellene ikke anses som rettskilder eller tillegges normativ kraft.³² De anvendes på tilsvarende måte i denne avhandlingen. Videre kan kollisjonsmodellene også kombineres alt etter saksforholdet man står overfor. Avhandlingen avgrenses til å vurdere konflikter med to parter som har uforenelige rettigheter i et og samme formuesgode.

1.4.1 Suksesjonskonflikten

Suksesjonskonflikten kan illustreres som en A-S-B modell.³³ I beslagsretten vil konflikten oppstå der både suksessor og kreditor utleder rettigheter fra debitor, slik at rettighetene er uforenlige. Det kan for eksempel skje gjennom at debitor A tidligere har overført et formuesgode til suksessor S, og at debitor etter en stund blir utsatt for gjeldsforfølgning av for eksempel konkursbo B. Begge partene vil dermed hevde rett over formuesgode.³⁴ Slike konflikter omtales som «ut av boet»-konflikter.³⁵ Faren for kreditorsvik er stor i slike situasjoner, da det ikke er uvanlig at debitor prøver å disponere bort eiendelene til ulempe for kreditorene.³⁶

I «ut av boet» – konflikter er det særlig to spørsmål som blir aktualisert. For det første må det stilles spørsmål om hvorvidt rettsserverver S har oppnådd rettsvern for sin rettighet i formuesgodet. Dersom det ikke er tilfellet, blir det neste spørsmålet om kreditorene kan ekstingvere S' erverv.

³¹ Høgetveit Berg (2021) s. 30, Falkanger/Falkanger (2022) s. 593,

³² Salvesen: (2021) s. 59, Falkanger/Falkanger: (2022) s. 593, Høgetveit Berg: (2021) s. 31. Hans Fredrik Marthinussen: *Tredjemannsproblemene om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, Cappelen Damm Akademisk, 2. utgave 1. opplag, Oslo 2019 s. 125.

³³ Høgetveit Berg (2021) s. 30.

³⁴ Falkanger/Falkanger (2022) s. 595.

³⁵ Falkanger/Falkanger (2022) s. 760 flg.

³⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 33

1.4.2 Hjemmelsmannskonflikt

Den andre konfliktmodellen illustreres gjennom partsbetegnelsene H-A-B. Konflikten står i realiteten mellom hjemmelsmannen H som er opprinnelig eier av formuesgode, og B som kan være en dekningsøkende kreditor som ønsker å ta beslag i formuesgode til debitor A.³⁷

Konflikten blusser opp ved at debitor A i en større grad disponerer over formuesgode enn det han har adgang til etter instruksene fra hjemmelsmann. Det blir dermed et spørsmål om hvorvidt hjemmelsmannen kan tilbakeføre sin rett i formuesgode gjennom reglene om stansing- og hevingsrett. Motsatt vil kreditor B kreve ekstinksjon av hjemmelsmannens rett.³⁸

Slik det er fremhevet gjentatte ganger i avhandlingen, får ikke kreditorene bedre rett enn debitor. Det er begrunnelsen for at kreditorene ikke bygger sin rett på legitimasjon. For det tilfelle at kreditorene gjorde det, ville kreditorene kunne ta beslag i formuesgoder som for eksempel er overført tilsynelatende til debitor, men som etter de reelle eierforhold tilhører en tredjeperson (hjemmelsmann). Dette ville gitt kreditorene en større rett på bekostning av riktig hjemmelsmann. Det er begrunnelsen for at kreditorene ikke bygger sin rett på legitimasjon.

Denne problemstillingen har tradisjonelt vært knyttet til Bygland-dommen. Avgjørelsen gjaldt i korte trekk kreditorene krav mot en proformainnehaver av grunnbokshjemmelen til en gård med odelsrett.³⁹ Høyesterett til grunn at den reelle eieren var faren (hjemmelsmann) slik at konkursboet til sønnen ikke kunne ta beslag i gården. Dette kalles for en «inn i boet»-konflikt og i slike tilfeller er faren for kreditorsvik lav. Derfor avgrenses det mot behandling av denne konfliktsituasjon. Kjennetegn for konflikten er at det innføres midler til debitors formuessfære og kalles gjerne for «inn i boet»-konflikter. Innsigelsene som vil komme av debitor og hjemmelshaver vil ta sikte på at kreditorene ikke skal kunne ta beslag i eiendelene. Det er derfor ikke relevant å vurdere dette noe nærmere i avhandlingen.⁴⁰

1.5 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen skal de sentrale hensynene introduseres i kapittel 2, herunder hensynene til notoritet, publisitet og kreditorsvik.

³⁷ Høgetveit Berg (2021) s. 31 og 192 til 193.

³⁸ Falkanger/Falkanger (2022) s. 753-754.

³⁹ Rt. 1935 s. 981 s. 984 – 985.

⁴⁰ Høgetveit Berg (2021) punkt 1.3 og punkt 6.3.2.

Videre i kapittel 3 presenteres og vurderes minstevilkårene for at en avtale skal utelukke kreditorbeslag. I punkt 3.1 skal det først gjøres rede for kravet om at rettsstiftelsen mellom debitor og suksessor må være bindende. Dernest skal kravet om at avtalen ikke må heftes med ugyldighetsinnsigelser behandles i 3.2. Under dette punktet vurderes også spørsmålet om hvorvidt kreditorene kan påberope ugyldighet mellom debitor og hans medkontrahenter. Avslutningsvis vises det til det siste vilkåret om at avtalen må være reell og ikke lide av proforma-innsigelser se punkt 3.3. Inn under dette vil høyesterettsavgjørelsen HR-2018-1265-A (Deutsche bank) bli behandlet.

I kapittel 4 skal spesialitetsprinsippet gjøres rede for. Videre skal rettsvernsreglene behandles i kapittel 5. Det vises herunder til rettsvernsakten for både registrering av panterettigheter i løsøre og for kjøp og salg av alminnelig løsøre se punkt 5.1 og 5.2. Avgjørelsen inntatt i HR-2021-2248-A skal redegjøres for, da den regulerer rettsvernsreglene for løsøre og unntakene fra dette. Det skal også knyttes noen merknader til hvorvidt domspremissene i 2021-dommene også gjelder for forbrukertilfellene se punkt 5.5. Avslutningsvis i punkt 6 foretas det en rettspolitisk vurdering av rettstilstanden.

2 Hensyn som ligger til grunn for kreditorenes beslagsrett

Redegjørelse av de sentrale hensynene gir grunnlag for å forstå begrunnelsene for regelutformingen. En rettsanvender vil dermed være klar over bakgrunnen som reglene bygger på, til enhver tid ved anvendelse av gjeldende rett.

I denne avhandlingen ser man at hensynet til suksessor ofte vil stå i direkte konflikt med hensynet til kreditorenes beslagsrett. «Ut av boet»- konflikter vil i stor grad utløse spørsmålet om hvorvidt suksessor har sikret sin rettighet gjennom en rettsvernsakt, og hvorvidt kreditorene kan ekstingvere suksessors rett dersom rettsvernsakten ikke er gjennomført. Det kan tenkes en tidslinje der avtalen mellom suksessor og debitor har eksistert i en periode, før debitor blir utsatt for kreditorforfølgning.

2.1 Hensynet til å motvirke kreditorsvik

I henhold til dekningsloven § 2-2 får ikke kreditorene en større rett enn det debitor selv hadde. Dekningsretten til kreditorene er derfor avhengig av det som står i debtors eie.

I tilfellet debitor er innforstått med at han kan bli utsatt for kreditorforfølgelse, er det ikke sjelden at debitor foretar disposisjoner tett opp mot konkurstidspunktet. Slike disposisjoner kan etter omstendighetene føre til *kreditorsvik*.⁴¹ Begrepet brukes overfor disposisjoner som har til hensikt å tilgodese erververen, på bekostning av kreditorene slik at sistnevnte blir «ført bak lyset». Dette kan skje på flere måter; en måte å foreta kreditorunndragelse på, er å avtale bort midlene som skyldneren eier, til nære slektninger.⁴² Det må imidlertid ikke være gjort i den hensikt å påføre kreditorene tap. Det avgjørende vil være nærhet i tid frem mot kreditorbeslaget jf. «*på beslagstiden*» i dekningsloven § 2-2.

I andre tilfeller kan det tenkes at formålet med disposisjonen som er foretatt mellom debitor og en tredjeperson har en uklar hensikt.⁴³ I så henseende er det nødvendig med tydelige regler som hindrer kreditorunndragelsesfaren. Reglene må også være retts teknisk enkle å etterleve og å håndheve. Enkle regler bidrar videre til effektivisering av håndhevelsen.⁴⁴ På bakgrunn av dette er det nødvendig for både lovgiver, men også rettsanvender, å være bevisst på faren for kreditorsvik ved utforming og behandling av regelverket.

2.2 Notoritet og publisitet

For å kunne motvirke kreditorsvik stilles det et krav til *notoritet*. Det går ut på at en disposisjon er «*vitterlig, åpenbar, objektiv og kontrollerbar*».⁴⁵ Høyesterett har forklart notoritet slik:

*«Det er (...) nødvendig å kreve sikker dokumentasjon for de disposisjonene som er foretatt, blant annet når det gjelder innhold og tidspunkt for disposisjonen. Dette betegnes som krav om notoritet.»*⁴⁶

I henhold til uttalelsen fra Høyesterett må notoriteten «*blant annet*» gi informasjon om innholdet og tidspunktet for disposisjonen. Denne informasjonen kan anses som minimumskravet for notoritet slik at annen relevant informasjon som kan ivareta

⁴¹ HR-2017-33-A avsnitt 40, Høgetveit Berg (2021) s. 228-229.

⁴² Høgetveit Berg (2021) pkt. 15.3.2.1 på s. 228-229.

⁴³ Falkanger og Falkanger (2022) s. 607-608.

⁴⁴ Salvesen (2021) s. 46.

⁴⁵ Høgetveit Berg: (2021) s. 41-42.

⁴⁶ HR-2017-33-A avsnitt 31 (min kursivering).

notoritetskravet, også inkluderes. Det begrunnes i at notoritet skal sørge for etterprøvbarehet av disposisjonen.

Notoriteten sikres gjennom rettsvernsakten for den stiftede rettigheten i formuesgode.⁴⁷ Valget mellom de ulike rettsvernsaktene er avhengig av hvilket formuesgode som vernes. Derfor sondres det også mellom ulike grader av notoritet der noen rettsvernsakter sikrer en større grad av notoritet enn andre.⁴⁸ Graderingen begrunnes i hensynet til praktisk gjennomføring og effektivitet. Som et eksempel vil høyest grad av notoritet sikres gjennom registrering.⁴⁹ Årsaken er at et register ofte er allment og lett tilgjengelig, slik at alle og enhver kan få informasjon om disposisjonen. På andre siden sikres en alminnelig løsøre gjenstand gjennom overlevering, noe som gir lavest grad av notoritet. Dersom hvert eneste formuesgode hadde et rettsregister ville det på ene siden sikret høy grad av notoritet for enhver disposisjon, men på andre siden ville det ført til et svært omfattende og tungvint registerverk.⁵⁰ En slik registerføring ville også underbygget hensynet til effektiv gjennomføring. Derfor finnes det ulike rettsvernsakter for de forskjellige formuesgodene.

Notoritet hindrer debitor i å dikte opp disposisjoner, eller tidspunktet de ble til.⁵¹ Notoritet kan følgelig hindre antedateringer av disposisjoner.⁵² Gjennom å sørge for tilstrekkelig grad av notoritet, kan kreditorene få informasjon om hva som er i debtors eie etter dekningsloven § 2-2, slik at kreditorene kan utlede sin rett fra det.

Hensynet til *publisitet* stiller krav til at juridiske disposisjoner gjøres allmenn tilgjengelige.⁵³ Publisitet skapes ved å tilgjengeliggjøre rettsvernsakten.⁵⁴ På den måten vil rettsvernsakten både sikre notoritet og publisitet. Derfor er det vanlig å se hensynene i sammenheng.

Tilgjengeliggjøringen resulterer i at allmennheten, inkludert kreditorene, kan danne seg synspunkter om når en disposisjon er foretatt, innholdet av den, og hvem den gjelder

⁴⁷ Falkanger/Falkanger (2022) s. 604.

⁴⁸ Salvesen (2021) s. 49 med videre henvisninger.

⁴⁹ Høgetveit Berg (2021) s. 231.

⁵⁰ Bjørn Løveit: *pantsettelse av immaterielle rettigheter*, Universitetsforlaget 1. utgave, Oslo 2021, s. 343.

⁵¹ Kåre Lilleholt: «*Bruk av reelle omsyn i formueretten*», Jussens venner s. 49-60 på s. 53.

⁵² Falkanger/Falkanger (2022) s.604.

⁵³ Falkanger/Falkanger (2022) s. 605 og Salvesen (2021) s. 49.

⁵⁴ Falkanger/Falkanger (2022) s. 608.

overfor.⁵⁵ Kreditorerne kan da på et tidligere stadium få informasjon om rettsstiftelsene, og dermed innstille seg etter rettsforholdene.⁵⁶

Publisitet er av størst betydning der B er en kreditor som skal utlede sine rettigheter fra debitor A.⁵⁷ Gjennom publisitet får kreditor informasjon om debtors aktivum og eventuelle heftelser på dem. For en utleggstaker vil opplysningene om debtors eiendeler være relevant for vurderingen av hvorvidt det skal tas utlegg i et bestemt formuesgode, eller vurdere annen gjeldsfølgning. Et konkursbo kan videre danne seg synspunkter om hvilke formuesgoder som vil inngå i konkursboet, og hvilke formuesgoder som er disponert bort. Informasjonen kan også gi holdepunkter for å vurdere omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5, eller andre regler som kan angripe disposisjoner som er foretatt nær konkurstidspunktet.

Likevel er det viktig at kreditorerne ikke legger for mye vekt på informasjonen som fremkommer av publisitetsakten. Som nevnt ovenfor i punkt 1.4.2 bygger ikke kreditorerne sin rett på legitimasjon. Derfor må kreditorerne være innforstått med at enkelte publiseringer kan være tilsynelatende.

2.3 Hensynene som taler mot vid ulovfestet beslagsadgang

En sentral innvending mot at Høyesterett utvikler rettstilstanden ved å utbrodere vilkårene for kreditorernes beslagsrett, er at en utvidet ulovfestet rett kan svekke medkontrahentens forutsigbarhet. Det vil også skape en usikkerhet omkring disposisjonen mellom debitor og suksessor, der sistnevnte risikerer å tape sin investering dersom debitor blir utsatt for gjeldsfølgning. Høyesterett kan også komme til en konklusjon, som vil endre innholdet inter partes (partenes imellom). Det vil resultere i omjusteringer blant allerede etablerte og fungerende avtaler.

Rettstilstanden kan også gå i retning av at avtaler som er utbredt i næringslivet må tilpasses. For næringslivet er det viktig med disposisjoner som kan sikre og øke kapital. Ved at Høyesterett kommer til et resultat som ikke er gunstig for næringslivet, vil det ha en forulepende effekt. Likevel påpekes det at Stortinget som en lovgivermyndighet også kan

⁵⁵ Falkanger/Falkanger (2022) s. 605.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

komme til motsatt resultat enn det som er til gunst for næringslivet slik at det alltid vil være en mulighet for at næringslivet må tilpasses etter endret rettstilstand.

Dersom Høyesterett foretar for vide endringer i avtaler mellom gjensidig bebyrdende avtaleparter, vil det også resultere i skepsis og tilbakeholdenhet for å inngå avtaler mellom seg.

3 Stiftelsesgrunnlag

Det skal i kapittelet gjøres rede for vilkårene som må være oppfylt for at en disposisjon mellom debitor og hans medkontrahenter skal være beskyttet mot et senere kreditorbeslag fra debtors fordringshavere.

Disse betegnes også som minstevilkår i litteraturen og de må være oppfylt for at suksessor skal ha en beskyttet rett overfor kreditorene.⁵⁸ Vilråene gjelder for ethvert formuesgode. I korte trekk må det eksistere en bindende, gyldig og reell rettighetsstiftelse mellom suksessor og debitor. I tillegg må suksessor sørge for en rettsvernsakt for rettsstiftelsen.⁵⁹

Minstevilkårene er begrunnet i faren for kreditorsvik. Når debitor ikke lenger er økonomisk sterk og innser realiteten av at kreditorene kan ta beslag i det han eier, er det ikke uvanlig at han foretar disposisjoner som tilgodeser andre enn kreditorene. Begrunnelsen kan være at debitor ønsker å sikre eiendelene til «stormen» av gjeldsforfølgningen er forbi. Vanligste måten er gjennom å dikte opp disposisjoner og antedatere dem.⁶⁰ Derfor stilles det krav til minstevilkår overfor avtalepartene og krav om en tydelig rettsvernsakt som skal sikre notoritet. Både minstevilkårene og rettsvernsakten er nødvendige forutsetninger som må være i behold. Det holder dermed ikke å sørge for rettsvernsakten dersom avtalen f.eks. er ugyldig.

Konsekvensen av at en avtale ikke er bindende, gyldig og reell, er at den anses som en proformaavtale. En *proformaavtale* er en ikke-reell avtale mellom avtalepartene se punkt 3.3. Dersom en avtale erklæres proforma i «ut av boet»-konflikter anses det som at den tilsynelatende avtalen ikke har overført formuesgode til suksessor. Da inngår formuesgode fortsatt i debtors formuesmasse og den tilsynelatende avtalen blir tilsidesatt. Dersom saken er i behandling hos Høyesterett, er det rettsinstansen som tilsidesetter avtalen. En innvending

⁵⁸ Høgetveit Berg (2022) s. 265.

⁵⁹ Andænes (2009) s. 156-158 og Salvesen (2021) s. 139.

⁶⁰ Marthinussen (2019) s. 29-30.

mot en vid adgang for å sette til side avtaler er at det skjer på bekostning av suksessorens rett. Derfor bør det vises en viss tilbakeholdenhet til å gjøre dette.

3.1 Rettsstiftelsen mellom debitor og suksessor må være bindende

Det er ikke sjelden at rettsstiftelsen mellom debitor og suksessor har sitt opphav i en avtale. En rettsstiftende avtale kjennetegnes ved at begge partene har kommet til enighet om både ytelsen og motytelsen, samt andre eventuelle heftelser. Avtalen anses bindende etter avtalerettens vilkår, herunder særlig reglene om tilbud og aksept.⁶¹ Det innebærer at en av partene fremsetter et tilbud, som aksepteres av den andre. Hvilke kriterier som må oppfylles for å anse en avtale som bindende, gjennomgås av Høyesterett i Rt. 1985 s. 1265 (s. 1269-1270). Det kommer frem i avgjørelsen at:

«partene ikke hadde drøftet andre sentrale spørsmål enn prisen, at dette må ses som en indikasjon på at partene ennå ikke hadde bundet seg definitivt...således finner jeg det særlig påfallende at så sentrale forhold som betalings- og overtakelsestidspunkter og oppgjørsmåte for øvrig ikke skulle ha vært avklart.»

Høyesterett legger derfor til grunn at de tilfellene en avtale anses som bindende mellom partene må de vesentligste delene i en avtale være avklart. Dersom vesentlige punkter fortsatt gjenstår å avklare, er ikke avtalen mellom partene bindende.

Så langt er det redegjort for hvordan en avtale regnes som bindende mellom debitor og suksessor. På lik linje med debitor, trenger heller ikke kreditorene til debitor å forholde seg til en avtale som ikke har fått en bindende virkning mellom partene. Det er et naturlig utslag av oppfatningen om at begge partene kan trekke seg fra avtalen i all tid mellom avtalen er inngått og frem til endelig binding foreligger.⁶² Det gjelder også i de tilfellene kreditorene trer inn i debitors rettighetsposisjoner. Derfor stilles det krav til en bindende avtale mellom debitor og suksessor for at rettighetene til debitor skal være vernes mot debitors fordringshavere.⁶³

⁶¹ Johan Giertsen: *Avtaler*, Universitetsforlaget, 4. utgave, Oslo 2021 s. 45 – 46 og avtalelovens § 2 flg., Høgetveit Berg (2021) s. 265.

⁶² Rt. 2010 s. 1478 på avsnitt 26.

⁶³ Andænes (2009) s. 242 – 243.

3.2 En gyldig avtale mellom debitor og suksessor

Det andre minstevilkåret innebærer at rettsstiftelsen mellom debitor og medkontrahenten er gyldig. En gyldig avtale minsker sannsynligheten for at en disposisjon skal ha hensikten om å tappe boet for midler. Vilkåret kan ses i sammenheng med dekningsloven § 2-2. Ved en gyldig avtale vil formuesgode i realiteten være i suksessors eie. Motsatt anses debitor likevel som eier hvis det i realiteten ikke forelå en overføring til en tredjeperson. Dermed «tilhører» fortsatt formuesgode debitor etter dekningsloven § 2-2. Når vilkåret i dekningsloven § 2-2 er oppfylt, får kreditorene dekningsrett.

Dersom det mistenkes at rettsstiftelsen er ugyldig, blir det neste spørsmålet hvorvidt kreditorene kan påberope ugyldigheten overfor debtors medkontrahenter. Spørsmålet avgjøres *prejudisielt* av domstolene, altså før behandling av spørsmålet om hvorvidt formuesgode kan beslaglegges av kreditorene.⁶⁴ Det er derfor behov for avklaring av spørsmålet. Selv om konkursboet og utleggstaker utleder rettigheter fra samme bestemmelse, stiller reglene seg noe ulikt for beslagsmåtene.

3.2.1 Kan kreditorene påberope ugyldighet overfor en avtale mellom debitor og en tredjeperson?

Utgangspunktet er felles for all gjeldsforfølgning og går ut på at dersom debtors ugyldighetsinnsigelse er i behold, vil hans kreditorer også kunne påberope disse overfor medkontrahenten. Det er et naturlig utslag av prinsippet om at kreditorene ikke får en større rett enn det debitor selv hadde.

Det følger av konkursloven § 100 at «skyldneren» vil være «uberettiget til å forføye over boets eiendeler, til å ta imot oppfyllelser av boets fordringer eller oppsigelse o.l. på boets vegne, og til å pådra boet forpliktelser» under konkursen jf. første ledd. En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at skyldneren vil miste rådigheten over sine eiendeler, herunder retten til å foreta disposisjoner med etterfølgende rettsvirkninger. Konkursboet trer inn i debtors rettighetsposisjon ved konkursåpningen, og disponerer heretter over eiendelene til debitor. Ordlyden taler i retning av at konkursboet kan påberope ugyldighetsinnsigelsene overfor suksessor ved å tre inn i debtors posisjon.

⁶⁴ Andænes (2009) s. 243.

Det differensieres ikke mellom ugyldighetsinnsigelsene.⁶⁵ Konkursboet vil kunne påberope innsigelsene som er knyttet personlig til debitor.⁶⁶ Som et eksempel kan debitor være tvunget av sin egen datter til å inngå en disposisjon som kan påberopes ugyldig etter avtaleloven § 29. For debitor kan familieforholdet føre til unnvikelse for å fremme innsigelsen, slik at debitor vegrer seg for å gjøre innsigelsen gjeldende. Når konkursboet trer i debitors rettsposisjon og finner det lønnsomt å påberope ugyldigheten etter avtaleloven § 29, vil kreditorene gjøre det umiddelbart. Begrunnelsen er at kreditorene kun har til hensikt å sørge for tilstrekkelig beslagsrett, og tar dermed ikke hensyn til familiære forhold.

Slik som det vises til i punkt 5.3, er konkursåpningen det avgjørende skjæringstidspunktet for når konkursboet kan ta beslag. Fra dette tidspunktet vil boet også kunne påberope innsigelser som debitor i utgangspunktet innehar jf. konkursloven § 72. I henhold til bestemmelsen er dette dagen konkursboet åpnes. Der konkursdebitor har godkjent en ugyldig disposisjon i forkant av konkursåpningen, vil godkjennelsen i utgangspunktet binde boet.⁶⁷ Dette hindrer at ugyldighetsinnsigelsene «vekket til live» etter at konkursboet er åpnet. Dersom boet etter åpning oppdager en avtale som er gjenstand for ugyldighetsinnsigelse, vil omstøtelse etter dekningsloven kapittel 5 være en sikker måte å angripe disposisjonen.⁶⁸ En naturlig konsekvens av at konkursdebitor mister rådigheten over sine eiendeler, er at debitor ikke kan godkjenne ugyldige disposisjoner i etterkant av konkursåpningen med negativ virkning for boet.⁶⁹ Det er dermed på det rene at konkursboet, på lik linje med debitor, kan påberope ugyldighetsinnsigelsene.

For utleggstakeren har det imidlertid vært en noe ulik oppfatning om hvorvidt denne kan gjøre alle ugyldighetsinnsigelser gjeldende. Det stilles herunder et spørsmål om hvorvidt utleggstaker har en eksklusiv rådighet over disse innsigelsene.⁷⁰

Det er et viktig poeng at utleggstaker ikke kan angripe disposisjoner på samme grunnlag som konkursboet kan. Først og fremst er konkursbo et generalbeslag slik at det tas beslag i hele formuesmassen til debitor for å søke dekning for kreditorenes krav. For det andre vil

⁶⁵ Høgetveit Berg (2021) s. 266.

⁶⁶ HR-2018-1265-A avsnitt 84.

⁶⁷ Andænes (2009) s. 243.

⁶⁸ *Opcit.* s. 243.

⁶⁹ Giertsen (2021) s. 193.

⁷⁰ Salvesen (2021) s. 143.

konkursboet kunne påberope omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 samt andre regler som gavesalg mv. som vil sikre dekningsretten til boet.

Skjæringstidspunktet for utleggstakerens beslagsrett påløper fra namsutlegget har fått rettsvern etter panteloven kapittel 5 se punkt 5.3. Selv om det ikke er en lovbestemmelse som uttrykkelig hjemler hvorvidt utleggstaker skal kunne fremme innsigelsene, er det både legitime grunner som taler for og som taler imot denne adgangen.

For det første fremgår det av lov 26 juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) § 7-1 at «*utlegg kan tas i ethvert formuesgode som tilhører saksøkte og som det etter dekningsloven kapittel 2 kan tas beslag i*» jf. annet ledd første setning. Ordlyden gir en direkte henvisning til dekningsloven, og særlig utgangspunktet i § 2-2. Forarbeidene støtter opp om ordlyden se ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 142. Det er derfor på det rene at utleggstakeren også utleder sin dekningsrett fra samme rettsgrunnlag som konkursboet.

Selv om utleggstaker og konkursbo bygger sin dekningsrett på samme rettsgrunnlag, er det ikke uvanlig at det eksisterer ulike regler for beslagsformene. Det er også lagt til grunn av konkursutvalget under utforming av dekningsloven.⁷¹ Begrunnelsen ligger i skillet mellom generalbeslag og enkeltbeslag. Gjennom generalbeslag vil debitor miste rådigheten av hele formuesmassen og også beføyelsene over dem. Ved enkeltbeslag innehar debitor fortsatt noe av rådigheten over formuesgode. Konsekvensbetraktninger taler for at det skal være ulike regler. Et eksempel på regler som differensierer mellom beslagsformene, er omstøtelsesreglene som gir større rett til konkursboet til å omstøte disposisjoner nær konkurstidspunktet se dekningsloven kapittel 5.

For det andre vil debitor, som påpekt i avsnittet over, fortsatt ha rådighet over sine formuesgoder dersom utleggstakeren tar utlegg i en eller flere av disse. Som følge av ulikhetene mellom fellesbeslag og enkeltbeslag, taler systembetraktningene i retning av at utleggstaker ikke skal kunne påberope ugyldighet. Eksempelvis kan det tenkes at det hefter et utlegg på 200 000 kr i en bolig. Boligens totale verdi er på 5 millioner kroner, slik at debitor fortsatt vil ha muligheten til å disponere over de resterende 4,8 millionene. Dersom utleggstaker påberoper ugyldighet på grunnlag av et krav i et formuesgode, kan det bli en

⁷¹ NOU 1972:20 s. 255.

sterk påkjenning for debitor som i realiteten mister rådigheten over sine eiendeler. Siden utlegg ikke er et generalbeslag, eller universalsuksesjon, taler det mot at utleggstaker skal kunne påberope ugyldighet på selvstendig grunnlag.⁷²

Diskusjonen i teorien har sitt utgangspunkt i at ugyldighetsinnsigelsene skal verne avtalepartene og ikke kreditorene (med unntak av proforma).⁷³ Alternativt kan det differensieres mellom ugyldighetsinnsigelsene slik at utleggstakeren kan fremme innsigelsene ved proformaavtaler og ikke ellers. Det er imidlertid ingen grunn til å gjøre forskjell på ugyldighetsinnsigelsene slik som Høgetveit Berg også påpeker.⁷⁴ Som et eksempel kom Høyesterett i HR-2018-1265-A frem til at utleggstaker hadde rett til å ta utlegg i ulovlig utdelte formuesgode, selv om retten til å reise krav etter aksjeloven § 3-7 var tillagt styret (se punkt 3.2.1).⁷⁵ Høyesterett viser til alminnelige beslagsrettslige regler der utgangspunktet om at kreditor utleder sine rettigheter fra debitor, får sitt gjennomslag.

En begrunnelse som taler i retning av at utleggstakeren skal ha adgang til å påberope ugyldighet, er at debitor ofte vil ha en egeninteresse i å unnlate påberopelsen. Disposisjonen kan være fordelaktig for han ved at debitor for eksempel sikrer seg eiendeler til «stormen» av gjeldsforfølgning er forbi. Det vises eksempelvis til HR-2018-1265-A der Høyesterett konkluderer med at hensikten med overføringen av aksjene i IT-selskapet til eneaksjonæren og senere til eneaksjonærens far, var å unndra midler fra kreditorene.

Egeninteressen kan videre begrunnes i årsaken til at debitor ikke ønsker å gjøre innsigelsene gjeldene overfor sine slektninger. En disposisjon som tilgodeser debtors slektninger i motsetning til utleggstakeren, vil være til skade for sistnevnte part. Utleggstakerens beslagsrett vil bli utelukket. Debitor vil derimot tjene på disposisjonen som følge av at sjansene for å fortsatt ha rådighet over sine eiendeler etter gjeldsforfølgningen vil være store. Derfor unnviker debitor ugyldighetsinnsigelsene som følge av at han selv ønsker å unngå utlegg i hans formuesgoder. Kreditorunndragelsesfaren er stor i slike situasjoner, slik at konsekvensbetraktningene taler sterkt i retning av at utleggstaker skal kunne påberope ugyldighet overfor disposisjonen på selvstendig grunnlag.

⁷² Andænes (2009) s. 89.

⁷³ Høgetveit Berg (2021) s. 266.

⁷⁴ *Opcit.* 266.

⁷⁵ HR-2018-1265-A avsnitt 63.

Videre kan en ugyldighetsinnsigelse ha en stigmatiserende effekt overfor debtors avtaleparter. Debtors forretningsrelasjoner kan få negativ effekt som følge av at utleggstaker fremmer innsigelsen om ugyldighet, uten å ta hensyn til om debitor selv ville påberopt dette. Det vises til eksempelet ovenfor om en avtale som kan angripes av avtalelovens § 29. I utgangspunktet er det kun avtalepartene som kan fremme ugyldighetsinnsigelse etter avtalelovens regler, siden disse bestemmelsene fungerer som sikkerhetsventil for dem jf. avtalelovens system.⁷⁶ Selv om debitor ønsker å påberope avtalen ugyldig, vil det være en høyere terskel for ham å gjøre dette. Det begrunnes i faren for endt forretningsarbeid, og dårlige relasjoner til medkontrahenten som går ut over den eksisterende avtalen. For utleggstaker vil det derimot ikke være et tiltak å påberope ugyldighet. Det begrunnes i at størst mulig dekningsrett i debtors formuesgoder er ønskelig for kreditorene, uten hensyn til debtors medkontrahenter. Hensynet til fremtidige forretningsrelasjoner taler mot å gi utleggstaker en rett til å påberope ugyldighet på selvstendig grunnlag.

Et argument kan være at dersom utleggstaker risikerer en svakere stilling gjennom utlegg, så kan han heller begjære konkurs i felleskap med andre kreditorer. Argumentet er imidlertid svakt som følge av at det ikke alltid er et alternativ å slå debitor konkurs. Hvorvidt konkursbo åpnes, er et spørsmål om hvorvidt vilkårene om insolvent debitor i konkursloven § 60 jf. § 61 er oppfylt. Dersom debitor ikke oppfyller vilkåret til insolvens, vil konkurs være utelukket. Utlegg og konkursbeslag er ikke likestilte alternativer. Derfor får ikke argumentet gjennomslag.

Et argument som løftes opp imot at utleggstaker skal kunne påberope ugyldighet, i motsetning til konkursbeslag, er at debitor fortsatt har eierrådigheten over formuesgodene i behold. Dersom utleggstaker skal kunne påberope ugyldighet vil det gå på bekostning av debtors selvbestemmelsesrett. Den reelle konflikten står imidlertid mellom utleggstakeren og medkontrahenten til debitor, slik at debitor ikke vil bli påvirket av de rettsvirkningene som oppstår. Det er derfor problematisk at debtors selvbestemmelsesrett skal få innslag her. Slikt vil ikke dette tillegges stor betydning.

Følgelig er det flere gode grunner for at utleggstakeren skal kunne påberope ugyldighet. Først og fremst vil faren for kreditorsvik tale sterkt i denne retningen. Videre taler

⁷⁶ Salvesen (2021) s. 145.

systembetraktningene for at det ikke skal differensieres mellom beslagsmåtene ved ugyldighetsinnsigelsene.

Spørsmålet har vært oppe til behandling i HR-2018-1265-A, og herunder skal domspremissene vurderes.

3.2.2 Kan utleggstakeren påberope ugyldighet etter HR-2018-1265-A?

Saken gjaldt selskapet Sebastian Holdings Inc., (heretter Sebastian Holdings), som ved tvangskraftig dom ble dømt til å betale et betydelig beløp til Deutsche bank. Kort tid etter at kravet ble fremsatt, ble aksjene i et norsk IT-selskap overført til selskapets norske eneeier, og videre til eneeierens far. Avgjørelsen gjaldt ulovlig utdeling av aksjer etter aksjeloven av 1997 § 3-7. Bestemmelsen gir uttrykk for at der det har skjedd en «*utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven, skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt*» jf. første ledd første setning. En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at kravet skal kunne fremmes av selskapet. Høyesterett viser også til dette.⁷⁷ Hvem som eventuelt kan påberope ugyldighet, er imidlertid ikke relevant for spørsmålet om hvem som kan beslaglegge det ulovlig utdelte formuesgode. Det førstnevnte spørsmålet var derfor ikke relevant i behandlingen.⁷⁸

Det ble derfor vurdert om hvorvidt enkeltforfølgende kreditor kunne ta utlegg i formuesgoder som er ulovlig utdelt fra et aksjeselskap.⁷⁹ Som et ledd i denne vurderingen tok Høyesterett stilling til hvorvidt en utleggstaker kunne påberope ugyldighet, til tross for at utleggsdebitor ikke gjorde det.

Avgjørelsen er en kjennelse og ikke en dom. Kjennelser har i utgangspunktet begrenset prejudikatsverdi.⁸⁰ Begrunnelsen for dette er at ankeutvalget kun settes med tre dommere, i stedet for fem slik det gjøres i Høyesteretts avdeling. I tillegg blir dommen skrevet kortfattet og drøftelsene er heller ikke gjennomgående behandlet. Selv om HR-2018-1265-A er en kjennelse, skiller den seg fra andre kjennelser. Dommen er skrevet på grundigere måte ved at Høyesterett har forsøkt å avklare rettstilstanden om proforma. Avgjørelsen inneholder også *obiter dicta*-uttalelser. Det trekker i retning av at avgjørelsen bygger på en grundig behandling

⁷⁷ HR-2018-1265-A avsnitt 63.

⁷⁸ HR-2018-1265-A avsnitt 63.

⁷⁹ HR-2018-1265-A 1. avsnitt.

⁸⁰ Skoghøy (2018) s. 145 – 146.

av rettsspørsmålene som ble reist. Et obiter dictum omtales også som en «sidebemerkning» som ikke har betydning for vurderingen i den konkrete saken, men som likevel blir uttalt av domstolen.⁸¹ Samlet sett gir det kjennelsen en sterkere gjennomslagskraft, og følgelig også en større prejudikatsverdi.

Høyesterett vurderte hvorvidt en ulovlig utdeling til en tredjeperson fortsatt skal være «ansett som å tilhøre debitor i tvangsfullbyrdelsesloven og dekningslovens forstand» jf. avsnitt 58. At utdelingen fra eneaksjonæren til faren anses som ugyldig av Høyesterett, vil resultere i at domstolen stiller strengere krav for debitor til å overføre aksjer innad i selskaper og blant nære slektninger. Det kan styrke beslagsretten til kreditorene, på bekostning av debitors ønske om å ha mest mulig råderett over sine formuesgoder på beslagstidspunktet og etter at gjeldsforfølgningen er over. At debitor mister noe av rådigheten over sine formuesgoder kan likevel ikke trumfe i en situasjon der faren for kreditorsvik er høy. Kreditorenes rett vil få større gjennomslag her.

Ved undersøkelsen av hvorvidt debitor fortsatt anses som den rette eieren av formuesgode, fremheves det at juridisk teori er til støtte for dette jf. avsnitt 59. Som nevnt utleder kreditorene sin rett av debitor. Andænes argumenterer for at det ikke skal gjøres forskjell blant kreditorene, og heller ikke blant ugyldighetsinnsigelsene.⁸² Høgetveit Berg synes også å bygge argumentasjonen på utgangspunktet i dekningsloven § 2-2 og særlig ordlyden av «tilhører».⁸³ Dersom disposisjonen har til hensikt å være proforma, tilsier de underliggende forhold at debitor fortsatt er eier av formuesgode. Hauge synes videre å legge til grunn den betraktningen at det vil være inkonsekvent å konkludere med at formuesgode «tilhører» debitor ved konkurs, men ikke ved utlegg.⁸⁴

På den andre siden viser Høyesterett til lagmannsrettens uttalelse om oppgjørstekniske problemer som oppstår dersom en kreditor kan ta utlegg i et formuesgode som det knytter seg motytelser til.⁸⁵ Høyesterett så bort fra hensynene som følge av at regelverket ellers ikke er til

⁸¹ Skoghøy (2018) 108.

⁸² Andænes (2009) 243.

⁸³ Høgetveit Berg (2021) s. 267.

⁸⁴ Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, Universitetsforlaget, Oslo, 2009 s. 331-332.

⁸⁵ HR-2018-1265-A avsnitt 60.

hinder for å ta utlegg i gjensidig bebyrdende avtaler jf. samme avsnitt. Det ville derfor være inkonsekvent om oppgjørstekniske hensynene skulle tillegges stor betydning i beslagsretten.

Hva disse oppgjørstekniske problemene går ut på, er ikke nærmere presisert. Årsaken er at uttalelsen anses som et obiter dictum jf. avsnitt 60, som følge av at det i denne saken uansett gjaldt en ensidig bebyrdende avtale. Prejudikatsvirkningen av uttalelsen blir derfor uklar, og selv om obiter dictum- uttalelser kan være svært gjennomtenkte, fremstår det ikke slikt i denne avgjørelsen.

En forklaring av hensynene kan være den som fremheves av Hilde Hauge, om at i en gjensidig bebyrdende avtale vil suksessor få et tilbakebetalingskrav der det reises en ugyldighetsinnsigelse.⁸⁶ Dette vil resultere i et rollebytte mellom utleggstaker og suksessor. Sistnevnte part vil da få et usikret krav sikret, mens utleggstakerens sikrede fordring blir en utleggspant. På den måten vil utleggstaker tre inn i suksessorens rett. Et slikt rollebytte kan tenkes å være legitimt der suksessor ikke har opprettet kreditorvern gjennom en sikringsakt slik at hans rett blir ekstingvert. Dette begrunnes i prinsippet om først i tid, best i rett. I tillegg taler hensynet til notoritet og publisitet for ekstinksjon. Det er uklart hvorvidt dette gjelder for enhver ugyldighetsinnsigelse, og Høyesterett har heller ikke tatt nærmere stilling til dette. Som det fremheves i teorien, og som nevnt tidligere er det ingen grunn til å differensiere mellom ugyldighetsinnsigelsene.⁸⁷ Det er også fremhevet av Høgetveit berg at dersom oppgjørstekniske hensyn blir fremmet vil det stenge for flere beslag.

Et annet viktig poeng er at et utlegg fører til omfordeling mellom kreditorene, til ulempe for andre kreditorer. Det gir holdepunkter for at reglene skal kunne praktiseres likt i den grad det er mulig.

Høyesterett avfeide uttalelsen til lagmannsretten om hvem som kunne forfølge et krav om tilbakeføring av aksjer etter aksjelovens § 3-7. Høyesterett uttalte at denne vurderingen er en annen enn spørsmålet om hvem som kan ta beslag i ulovlig utdelte midler Det sistnevnte spørsmålet, som var gjenstand for behandling i avgjørelsen, ble vurdert etter «*alminnelige beslagsrettslige regler*».⁸⁸ Det er dermed ikke hensiktsmessig å ta stilling til rettssubjektet

⁸⁶ Hilde Hauge «*Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*», Universitetsforlaget, 1. utgave Oslo 2009, s. 331-332.

⁸⁷ Høgetveit Berg (2021) s. 268.

⁸⁸ HR-2018-1265-A avsnitt 63.

som kan forfølge et krav etter aksjeloven § 3-7. Det sentrale er at § 3-7 er et supplement til omstøtelsesreglene i kapittel 5. Bestemmelsen ivaretar dermed ikke bare partenes interesser, men også interessene til en tredjemann som f.eks. minoritetsaksjeeier eller aksjeselskapets kreditorer.⁸⁹

Høyesterett gjør rede i dommen for at det ikke kan være avgjørende om hvorvidt debitor alene kan påberope ugyldighetsinnsigelsene overfor tredjeperson.⁹⁰ Høyesterett avfeiet dette som et relevant argument som følge av at konflikten sto mellom tredjeperson og enkeltforfølgende kreditor. Derfor tillegges ikke debtors selvbestemmelsesrett stor vekt. Andenæs har også argumentert for at det vanskelig kan tenkes at debtors selvbestemmelsesrett vil trumfe i et tilfelle der den reelle konflikten står mellom den enkeltforfølgende kreditor og suksessor.⁹¹ Siden faren for kreditorsvik er høy i slike tilfeller, må reglene søke etter å verne kreditorene.

Høyesterett uttalte at dersom det *«ikke kan tas utlegg med mindre debitor gjør ugyldigheten gjeldende, er jo alternativet til utlegg at formuesgode forblir hos tredjeperson»*.⁹² Uttalelsen fremstår som tvetydig. På den ene siden kan uttalelsen forstås slik at Høyesterett sikter mot ulovlig utdeling av aksjer etter aksjelovens § 3-7, og at disse tilfellene gir grunnlag for å gjøre ugyldighetsinnsigelsen gjeldende. Dette begrunnes i Høyesterett uttalelse om at konflikten *«står her»* mellom utleggstaker og tredjeperson. På den andre siden er det ingen grunn til å gjøre en forskjell mellom de ulike ugyldighetsinnsigelsene. Dersom det skulle vært tilfelle måtte Høyesterett i så fall gitt tydeligere uttrykk for det. Det er dermed nærliggende å forstå uttalelsen som at den gjelder generelt for alle ugyldighetsinnsigelser. Høgetveit Berg har den samme forståelsen av uttalelsen, som begrunner det i både retts tekniske hensyn og konsekvenshensynene.⁹³ Reglene skal sørge for å verne mot svikaktige disposisjoner, og gjelder dermed alle ugyldighetsinnsigelser.

Uttalelsen ovenfor gir også holdepunkter for at ugyldige disposisjoner kan angripes gjennom få måter dersom utleggstakeren ikke kan gjøre innsigelsen gjeldende på selvstendig grunnlag. I en slik situasjon vil beslagsretten til enkeltforfølgende kreditor være begrenset. Likevel kan ikke beslagsretten utelukkende begrunnes i at kreditorenes dekningsgrunnlag vil bli styrket. I

⁸⁹ Tore Bråthen: *Selskapsrett*, Gyldendal akademisk, 6. utgave, Oslo 2021, s. 238.

⁹⁰ HR-2018-1265-A avsnitt 61.

⁹¹ Andenæs (2009) s. 242-243.

⁹² HR-2018-1265-A avsnitt 61.

⁹³ Høgetveit Berg (2021) s. 267.

slike tilfeller er kreditorunndragelsesfaren stor, noe som taler sterkt for at kreditorene skal kunne påberope ugyldighet. Faren for kreditorsvik og omgåelse av regelverket gir videre holdepunkter for at utleggstaker skal kunne påberope dette overfor suksessoren. Det er også uheldig om ugyldige avtaler sto utørt slik at det ga innpass for debitor til å unndra midler fra kreditorene. Ikke minst ville det vært uheldig i næringslivet. Dette taler samlet sett for at det skal være en likestilt adgang for utleggstaker og konkursbo til å kunne påberope ugyldighet overfor ugyldige disposisjoner.

Uttalelsen kan videre forstås som at de preseptoriske reglene i beslagsretten blir underbygget.⁹⁴ Dekningsloven § 2-2 gjelder som en absolutt regel, slik at avtalepartene for eksempel ikke kan avtale seg bort fra det. Konsekvenshensynene taler derfor klart for at praktiseringen også skal sørge for å etterleve reglene på den måten at de fremstår som absolutte. Det vil også være svært uheldig dersom debtors selvbestemmelsesrett skulle trumfe i en konflikt mellom kreditorene og suksessor.⁹⁵

Det er følgelig gode grunner for at utleggstaker skal kunne påberope ugyldighet overfor avtaledisposisjoner på selvstendig grunnlag.

3.3 Rettighetsstiftelsen må være reell

En rettighetsoverdragelse må videre være reell og ikke heftet av proforma. Begrepet *proforma* er ikke entydig definert. Høgetveit Berg forklarer en proformaavtale som en inngått avtale om overføring som i realiteten ikke skal binde partene etter sin ordlyd.⁹⁶ Målet med avtalen er at den skal kunne gjøres gjeldende overfor en eventuell tredjemann. I tillegg kjennetegnes avtalen ved at en eller begge partene blir sikret visse fordeler. Eksempelvis ble det sannsynliggjort at overføring av aksjene i IT-selskapet i HR-2018-1265-A tok sikre på å unndra midler for dekning av kreditorenes krav, slik at det ga fordel til eneaksjonæren og hans far. Fordelen kan bl.a. være at aksjene tilbakeføres til selskapet når gjeldsforfølgningen er over.

Regelen om proforma kan ses i sammenheng med dekningsloven § 2-2. Dersom avtalen mellom debitor og erverver av formuesgode er tilsynelatende, og dermed ugyldig, vil

⁹⁴ Høgetveit Berg (2021) s. 267.

⁹⁵ Etter omstendighetene kan slik begrunnelse også stå i et spenningsforhold til EMK P1-1, som ikke er gjenstand for behandling i denne avhandlingen se Salvesen: (2021) s. 149.

⁹⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 205.

formuesgode automatisk bli tilbakeført til debitors formue, slik at kreditorene kan ta beslag i det. Dersom avtalen imidlertid er reell, vil beslagsretten falle bort. Det er likevel ikke alltid like enkelt å vurdere hva som er avtalt reelt og ikke. Den nærmere grensedragningen for hvorvidt en disposisjon er proforma, fremgår ikke av lov.

Reglene om proforma er i stor grad utviklet i rettspraksis. Proforma er blant annet lovfestet i avtaleloven av 1908 § 34, men denne bestemmelsen er ikke en del av denne avhandlingen. Utover dette finnes det sparsomt med rettskilder.

Proforma i beslagsretten kan tenkes å være aktuelt i to konfliktsituasjoner.⁹⁷ Det er først og fremst de tilfellene der proformaerhververs kreditorer ønsker å ta beslag i et formuesgode som er overdratt fra eieren. Konflikten kalles en «inn i boet» - konflikt. Formuesgode vil da være på vei inn til konkursboet, og i slike situasjoner er faren for kreditorsvik lav.

Avhandlingen er derfor avgrenset mot denne.

Den andre konfliktsituasjonen er behandlet i denne masteroppgaven, nemlig «ut av boet»-konfliktene. Eierens kreditorer ønsker å ta beslag i et formuesgode som er disponert bort gjennom en proformaavtale. Debitors formuesmasse blir forringet, slik at kreditorenes motiveres til å kreve en tilbakeføring av formuesgode. Konfliktene ligner typisk på suksessjonskonflikter hvor både suksessor S og kreditor B utleder sin rett fra debitor.

Dersom det kan sannsynliggjøres at transaksjonen har vært proforma gjort, vil kreditorene få hjemmel til å beslaglegge formuesgode etter dekningsloven § 2-2. Det begrunnes i at debitor anses som reell eier etter det underliggende forholdet. Faren for kreditorsvik er svært høy i slike situasjoner.⁹⁸

Det har i lang tid gjennom litteratur og i Høyesterettsavgjørelser vært sondret mellom subjektiv og objektiv proforma. Med *subjektiv* proforma er hensikten å komme frem til hva partene har ment med disposisjonen, og hvilke rettsvirkninger som skal tillegges dem.⁹⁹ Derimot går *objektiv* proforma ut på at disposisjonen skal ses gjennom objektive holdepunkter slik at den vurderes gjennom en helhetsvurdering der momenter som «*graden av formell gjennomføring, mulig motiv for proforma, evt. fravær av andre motiver fra transaksjonen*» er

⁹⁷ Salvesen (2021) s. 133-134.

⁹⁸ Høgetveit Berg: «*proforma i beslagsretten*» s. 205, Marthinussen: (2019) s. 171 (petit).

⁹⁹ HR-2018-1265-A avsnitt 73.

relevante.¹⁰⁰ I den objektive vurderingen vil partenes mening med disposisjonene og disposisjonens virkning inter partes utgjøre en del av en større helhetsvurdering.¹⁰¹

3.3.1 Proforma i lys av HR-2018-1265-A

Det vises til saksforholdet som nevnt i punkt 3.2.1. I forbindelse med proformadrøftelsen reiste Høyesterett to spørsmål, herunder hvorvidt det eksisterer en subjektiv eller objektiv proformaregel i norsk rett og rettsvalgsspørsmålet. Det første spørsmålet skal vurderes herunder. Høyesterett undersøkte hvorvidt det eksisterer en subjektiv eller en objektiv proformaregel i rettspraksis, lovforarbeid, reelle hensyn og litteratur, men kom frem til at «*de beste grunner taler for en objektiv tilnærming*» jf. avsnitt 85. Likevel bemerket domstolen at sontringen kun vil komme på «*spissen der en subjektiv tilnærming fører til at transaksjonen anses som reell, mens en objektiv vurdering ville ha ført til motsatt resultat*» jf. avsnitt 79. Derfor har den konkrete situasjonen blitt tillagt betydning tidligere.

Høyesterett ga uttrykk for at proformaregelen kan utledes direkte av dekningsloven § 2-2 jf. avsnitt 68. Det er nettopp synspunktet om at dersom formuesgode i realiteten ikke er overført, så tilhører det fortsatt debitor, som er begrunnelsen for denne tolkningen. Kreditorenes dekningsrett kan bli forringet dersom disposisjonen ikke blir oppdaget. Da vil faren for kreditorsvik være stor.

Samtidig som at regelen utledes av dekningsloven § 2-2, uttalte Høyesterett at proforma er en ugyldighetsgrunn jf. avsnitt 70. Det fremstår som uriktig forståelse å både omtale proformaregelen som en ugyldighetsregel, og å utlede den av dekningsloven § 2-2. Sistnevnte bestemmelse hjemler ikke avtalerettslig ugyldighet. Salvesen uttaler også at det dermed blir lite treffende å omtale proforma som en ugyldighetsgrunn.¹⁰² På ene siden fremstår begrunnelsen til Salvesen som legitim. På andre siden viser Høyesterett til tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 jf. kapittel 2, og den naturlige rettsvirkningen av at formuesgode «tilhører» debitor etter de underliggende forhold. At proformaregelen «*gjørne*» omtales som ugyldighetsgrunn, utelukker ikke at proformaregelen kan utløse rettsvirkninger på andre rettsområder.

¹⁰⁰ Hr-2018-1265-A avsnitt 73.

¹⁰¹ HR-2018-1265-A avsnitt 81.

¹⁰² Salvesen (2021) s. 156 med videre henvisninger.

I avsnitt 85 tas det forbehold mot ektepakter jf. at «*ektepakter er ... et særtifelle*». Uttalelsen er uklar, men må ses i sammenheng med rettsvirkningene til en ektepakt. I utgangspunktet regulerer ektepakten rettsstillingen ekteparet imellom, noe som legitimerer at det anvendes subjektiv proformaregel. Ektepakten vil også ha en begrenset betydning overfor tredjepersoner, slik at det ikke skal være grunn til å anvende objektiv proformaregel overfor disse jf. avsnitt 83. Proforma som ugyldighetsgrunn står i en særstilling som følge av at beskytter tredjemannens interesser. Det er nødvendig med objektiv proformaregel i slike situasjoner.

Videre begrunnes Høyesteretts tilslutning til en objektiv tilnærming i at partenes mening alltid kan endre seg med tiden slik at det kan bli problematisk å påpeke «*hva partene 'egentlig' har ment*» i senere tid jf. avsnitt 82. I tillegg kan det tenkes at partene tviholder på den tilsynelatende avtalen, og nekter at disposisjonen ble til for å forringe boet. Senere kan nettopp denne intensjonen få et gjennomslag og gi debitor visse fordeler. Gjennom en objektiv proformaregel vil man hindre en slik mulighet til å overgå kreditorene.

Lagmannsretten uttalte at ingen av momentene i helhetsvurderingen har en «*avgjørende betydning*» jf. avsnitt 88. Høyesterett påpekte at uttalelsen kun er riktig i den forstand at «*ingen av dem i seg selv er tilstrekkelig til å fastslå proforma*» jf. avsnitt 89. I en helhetsvurdering derimot, vil noen av momentene være utslagsgivende, mens andre er mer passive. Samlet sett uttalte Høyesterett at; «*lagmannsrettens kjennelse bygger på en feilaktig generell forståelse av proformaregelen*» jf. avsnitt 99. Lagmannsretten la for mye vekt på det subjektive elementet, noe Høyesterett mente var et element som inngikk i en større helhetsvurdering jf. avsnitt 89.

Høyesterett påpekte også at kreditorunndragelsesfaren alene ikke kunne begrunne at en avtale er proforma. Likevel støttet ikke Høyesterett lagmannsrettens uttalelse om at hensynet til kreditorunndragelse «*ikke i seg selv (er) et indisium*» jf. avsnitt 93. Lagmannsretten synes å gjøre et forsøk på å uttale at hensynet i seg selv ikke kan sette avtaler til side.

Kreditorunndragelsesfaren vil derimot utgjøre et viktig moment i helhetsvurderingen som følge av at proformareglene sikrer tredjepersonenes rett. Det er dermed nødvendig å f.eks. undersøke om transaksjonen ikke sto nær et beslag slik som Høyesterett også påpekte i avsnittet. Videre er det av betydning hvorvidt debitor har en hensikt om å sikre seg mot et fremtidig beslag. I det tilfellet vil det være høyere terskel for å konstatere proforma da det er

uklart om debitor ville blitt utsatt for kreditorpågang eller ikke. Er det nærhet i tid mellom kreditorbeslag og proformatransaksjonen vil det gi en lavere terskel for å erklære proforma.

Høyesterett opphevet følgelig lagmannsrettens avgjørelse som tilsa at transaksjonen ikke var proforma, men heller reell. At Høyesterett griper inn i en disposisjon mellom avtalepartene har den virkning at avtalepartene får en mer uforutsigbar situasjon. En innvending mot dette er at dersom aksjene er ulovlig utdelt fra et aksjeselskap kan det alltid stilles krav til tilbakeføring av aksjene til selskapet etter aksjeloven § 3-7. Det vil dermed ikke være uforutsigbart som følge av at partene alltid vil være oppmerksom på denne muligheten. At lagmannsretten har bygget sin lovforståelse på at krav etter aksjeloven § 3-7 kan reises av styret i aksjeselskapet isolert, bygger på en uriktig lovforståelse og skal ikke vektlegges. Derfor kan det ikke tillegges særlig vekt at partene får en uforutsigbar posisjon.

Høyesterett stiller også strenge krav til at debitor skal kunne inngå avtaler med nære slektninger og andre han har gode forretningsrelasjoner med. Det fører til at debitor får færre muligheter til å kontrollere sin økonomi etter en kreditorpågang. Derimot får kreditorene en styrket beslagsrett. På ene siden får medkontrahenten svakere rettigheter der han har ytet noe tilbake til debitor som ledd i proformaavtalen. På andre siden vil han uansett få et tilbakeføringskrav mot debitor dersom formuesgode overføres tilbake til ham slik at kreditorene kan ta beslag. Medkontrahenten vil dermed ikke være like forulempet. I tillegg vil det heller ikke være av stor betydning at den reelle hensikten med en proformaavtale blir oppdaget, som følge av at partene alltid vil være klar over denne muligheten.

4 Spesialitetsprinsippet

Som nevnt ovenfor må formuesgode som er disponert mellom debitor og hans medkontrahent også være tilstrekkelig identifisert. Spesialitetsprinsippet ses i sammenheng med etablering av rettsvern se punkt 5, da spesialitetsprinsippet sørger for identifikasjon av formuesgode som blir sikret gjennom rettsvernsakt.

Det eksisterer et spesialitetsprinsipp i norsk rett.¹⁰³ Prinsippet er ikke lovfestet, men kommer til synet gjennom grunnleggende vilkår for eiendomsretten.¹⁰⁴ Innholdet i det går ut på at et

¹⁰³ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 40-41, Hilde Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern*, Fagbokforlaget, 1. utgave, Oslo 2016 s. 63-64, Salvesen (2021) s. 142.

¹⁰⁴ Høgetveit Berg (2021 pkt. 13.1, Jo Ørjaseter «foreldelse, ugyldighet, vindikasjon», Jussens venner 119-149 s. 141-142.

formuesgode må være tilstrekkelig identifisert og spesifisert for at suksessor skal anses å ha en *separatistrett*.¹⁰⁵ Å ha separatistrett innebærer at formuesgode i sin helhet blir utlevert til parten, i motsetning til et dividendekrav gjennom konkurs.¹⁰⁶ Spesialitetsprinsippet er derfor en nødvendig forutsetning for å hindre kreditorene i å ta beslag i det bestemte formuesgodet. Begrunnelsen er at suksessoren får en prioritert stilling på bekostning av debitors øvrige kreditorer, og derfor bør det kun skje der det er mulig å identifisere formuesgode. Alternativt vil manglende spesifisering være til ulempe for kreditorene og være en usikkerhet for suksessoren. Dersom det ikke ville vært et identifiserbart formuesgode kan det tenkes flere tvister enn oppklaringer i beslagsretten.

Prinsippet har sitt gjennomslag i en rekke regler deriblant det panterettslige spesialitetsprinsippet. Videre kan prinsippet forstås som en naturlig konsekvens eller videreføring av forbudet mot generalpant. Forbudet innebærer at det ikke kan stiftes pant på hele formuen til en debitor jf. lov om pant (panteloven) av 1980 § 1-3. Det stilles derfor et krav om individualisering av pantegjenstanden(e). Prinsippet får også utslag gjennom at det stilles et krav om at pantekravet må inneholde det høyeste beløpet for at pantet skal få rettsvern.

Spesialitetsprinsippet har også fått sitt utslag i reglene om realregistrering av formuesgode, herunder tinglysning se tinglysningsloven § 12. Individualisering er et krav for å etablere rettsvern for fast eiendom, og annet realregistrerbart løsøre. Prinsippet blir ivarettatt ved at suksessor gjennomfører registrering i grunnboken der faste eiendommer blir identifisert som egne matrikkelenheter.¹⁰⁷ Slik vil både kravet om individualisering og klar identifisering bli ivarettatt.

Prinsippet har i tillegg fått utslag i vilkåret til individualisering av løsøregjenstander. På samme måte som at fast eiendom krever tinglysning i grunnboken, vil suksessor kunne få vern mot kreditorene dersom en løsøregjenstand er overlevert til riktig eier. Der formuesgode er identifisert vil det ikke være mulig for kreditorene å ta beslag. Dersom rettsvernet ikke identifiserer formuesgode, får suksessor i utgangspunktet kun en fordring på en ytelse.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Salvesen (2021) s. 162.

¹⁰⁶ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 40 og Høgetveit Berg (2021) s. 57.

¹⁰⁷ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 268 og Skoghøy: *Panterett* s. 142.

¹⁰⁸ Peter Mortensen: *Indledning til tingsretten: tredjemannskonflikter vedrørende løsøre*, Karnov Group Denmark, 2009 s. 83 og 225-226.

Særlig viktig er spesialitetsprinsippet for generiske løsøregjenstander som ikke er lett å identifisere. Dersom rettsvernskravet ikke spesifiserer formuesgode, anses ikke minstevilkårene å være oppfylt slik at kreditorene får rett til beslag over formuesgode.¹⁰⁹

5 Rettsvern

I tilfelle kreditorene ønsker å beslaglegge løsøre som er i debitors eie, er det ikke uvanlig at kreditorene blir møtt med innvendinger om at løsøre er solgt eller på annen måte disponert bort. Innsigelsene kommer som et ledd i begrunnelsen om at debitor ikke lenger er eier av formuesgode. Det stilles derfor et krav til at medkontrahenten må sørge for en tydelig rettsvernsakt for at disposisjonen skal være notorisk jf. punkt 2.2.

Som nevnt flere ganger i avhandlingen supplerer rettsvernsreglene dekningsloven § 2-2. Derfor stilles det et spørsmål om suksessor har rettsvern for sin rettighet, som et ledd i spørsmålet om kreditorene kan ta beslag. Dersom suksessor ikke har sikret rettsvern før kreditorene søker dekning i formuesgode, vil den konkurrerende rettigheten til suksessor bortfalle. Dette kalles for *kreditorekstinksjon* som er en selvstendig ervervsform.¹¹⁰ Gjennom ekstinksjon vil kreditorene i realiteten få en bedre posisjon enn det debitor hadde.¹¹¹ Derfor betegnes dette som et unntak fra utgangspunktet om først i tid, best i rett. Unntaket skyldes at dersom den yngste rettigheten er sikret gjennom en rettsvernsakt og den eldre ikke er det, vil den yngste rettigheten ekstingvere eldre rettsverv.

Rettsvernsreglernes aktualitet ved «ut av boet» - konflikter er omtalt i HR-2021-2248-A der førstvoterende uttalte at: «*spørsmål om erververens vern mot skyldnerens kreditorer for formuesgoder på vei ut fra skyldnerens sfære må i dag løses på grunnlag av rettsvernsreglene*».¹¹² Derfor er rettsvernsreglene nødvendige for å kunne dra grensene mellom det som tilhører debitor og som er gjenstand for kreditorenes beslagsrett opp mot det som tilhører en tredjeperson.

¹⁰⁹ Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 40-41 og s. 268, Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 64 og Sjur Brækhus og Axel hærem: *Norsk tingsrett*, Universitetsforlaget, Oslo 1964 s. 513-517.

¹¹⁰ Falkanger/Falkanger (2022) s. 63.

¹¹¹ Mortensen (2009) s. 84, Falkanger/Falkanger (2022) s. 63, Lilleholt: *Allmenn formuerett*, s. 26 og Marthinussen (2019) s. 30 (petit).

¹¹² HR-2021-2248-A avsnitt 48.

Det skal i det følgende redegjøres for rettsvernsakten for pant og annet erverv i alminnelig løsøre.

5.1 Registrering av panterettigheter i løsøre

Hensikten med pantsettelse er som hovedregel at pantsetteren fortsatt skal inneha rådigheten over formuesgode, mot at pantsettingen utløser kapital.¹¹³ Begrunnelsen for at innehaveren av pantet finner det ønskelig å ha rådigheten over pantegjenstanden, er som en sikkerhet for pantekravet.¹¹⁴ Det fører til et større behov for registrering av panterettigheten.

Rettsvernsakten vil både sikre notoritet og publisitet, slik at panthaveren er sikret, og at pantsetterens behov blir ivaretatt.

Reglene for rettsvern av alminnelig løsøre finnes i panteloven av 1980 kapittel 3 om pantsettelse for henholdsvis driftstilbehør og varelager. Rettsvernsakten fremgår av panteloven §§ 3-6 og 3-12. Det følger av bestemmelsen § 3-6 at *«panterett i driftstilbehør ... får rettsvern ved tinglysning på eierens eller den bruksberettigedes blad i Løsøreregisteret»*. En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at rettsvernsakten sikres gjennom registrering. Kjennetegnet på driftstilbehør er at det er selve formuesmassen som regnes som ett formuesgode.¹¹⁵ Pantet i driftstilbehøret vil dermed være en samling av ulike formuesgoder som kalles et driftstilbehør. § 3-12 er en henvisning til § 3-6 slik at varelagerpantet også sikres gjennom registrering i Løsøreregisteret. Et synonym til driftstilbehør og varelagerpant er også tingsinnbegrepspant, som er et mer presist begrep.¹¹⁶

Som nevnt er rettsvernsakten tinglysning på eierens eller bruksberettigedes blad i Løsøreregisteret jf. panteloven § 3-6 og § 3-12 første ledd. I motsetning til et overleveringskrav vil registrering i Løsøreregisteret på eierens navn, sikre høy grad av notoritet og publisitet.¹¹⁷ Registreringen vil si noe om tidspunktet, hvordan disposisjonen ble til, beløpet på pantet og hva disposisjonen gjelder.¹¹⁸ Bestemmelsen verner først og fremst panteretten mot beslag fra kreditorene jf. § 1-2 fjerde ledd. Denne bestemmelsen forstås som

¹¹³ Høgetveit Berg (2021) s. 385.

¹¹⁴ *Opcit.*

¹¹⁵ Skoghøy: *Panterett* s. 21 og Høgetveit Berg (2021) punkt 22.3.

¹¹⁶ Skoghøy: *Panterett* s. 74.

¹¹⁷ Skoghøy: *Panterett* s. 195.

¹¹⁸ Høgetveit Berg (2021) s. 385.

at dersom rettsvernsreglene skal tre i kraft overfor godtroervervsloven, kreves det en tydelig hjemmel for det jf. ordlyden i panteloven § 1-2 fjerde ledd.

Driftstilbehøret eller varelagerpantet får ikke en statisk karakter ved at det som i utgangspunktet inngikk i pantet, er det samme som er pantsatt gjennom hele panteperioden. Det er innforstått etter pantelovens §§ 3-7 første ledd og 3-13 første ledd at pantsetter fortsatt har rådigheten over de enkelte formuesgodene som inngår i tingsinnbegrepspantet. Slik får pantsetteren adgang til å redusere og øke omfanget av pantet samt at varene kan selges og skiftes ut jf. §§ 3-7 første ledd og 3-13. Tingsinnbegrepspant innebærer den samlingen som til enhver tid finnes og det er dette som utgjør sikringsobjektet. Det gir pantet en dynamisk karakter.¹¹⁹

5.2 Rettsvern for alminnelig løsøre som ikke realregistreres

Rettsvernsakten for alminnelig løsøre skal vurderes i det følgende, og herunder hvilke tilfeller kreditorene kan ta beslag i.

I lang tid har løsørekjøperens rettsvern vært omdiskutert i nordisk rett.¹²⁰ Tidligere eksisterte det et *avtaleprinsipp* som gikk ut på at kjøper var beskyttet mot selgerens kreditorer fra avtaletidspunktet.¹²¹ I henhold til prinsippet utgjorde avtalen som var inngått mellom debitor og hans medkontrahent, rettsvernsakten slik at den ga vern mot senere kreditorbeslag. Omkring 1700-tallet blusset det opp et krav om overlevering som hadde sitt opphav i romerrettslig tenkemåte kalt *traditio*.¹²² Med *overlevering* menes en rettsvernsakt der suksessor oppnår rettsvern for sitt formuesgode gjennom at avhender blir fratatt besittelsen av formuesgode.¹²³

Det er først og fremst ikke-realregistrerbart løsøre som får rettsvern gjennom overlevering.¹²⁴ Denne type løsøre blir ofte omtalt som alminnelig løsøre, og denne terminologien skal også benyttes i det følgende.¹²⁵ På den måten skilles det klarere mellom alminnelig løsøre og realregistrerbart løsøre.

¹¹⁹ Salvesen (2021) s. 228.

¹²⁰ HR-2021-2248-A avsnitt 55 med videre henvisning til Lilleholt: *Allmenn formuerett* s. 301.

¹²¹ Brækhus og Hærem: Norsk tingsrett s. 500 og Scheel: Forelæsnings over norsk tingsrett s. 336.

¹²² Brækhus og Hærem: norsk tingsrett s. 500

¹²³ Hauge: *Løsøreerververs kreditorvern* s. 87-89 med videre henvisninger.

¹²⁴ Høgetveit Berg (2021) s. 426-427.

¹²⁵ Mortensen (2009) s. 37 og 46.

Alminnelig løsøre er negativt avgrenset til alt løsøre som ikke kan realregistreres. En slik avgrensning tydeliggjør hvilke formuesgoder som får rettsvern gjennom overlevering. Det som imidlertid kjennetegner formuesgodene, er først og fremst at det gjerne er flyttbare gjenstander slik at de lett kan bli overlevert til neste erverver.¹²⁶ Ser man det i sammenheng med realregistrerbart løsøre, vil fast eiendom, båter og skip være vanskeligere å flytte da det krever mer planlegging og er et større tiltak. Enkel flyttbarhet fører videre til at omsetningshastigheten på slike formuesgoder blir høy. Det er vanlig at samme løsøre har vært overdratt flere ganger i løpet av kort tid, i motsetning til andre tyngre formuesgoder. Et eksempel her vil være en sykkel som vil bli solgt mye raskere, enn en bil som oftest er en langvarig investering.

Videre er det som nevnt vanlig at alminnelig løsøre produseres i større kvantum. Disse omtales også som generiske ytelser.¹²⁷ På grunn av dette vil det være vanskeligere å skille mellom de ulike formuesgodene. Kjennemerke eller registrering kan på lang sikt føre til at de kan identifiseres, men det er ikke tilstrekkelig for å sikre rettsvernskravet. Det gjør det også vanskeligere å skulle ha et realregister for disse. Her vises det til drøftelsen over om fast eiendom og dens registrering som egen matrikkelenhet i grunnboken se punkt 4. Det vil ikke være like enkelt å identifisere en fotball, som er lik alle andre fotballer. Her er det imidlertid et skille mellom omsetningsgjeldsbrev og annet løsøre som ikke kan realregistreres. Enkelte omsetningsgjeldsbrev må registreres i en verdipapirsentral jf. verdipapirsentralloven § 3-1.

Dernest er det i tillegg vanskelig for en utenforstående å sikre informasjon om formuesgode gjennom overleveringskravet. Det er heller ikke lett å kontrollere hvor formuesgodet befinner seg til enhver tid, og enda vanskeligere blir det som følge av at fysiske besittelsen av et formuesgode ikke nødvendigvis sier noe om rettighetsforholdene. Det kan tenkes at kvitteringer og kjøpsavtaler til en viss grad kan fungere som bevis for en overdragelse. Andre hjemmelsdokumenter kan også gjøre det mulig å registrere overdragelsene, men dette kan være tungvint, og er svært kostbart og upraktisk. På den måten vil overleveringskravet ikke sikre notoritet i stor grad, og ikke publisitet heller.

Det finnes per i dag ingen lovbestemmelser som stadfester overlevering som rettsvernsakt for alminnelig løsøre. Tidligere hadde Høyesterett heller ikke gitt en endelig rettsavklaring.

¹²⁶ Salvesen (2021) s. 313.

¹²⁷ Viggo Hagstrøm (2021) s. 131.

Juridisk teori har likevel tatt Rt. 1910 s. 231 (Ku-dommen) og Rt. 1912 s. 263 (Jernskrap-dommen) til inntekt for at det stilles et krav til overlevering i norsk rett.¹²⁸

Rt. 1910 s. 231 gjaldt en avtale om solgte kyr der kjøpesummen ble lagt til verdien av kyrene i slaktet tilstand. Videre skulle kyrene forbli hos selgeren i hans interesse inntil de var utmelket som en del av avtalen. Kyrene forble i realiteten hos selgeren i flere måneder, og til han gikk konkurs. Ved vurderingen av hvem kyrne tilhørte la Høyesterett vekt på at det ikke hadde skjedd en reell eiendomsoverdragelse slik at boet kunne ta beslag i dyrene. Det kommer frem på s. 232-233 i dommen at transaksjonen mellom kjøper og selger ikke utgjorde en «*virkelig eiendomsoverdragelse*». Her synes Høyesterett imidlertid å legge til grunn et *substansielt* eiendomsbegrep. Det går ut på at eiendomsretten blir definert som et eget objekt.¹²⁹ Når eiendomsretten anses som et objekt, vil rettighetene være overførbare slik at eiendomsretten kan overføres fra rettssubjekt A til rettssubjekt B.¹³⁰ Da vil eiendomsretten til formuesgode hos rettssubjektet avhenge av hvem som har formuesgode *fysisk* hos seg. I dommen ble det oppstilt et krav om utlevering av kyrene dersom det skulle skjedd en eiendomsoverdragelse.

I avgjørelsen Rt. 1912 s. 263 (Jernskrap-dommen) var saksforholdet noe annerledes. Dommen gjaldt skipsbyggeri som hadde solgt jernskrap for året til kjøperen som betalte ned på faktura. Det ble avtalt at jernskrapet skulle bli igjen hos selger i kjøperens interesse og at sistnevnte skulle plukke opp dette i ulike mengder. I tillegg ble det avtalt at jernskrapet skulle bli igjen til neste års februar, men før denne tiden gikk skipsbyggeriet konkurs. Det ble i denne sammenheng stilt spørsmålet om hvorvidt konkursboet kunne beslaglegge jernskrapet, noe Høyesterett ikke ga boet medhold i.¹³¹ Begrunnelsen for resultatet kommer frem på s. 263 der det ble lagt vekt på at avfallet først og fremst ble lagt i en haug og dermed adskilt fra resterende virksomheten til skipsbyggeriet. I tillegg ble jernskrapet hentet etter hvert, og at det for hver gang ble betalt ned på fakturaen, slik at avtalen ble ansett som tilstrekkelig spesifisert. Kjøpesummen ble også betalt innen konkursen, slik at konkursboets interesser ikke talte i retning av at boet skulle inndra jernskrapet for å få dekning for sine krav. Dernest ble det lagt vekt på at jernskrapet lå i kjøperens interesse, og for hans risiko. Det ble til sist

¹²⁸ Salvesen (2021) s. 327-328, Brækhus og Hærem (1964) s. 503 flg.,

¹²⁹ Brækhus og Hærem (1964) s. 377.

¹³⁰ Brækhus og Hærem (1964) s. 376-377 og Mortensen (2009) s. 80.

¹³¹ Rt. 1912 s. 263 på side 263.

bemerket at skipsbyggeriet ikke hadde rettslig rådighet over avfallet, da selskapet ikke kunne bortføre eller selge haugen på annen vis. Følgelig var det på det rene at eiendomsretten i utgangspunktet var overført, og at det dermed ikke var nødvendig med en overlevering for at det skulle være klart at skipsbyggeriet ikke eide jernskrapet lengre.

Disse avgjørelsene har i senere tid blitt tatt til inntekt for å stille opp et overleveringskrav som rettsvernsakt for løsørekjøp. På ene siden kan det bemerkes at avgjørelsene er svært gamle og at det dermed er grunn til å stille seg kritisk til domspremissene. Det kan for eksempel være endringer i nyere tid som ikke samsvarer med domspremissene. På andre siden synes Høyesterett å ha stilltiende stadfestet rettstilstanden ved at Høyesterett ikke har endret rettstilstanden siden avgjørelsene ble gitt. Dette argumentet må tilpasses noe som følge av at Høyesterett som en rettsinstans er begrenset til å behandle de sakene som slippes inn til instansen. De kan dermed ikke ta opp saker på eget initiativ for å gi prejudikatsuttalelser.

Om Høyesterett ikke tidligere har lagt overleveringskravet til grunn, har det skjedd etter avgjørelsen HR-2021-2248-A. Høyesterett kom i sistnevnte avgjørelse til at det i utgangspunktet gjelder et krav om at selgeren må «*fratas rådigheten*» jf. avsnitt 54. Det utledes naturligvis av panteloven § 3-2 som gjelder pant i løsøre der det stilles krav om overlevering. Rettsvernsakten har videre blitt utviklet gjennom teori og rettspraksis, slik at det er en allmenn oppfatning i dag om at overlevering er tilstrekkelig for å etablere rettsvern.¹³² Slik står domstolene fritt til å anvende og komme frem til gjeldende rett.¹³³

5.3 Skjæringstidspunktet for å oppnå rettsvern gjennom overlevering

Dekningsloven § 2-2 presiserer ikke innholdet i «*beslagstiden*». Det må avklares etter andre regler jf. NOU 1972:20 s. 155.

Skjæringstidspunktet for konkursbo og beslag i form av utlegg fremgår av ulike lovbestemmelser. Reglene er videre begrunnet i ulike hensyn. Det følger av dekningsloven § 1-4 jf. konkursloven § 74 jf. § 72 første ledd at «*konkursen anses åpnet på det tidspunktet da kjennelse om åpning av konkurs er avsagt*». En naturlig språklig forståelse av bestemmelsene sett i sammenheng, tilsier at tidspunktet som noteres i rettsboken er avgjørende for når

¹³² Marthinussen (2019) s. 217.

¹³³ Brækhus og Hærem (1964) s. 514.

konkursboet får eierrådigheten over debtors formuesgoder. Dersom debitor har solgt sitt løsøre til en kjøper (suksessor), må overleveringen skje før tidspunktet for konkursåpningen. Dersom dette sammenlignes med registrering i grunnboken for fast eiendom, fremgår det av tinglysningsloven § 23 at registreringen må skje *«senest dagen før konkursåpningen»*. Det gis dermed en lengre frist for overlevering, enn for tinglysning. Det begrunnes i tiden det tar for registrering i grunnboken, til det blir offentliggjort. I motsetning til tinglysning, sikrer overlevering notoritet fra tidspunktet alminnelige løsøre blir overlevert.

Ved utlegg reguleres skjæringstidspunktet av tvangsfullbyrdelsesloven § 7-18 jf. pantelovens kapittel 5. Utlegg tas gjennom at namsmannen fører *«inn i namsboken at det for saksøkerens krav ... er tatt utlegg i et eller flere bestemte formuesgoder»* jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-18 første ledd. Bestemmelsen regulerer imidlertid ikke når rettsvern for utlegg er gjennomført og dermed når formuesgode har forlatt debtors formuessfære. Dette reguleres etter reglene i panteloven kapittel 5 jf. panteloven § 5-1 første ledd bokstav a) som gjelder for *«namsutlegg»*. Det følger av panteloven § 5-6 at *«annet løsøre»* enn realregistrerbart løsøre, driftstilbehør- og varelagerpant og motorvogn *«får rettsvern enten etter ... § 3-2 annet ledd og tredje ledd eller ved tinglysning på saksøktets blad i Løsøreregisteret»*.

Etter panteloven § 3-2 annet ledd sikres rettsvernet gjennom at gjenstanden *«overleveres»* til den som skal sitte med tingen. En naturlig språklig forståelse av ordlyden gir holdepunkter for at fratakelse av løsøre fra selgeren må skje før utlegget er fremsatt. Etter panteloven § 3-2 tredje ledd vil rettsvernet derimot være i behold *«når besitteren har fått melding om pantsettelsen og om at eieren ikke har rett til å råde over pantet»*. I samsvar med ordlyden er melding til en tredjeperson en alternativ måte å sikre rettsvern på. Denne rettsvernsakten er aktuell der pantegjenstanden oppbevares hos noen andre enn eieren av formuesgode. Dermed må melding til besitteren være sendt før utlegg tas, for å utelukke dekningsrett i formuesgode.

Det andre tidspunktet som gjøres gjeldende i pantelovens § 5-6 er registreringen i Løsøreregisteret, og ordlyden tilsier følgelig at overlevering av løsøre må skje før denne registreringen. Klokkeslettet vil være avgjørende for hvorvidt tingen anses som overlevert og hvorvidt det skjedde før eller etter skjæringstidspunktet.

Det kan oppstå konflikt i forhold til hvorvidt kjøperen må respektere et yngre utlegg som er tatt i formuesgode, men som ikke har rettsvern, før tingen er overlevert. Videre kan det også oppstå spørsmål om hvorvidt kjøper må respektere et yngre utlegg som han har kjent til før

tinglysningen, før kjøperen selv får tingen overlevert til seg. Høgetveit Berg argumenterer for at de beste grunnene vil tale for at kjøper får et rettsvern selv om han var i god tro om det yngre utlegget.¹³⁴ Dette begrunnes i hovedregelen om først i tid, best i rett.

Til å konkludere med er det i tråd med gjeldende rett å stille et krav om overlevering som en hovedregel, med visse unntak. Hovedregelen begrunnes i praktisk gjennomføring av reglene og konsekvenshensyn basert på det som er blitt nevnt ovenfor. Unntakene i fra hovedregelen begrunnes i praktisk gjennomføring av reglene og konsekvenshensyn.

5.4 Unntaket fra hovedregelen om overlevering

Axel Hærem og Sjur Brækhus konstruerte *interesselæren* som et unntak fra hovedregelen om overlevering.¹³⁵ Læren har fått navnet grunnet den interesseavveiningen som skjer mellom hensynet til kjøper og hensynet til selgerens kreditorer.¹³⁶

I Rt. 1910 s. 231 la annenvoterende til grunn at selgeren «*i det væsentligste og i egen interesse har fortsat at have eiendomsraadigheden og eiernytten af kjørene og efter aftalen havde ret til dette*» jf. s. 235. Dermed hadde ikke kjøperen ervervet eierrådigheten over kyrne. Flertallet i Høyesterett sluttet seg til flertallet i byretten som la vekt på at selgeren beholdt kyrne i flere måneder i egen interesse. Derfor kunne boet ta beslag i disse.

I Rt. 1912 s. 263 var saksforholdet annerledes der Høyesterett konkluderte med at suksessor hadde en separatistrett på jernskrapet. Begrunnelsen var at suksessor la igjen jernskrapet hos kjøperen, i sin egen interesse. Selv om avtalen gikk ut på at jernskrapet ble hos selgeren til februar, ble den værende der ut februar og til selgeren gikk konkurs. Til tross for dette var jernskrapet skilt ut som en egen enhet. Selger hadde ikke rådigheten over den som følge av at det sto i påvente av frakt. Dermed konkluderte Høyesterett i retning av at det forelå separatistrett.

Typetilfellet kan forklares slik; der suksessor har kjøpt en gjenstand fra debitor, uten å overta besittelsen av gjenstanden, har han i realiteten gitt debitor adgang til å nyte gjenstanden. Dermed er det gitt kredittytelse til debitor, slik at suksessor ved en eventuell konkursåpning

¹³⁴ Høgetveit Berg (2021) s. 430-431 med videre henvisninger til Lilleholt: *Godtroerverv og kreditorvern* s. 243.

¹³⁵ HR-2021-2248-A avsnitt 56.

¹³⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 431.

ikke har en beskyttelsesverdig interesse.¹³⁷ Da vil suksessor måtte nøye seg med et dividendekrav i likhet med andre kreditorer i fellesbeslaget.

Annerledes blir det der gjenstanden kjøpes av suksessor og blir værende i debtors besittelse som følge av forhold på suksessorens side. Det kan for eksempel være at suksessor har kjøpt seg en tung og kostbar el-sykkel som må fraktes med bil og dermed at suksessor må ordne med transport. I påvente av transporten ønsker suksessor at debitor innehar besittelse av sykkelen. I dette tilfellet kan suksessor når som helst kreve overtagelse av sykkelen. Derfor er det ikke ytet noe kreditt til debitor som gjør at suksessor vil ha beskyttelsesverdig interesse i å få sykkelen utlevert ved åpning av konkurs. Det stilles i tillegg et krav til individualisering av løsøregjenstanden siden alminnelig løsøre kjennetegnes ved at det masseproduseres. Det er derfor vanskelig å skille mellom formuesgodene.

Nedenfor skal domspremissene i HR-2021-2248-A analyseres. Denne avgjørelsen tar opp rettsvernsspørsmålet for alminnelig løsøre.

5.4.1 HR-2021-2248-A om unntaket fra hovedregelen om overlevering

Avgjørelsen omhandlet et konsernselskap som i forbindelse med reorganisering av konsernet, solgte deler av maskinparken med tilbakeleie til konsernet. Maskinene ble imidlertid aldri flyttet, og selskapet gikk etter hvert konkurs. Spørsmålet som ble gjenstand for behandling i Høyesterett var om det ved salg av ikke-realregistrerbart løsøre, gjelder et krav om overlevering eller fratakelse av rådighet for å oppnå rettsvern mot kreditorene jf. avsnitt 1. Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall (4-1).

Høyesterett tok utgangspunkt i dekningsloven § 2-2 og viste til uttalelsen i forarbeidene NOU 1972:20 s. 255.¹³⁸ Disse to rettskildene forstått i sammenheng gir holdepunkter for at det ikke er tilstrekkelig å spørre hvem formuesgode «tilhører», slik at det også er nødvendig å se hen til rettsvernsreglene som sier noe om hvorvidt formuesgode er beskyttet mot senere rettsstiftelser eller kreditorbeslag.¹³⁹ Det vises videre til hensynene bak rettsvernsreglene, nemlig notoritet og publisitet, herunder særlig hensynet til kreditorsvik.¹⁴⁰

¹³⁷ *Opcit.* s. 431.

¹³⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 47.

¹³⁹ HR-2021-2248-A avsnitt 48.

¹⁴⁰ HR-2021-2248-A avsnitt 49.

Høyesterett gjennomgikk rettstilstanden som gjelder rettsvernskravet for ikke-realregistrerbart løsøre i avsnitt 53 – 71. Som nevnt tidligere, og som Høyesterett påpekte i avsnitt 53, finnes det ingen lovfestede regler om rettsvernsakten for ikke-realregistrerbart løsøre. Høyesterett tok derfor utgangspunkt i reglene om håndpant, som er lovfestede regler for hvordan pant i alminnelig løsøre blir tatt. Begrunnelsen for å ta utgangspunkt i disse reglene, er at pant gir separatistrett for formuesgode, noe rettsvernsreglene også gir. Derfor åpnes det for en slik analogisk tolkning. Ved å ta utgangspunkt i disse reglene la Høyesterett til grunn et krav om at selgeren i utgangspunktet må fratras rådigheten av formuesgode for at løsøre skal kunne anses å ha rettsvern.¹⁴¹ Derfor ble det stilt et krav om overlevering.

Med henvisning til juridisk teori, og til ku- og jernskrap-avgjørelsene viste Høyesterett til Brækhus og Hærems konstruksjon av overleveringskravet og til interesselæren som igjen er unntaket fra overleveringskravet jf. avsnitt 56. Det ble gjort for å vurdere om saksforholdet ga grunnlag for unntak fra hovedregelen om overlevering. Selv om avgjørelsene fra 1910 og 1912 bygger på det substansielle eiendomsrettsbegrepet, kan interesselæren tas til inntekt for å forklare resultatene Høyesterett kom til jf. avsnitt 57.

Høyesterett introduserte så interesselæren. Dette er første gang Høyesterett har stadfestet interesselæren som har blitt utviklet i teorien. Det vises til at det i teorien har blitt trumfet et krav om overlevering, eller at selgeren på en annen måte blir fratatt rådigheten jf. avsnitt 59. Videre gjennomgikk Høyesterett innsigelsene mot å oppstille en slik regel, nemlig uttalelsene til Hilde Hauge og Sverre Magnus Bergslid Salvesen. Førstnevnte forfatter mener at det må foretas en nyansert tilnærming av å oppstille en hovedregel om overlevering.

Argumentasjonen går ut på at hovedregelen synes å bygge på et spinkelt grunnlag.¹⁴²

Betenkelighetene rundt grunnlaget for hovedregelen er ubetydelige etter at Høyesterett anerkjente interesselæren som et unntak fra hovedregelen om overlevering.

Argumentet til Salvesen knytter seg imidlertid til at det er vanskelig å konkludere med hvilke regler som gjelder ved løsørekjøp de lege lata, jf. avsnitt 60.¹⁴³ Begrunnelsen for det er at rettsvernskravet ikke har vært avklart i Høyesterett på flere år, og at lovgiver heller ikke har

¹⁴¹ HR-2021-2248-A avsnitt 54.

¹⁴² Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 148

¹⁴³ Salvesen (2021) s. 360-361.

tatt stilling til dette. Ved at Høyesterett vurdere rettsvernskravet i 2021-dommen vil det kunne avklare rettstilstanden de lege lata slik at gjeldende rett blir på det rene.

Rettstilstanden ble oppsummert i avsnitt 61 der det vises til at det som en hovedregel gjelder et krav om overlevering, eller at selger fratras rådighet over gjenstanden. Dette har sine holdepunkter i både underrettspraksis og teori. Videre er det i tillegg allment akseptert at dersom selgeren sitter med gjenstanden *«utelukkende i kjøperens interesse og ved større tilvirkningskontrakter, der et krav om overlevering kan være et effektivt hinder for en helt nødvendig finansieringsordning»*, er det også adgang til å unnta fra overleveringskravet. Dette forutsetter imidlertid at faren for kreditorsvik er lav, og at typetilfellene ikke likestilles med sikkerhetsstillelse gjennom pant. Høyesterett anerkjenner argumentasjonsverdien til oppfatningen i juridisk teori og legger til grunn at med støtte i praksis, vil dette anses som gjeldende rett jf. avsnitt 62.

Det fremheves at når det oppstilles en hovedregel og unntak, er det unntakene som må begrunnes, med bakgrunn i reglene for kreditorekstinksjon og rettsvern, samt hensynene som begrunner disse.¹⁴⁴ Videre kan ikke unntakene begrunnes i notoritetshensynet isolert. For at det skal kunne stilles et unntak fra hovedregelen må det gjøres i sin helhet. At det i en enkelt sak skal unntas fra hovedregelen fører til vilkårlighet. Det må følgelig formuleres en unntaksregel for solgte gjenstander med tilbakeleie i alminnelighet jf. avsnitt 65.

Ved undersøkelsen av salg med tilbakeleie vises det til at avtalen har likhetstrekk med håndpantregelen i § 3-2, og at i realiteten blir disse avtalene inngått med den hensikt å omgå håndpantregelen, *«dels på grunnlag av proforma og dels gjennom tolkning»*.¹⁴⁵ Høyesterett legger til grunn at hensynet til notoritet og til likebehandling av kreditorene taler sterkt for en hovedregel om fratakelse av rådighet jf. avsnitt 66. At slike disposisjoner begrunnes i forretningsmessige og samfunnsmessige hensyn kan ikke alene tilsi at det er legitimt. Det vises til rettsvernsreglenes preseptoriske karakter som gjør at det ikke kan begrunnes særskilt i disse hensynene. Med dette kommer Høyesterett fram til at konkursboet kan ta beslag i maskinparken som følge av at Aurstad Maskinutleie ikke hadde rettsvern for eiendomsretten i maskinene jf. avsnitt 71.

¹⁴⁴ HR-2021-2248-A avsnitt 64.

¹⁴⁵ HR-2021-2248-A avsnitt 66.

Annenvoterende hadde imidlertid et noe annet syn på spørsmålet om rettsvern.

Utgangspunktet ble tatt i samme rettskilder slik at annenvoterende også la til grunn en hovedregel om overlevering både for pantsettelse av løsøre, og ved salg av alminnelig løsøre.¹⁴⁶

Likevel tar annenvoterende til inntekt for å undersøke hvorvidt det finnes andre måter å sikre rettsvern for alminnelig løsøre jf. avsnitt 88 – 92. Det første alternativet var om Aurstad Maskinutleie kunne skaffe rettsvern ved å flytte maskinene til kjøperen, om så i en kort periode.¹⁴⁷ Det vises til at det ville vært kostbart og vanskelig, samt at det innebærer et brudd på avtalen med byggherren om salg med tilbakeleie av maskinparken. Dermed var dette alternativet utelukket.

En midlertidig overlevering ville sørget for at overleveringskravet ble oppfylt. Likevel er det usikkert, slik annenvoterende også påpeker, om hvorvidt dette ville sikret mot konkursbeslag. En midlertidig overlevering kan også gi inntrykk av at det gjennomføres tilsynelatende, og dermed at kreditorunndragelsesfaren trumfer. Konsekvensbetraktningene taler mot slik midlertidig overlevering.

Det andre alternativet som det vises til, er dersom «*en utenforstående fikk hånd om (maskinene) for en periode*» gjennom overlevering av nøkler eller andre vitale deler.¹⁴⁸

Annenvoterende tok også avstand fra dette alternativet som følge av at maskinene var i arbeid og at det ikke er klare holdepunkter for hvor lenge nøkkelleveringen vil gi rettsvern. En nøkkellevering ville imidlertid være en tydeligere rettsvernsakt som ville sikret rettsvern. Likevel er det riktig av annenvoterende å påpeke usikkerheten rundt varigheten av rettsvernet.

Som en tredje mulighet vises det til at byggherren kunne bli varslet om avtalen, og her vises det til panteloven § 3-2 om at varsel til tredjeperson også kan sikre rettsvern.¹⁴⁹ På ene siden sørger melding til tredjeperson for notoritet av disposisjonen, noe som minsker faren for kreditorsvik. På den andre siden beholdt selgeren fortsatt rådigheten over maskinene, slik at meldingen til tredjeperson ikke ville sikret stor grad av notoritet. Melding er aktuelt der selger blir fratatt rådigheten av løsøre. Da vil meldingen sikre notoriteten over hvem som i

¹⁴⁶ HR-2021-2248-A avsnitt 83.

¹⁴⁷ HR-2021-2248-A avsnitt 88.

¹⁴⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 90.

¹⁴⁹ HR-2021-2248-A avsnitt 91.

utgangspunktet eier formuesgode etter ervervet, slik nevnt i punkt 5.3. Derfor fremstår også dette alternativet som uhensiktsmessig.

Som en fjerde mulighet vises det til at maskinene kunne bli merket med nye logoer eller andre måter for å gi en tydelig publisitet om hvem maskinene tilhører.¹⁵⁰ Selv om denne markeringen vil gi publisitet, er det fortsatt ikke tilstrekkelig for å sikre rettsvern slik Høyesterett påpeker. Derfor oppsummeres det i avsnitt 93 at det blir problematisk å kreve overlevering «*i en sak som dette*».

Annenvoterende tar alternativene i betraktning for å argumentere for at det muligens må tas avstand fra overleveringskravet som følge av at kravet bygger på en gammel lære som ikke er i takt med samfunnsutviklingen jf. avsnitt 94 til 95. Overlevering var tidligere nødvendig da avtaler ble inngått med kontante penger og at faren for kreditorsvik og antedateringer var stor. Samfunnsutviklingen har gjort det uvanlig med avtaler med kontante penger, slik at avtaler om betydelige verdier i dag blir lagret elektronisk jf. avsnitt 95. Samfunnet går også i retning av å bli mer digitalisert slik at enhver transaksjon enkelt kan bli sporet.

Videre viser annenvoterende til at overlevering i en kort periode, for eksempel dersom maskinparken hadde blitt kjørt til kjøper og deretter tilbake til selger, fortsatt ikke ville sikret notoritet overfor kreditorene se avsnitt 96. Det er vanligere med pantsettelse av løsøre i større utstrekning nå enn tidligere. Derfor kan kreditorene i dag regne med den risiko at løsøre er pantsatt.

Midlertidig overlevering minsker heller ikke faren for kreditorsvik jf. avsnitt 97. Høyesterett tar juridisk teori til inntekt for å argumentere for det. Det vil alltid være en risiko for at debitor kan omgå reglene. En midlertidig overlevering sørger ikke for notoritet om tidspunktet, beløpet eller andre opplysninger.

Likehetstrekkene med sikkerhetsstillelse gjør det enklere å praktisere et krav om overlevering. Det vil i tillegg hindre omgåelser av reglene som kan øke kreditorundragelsesfaren jf. avsnitt 99. Annenvoterende argumenterte likevel for at det finnes andre regler som kan hindre kreditorsvik ved slike salg, deriblant omstøtelsesreglene som kan angripe gavesalg, andre

¹⁵⁰ HR-2021-2248-A avsnitt 92.

utilbørlige avtaler, og proforma-reglene jf. avsnitt 99 og 100. Det resulterer i at betenkelighetene rundt hovedregel om overlevering også kan utelukkes.

Det er videre nødvendig å ta til betraktning konsekvensen ved manglende rettsvern. Går selger konkurs og formuesgode fortsatt er i boet, vil konkursboet «*beholde både kjøpesummen og gjenstandene som er solgt*» jf. avsnitt 102. Det gjør at kjøperen kun får et dividendekrav, som gjør at konkursboet tjener uforholdsmessig mer på avtalen mellom debitor og en tredjeperson. Dette taler i retning av at rettsvernsreglene ikke skal trekkes like langt.

For å undersøke om hvorvidt det bør eksistere et absolutt krav om overlevering, undersøker annenvoterende også utenlandsk rett. Det vises til at flere land har tatt avstand fra kravet om overlevering jf. avsnitt 105. Det kan gi en indikasjon på at overleveringskravet er foreldet og ikke praktisk i dagens samfunn. Utviklingen gir sterkt argument for at det ikke bør stilles en hovedregel om overlevering.

Juridisk teori har også argumentert for hvorvidt overleveringskravet skal gjelde som en hovedregel der særlig Hilde Hauge stiller seg kritisk til hvorvidt det bør gjelde et krav om overlevering ved avtaler om salg med tilbakeleie jf. avsnitt 106. Iht. hennes vurdering er det vanskelig med et slikt krav. Salvesen har imidlertid lagt til grunn at individualisering kan gi tilstrekkelig rettsvern dersom det gjøres klart at det kun er kjøper som har rådigheten over formuesgode se samme avsnitt.¹⁵¹ Denne tilnærmingen vil være i tråd med dekningsloven § 2-2 og prinsippet om at kreditorene ikke kan få større rett enn det debitor har.

Ved vurdering av regelens godhet påpeker annenvoterende at på ene siden vil firkantede regler være grunnlag for å hindre illojale avtaler, men på den andre siden vil det hindre avtaleinngåelser slik som i foreliggende sak jf. avsnitt 107. Avtaler om salg med tilbakeleie er svært vanlige i forretningslivet, og reglene bør støtte slike avtaleinngåelser jf. avsnitt 109. Det vises avsluttende til at rettsvern uansett kan opprettes gjennom at en reell avtale er gjennomført, salgsgjenstanden er tilstrekkelig identifisert, selger har blitt fratatt rådigheten ut over det som følger av leieavtalen, og at avtalen er registrert i et offentlig register jf. avsnitt 111.

¹⁵¹ Salvesen (2021) s. 357.

Etter en gjennomgang av avgjørelsen kan det tolkes en hovedregel om overlevering for at avtalepartene skal beskytte seg mot beslag fra konkursboet. Det innebærer at Høyesterett gjennom sin rettsutviklende og rettsskapende virksomhet først og fremst har styrket konkursboets beslagsrett, men også gitt et mindre vern til avtaleparter som har avtalt salg med tilbakeleie.

Det er nærliggende å slutte seg til førstvoterendes uttalelse om at det i alminnelighet må oppstilles et unntak fra hovedregelen. Det er ikke tilstrekkelig å formulere et unntak i en konkret sak. Høyesterett kan gjennom sin rettsskapende funksjon oppstille et unntak for salg med tilbakeleie, dersom det er ønskelig.

Det er flere grunner til å formulere en unntaksregel for avtaler om salg med tilbakeleie, slik annenvoterende også påpekte. Et strengt overleveringskrav vil være til ulempe for næringslivet der slike avtaler er svært utbredt. Avtalene sikrer kapital for selskaper som er i økonomisk nød uten at de må selge deres inventar. Det er derfor nødvendig med åpenhet for en unntaksregel i slike tilfeller. Dersom man tilslutter seg til førstvoterendes uttalelser blir utfallet at der kravet til overlevering ikke har vært oppfylt, selv for en kort periode, er ikke avtalen sikret gjennom en rettsvernsakt. Det gir kreditorene rett til å ta beslag.

Dersom det kun er en hovedregel, kan det tenkes relative løsninger i den enkelte sak. Rettsvernsreglene har imidlertid en preseptorisk karakter, noe som utelukker løsninger i enkelttilfeller. Hensynet til rettferdig gjennomføring av rettsvern tilsier at det skal kunne stilles et unntak for slike avtaler.

Etter tilslutningen til førstvoterendes uttalelser blir utfallet at dersom overlevering ikke har skjedd, selv for en kort periode, vil ikke avtalen være sikret gjennom rettsvern, noe som gir kreditorene rett til å ta beslag. I realiteten vil kreditorene da ikke bare ha rett til å ta beslag i formuesgode, men for konkursboet vil det også innebære beslag av leiesummen. Det vil forulempe kjøperen som kun får et dividendekrav.

For det tilfellet at kreditorunndragelsesfaren er stor ved avtaler med salg om tilbakeleie, kan andre regler også anvendes for å angripe disposisjonen. Det kan gjøres gjennom anvendelse av omstøtelsesreglene, reglene om gavesalg eller proforma-reglene i beslagsretten. Der disse ikke er anvendelig, er det hensiktsmessig å oppstille et unntak fra hovedregelen om overlevering som rettsvernsakt.

5.5 Rettsutviklingens betydning for forbrukere

Høyesterett anerkjente interesselæren og rettsvern for tilvirkningskontrakter som to unntak fra overleveringskravet. Førstvoterende uttalte videre at hvorvidt det kan «*oppstilles unntak ved ordinære forbrukerkjøp, går jeg ikke inn på*» jf. avsnitt 61. Det var ikke relevant spørsmål å ta opp som følge av at saken gjaldt en tvist mellom to næringsdrivende. På lik linje som at saken ikke gjaldt en tilvirkningskontrakt, kunne Høyesterett gi en obiter dictum uttalelse. Det ville likevel vært ugunstig i en sak der forbrukeren ikke er part. En utvidet og lang drøftelse om forbrukerkjøp ville ikke oppklart saken.

Annenvoterende viste også til diskusjonen i juridisk teori om hvorvidt overleveringskravet må tilpasses ved forbrukerkjøp jf. avsnitt 98. I det følgende skal det dermed knyttes merknader til denne problemstillingen. Det er særlig spørsmålet om hvorvidt forbrukere har et utvidet vern overfor selgerens kreditorer som er interessant.

Diskusjonene i litteraturen om hvorvidt det skal eksistere et unntak fra hovedregelen for forbrukerkjøp bygger på en rekke grunnlag. For det første vises det til at faren for kreditorsvik er lav ved forbrukerkjøp.¹⁵² Det begrunnes bl.a. i at forbrukerkjøp ofte gjelder ubetydelige verdier. Dette argumentet holder ikke mål dersom man tar biler, klokker og annet verdifulle gjenstander i betraktning.¹⁵³

I tillegg betyr ikke det at faren for kreditorsvik er lav, at den er fraværende.¹⁵⁴ Selv i forbrukerkjøp kan debitor avtale bort sine midler til noen nærstående slik at debitor får fordeler av disposisjonen, mot at kreditorene lider tap.

Videre vil forbrukere i praksis være ukjent med overleveringskravet og den risikoen som følger med forskuddsbetaling. Det er flere ulemper som gjør seg gjeldende gjennom å ha en streng holdning til overleveringskravet ved forbrukerkjøp. Det er heller ikke i tråd med samfunnsutviklingen. Handelen i dag skjer i stor utstrekning over internett, og ved netthandel er det vanligere at varene blir pakket og markert med kjøperens navn, og deretter plassert på lageret til selgeren før den sendes videre til kjøper. Dersom selgeren i mellomtiden går konkurs, vil pakkene fortsatt være i selgerens besittelse på lageret. Det er på det rene at pakkene i all hovedsak står i kjøperens interesse. I det tilfellet vil det være uforståelig om

¹⁵² Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 187, Høgetveit Berg (2021) s. 448

¹⁵³ Salvesen (2021) s. 379.

¹⁵⁴ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 188.

pakken ble ansett å være en del av konkursboet, all den tid pakken er individualisert og spesifisert for kjøperen.

Ofte vil forskuddsbetaling være den eneste oppgjørsmåten slik at forbrukerne nærmest tvinges til å akseptere oppgjørformen. Salvesen argumenterer imidlertid for at dette ikke kan tillegges vekt for å oppstille en unntaksregel for forbrukere, men at dette argumentet taler sterkt i retning av at overlevering ikke kan være hovedregelen.¹⁵⁵

Selv om det kan tenkes at løsørekjøp mellom forbrukere ofte gjelder ubetydelige beløp, er ikke dette alltid tilfelle. Der avtalene gjelder store beløp, vil unntaket fra overleveringskravet føre til tilfeldige resultater.¹⁵⁶ Likevel vil det ved forskuddsbetaling hos forbrukere også være tale om en kredittytelse, slik at hensynet til å gjøre unntak fra overleveringskravet gjennom interesselæren ikke får gjennomslag.

I de tilfellene pakken er tilstrekkelig individualisert på lageret til selgeren mens selgeren går konkurs, er det nærliggende å tro at pakken vil bli utlevert til forbrukeren etter interesselærens betraktninger. Derfor er det ikke grunnlag for å oppstille en unntaksregel for det tilfelle. Det problematiske blir ved tilvirkningskontrakter og andre disposisjoner som kan inngås mellom forbrukere på lik linje som næringsdrivende. Det kan ta blir avansert å skulle oppstille unntak for forbrukere ved alle tilsvarende disposisjoner.

Det er også et viktig poeng at flere lovbestemmer innebærer sikkerhetsventiler for forbrukere og som sørger for å verne forbrukerkjøp. Det vises særlig til finansavtaleloven § 54 b og forbrukerkjøpsloven. Derfor vil forbrukerhensynet være beskyttet gjennom andre sikkerhetsventiler, slik at det ikke er grunnlag for å stille opp en unntaksregel for forbrukere de lege lata. Hauge argumenterer videre for at det må være en lovgiveroppgave å skulle stille opp et unntak for forbrukere.¹⁵⁷ Det er særlig aktuelt som følge av hensynet til at lovbestemmelsene skal være allmenn tilgjengelige for borgerne slik at det sikrer forutberegnelighet.

Høgetveit Berg argumenterer de lege ferenda for at det i realiteten bør skilles mellom avtaler om kjøp og salg av alminnelig løsøre, og netthandel av alminnelig løsøre der sistnevnte skal

¹⁵⁵ Salvesen (2021) s. 379.

¹⁵⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 449.

¹⁵⁷ Hauge: *Løsøreerverters kreditorvern* s. 187.

ha en egen rettsvernsakt.¹⁵⁸ Rettsvernsakten gjennomføres gjennom et bank-ID-system som gir tilstrekkelig grad av identifikasjon og notoritet. For det første vil netthandel være sikret gjennom at transaksjonen er lagret i banken til hver forbruker. Derfor vil det ikke være tvil om når kjøpet ble foretatt i forhold til skjæringstidspunktet for kreditorbeslag. For det andre vil det være klart hvem avtalen er inngått imellom. Videre vil det utelukke betenkelighetene ved å stille et overleveringskrav som en hovedregel.

6 Høyesteretts rettsutvikling og betenkelighetene rundt denne virksomheten

Selv om det i dag er slik at Høyesterett står for en stor del av rettsutviklingen, kan det likevel knyttes betenkeligheter til denne virksomheten. Det at Høyesterett inntar oppgaven til å skape og utvikle rettstilstanden betegnes som at Høyesterett opptrer *positivistisk*.

For det første ligger den lovgivende myndighet i Norge hos Stortinget jf. Grunnloven § 49 første ledd første setning. Det er et naturlig utslag av maktfordelingsprinsippet der lovgivende, dømmende og utøvende myndighet er utskilt i tre uavhengige myndighetsorganer.¹⁵⁹ På den ene siden kan en vid adgang for Høyesterett til å utvikle retten komme på spissen med Stortingets rolle. På den andre siden har lovgivende myndighet vært åpen for at loven videreutvikles gjennom rettspraksis. Blant begrunnelsen for dette er at rettstilstanden gjennom Høyesterett ofte er i tråd med samfunnsutviklingen. Alternativet ville vært en omfattende og tung lovsamling som skulle sørge for å regulere enhver problemstilling i bestemmelsene. Det ville ikke bare gjort prosessen omfattende, men lovsamlingen ville etter hvert blitt foreldet.¹⁶⁰ Dekningsloven § 2-2 er et godt eksempel på at loven suppleres av andre regler.¹⁶¹ Forarbeidene til bestemmelsen åpner for at rettspraksis også kan utvikle rettstilstanden.

For det andre vil Høyesteretts utvikling av rettstilstanden føre til mindre forutberegnelighet for allmennheten. Selv om rettspraksis fra Høyesterett er tilgjengelig gjennom Lovdata.no, er det vanskeligere for ikke-jurister å sette seg inn i rettstilstanden gjennom rettskilden. Det fører

¹⁵⁸ Høgetveit Berg (2021) s. 450.

¹⁵⁹ Benedikte Moltumyr Høgberg: *Statsrett – kort fortalt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2016 på s. 17-18.

¹⁶⁰ Skoghøy: *Rett og rettsanvendelse* s. 28-29.

¹⁶¹ NOU 1972:20 s. 155.

til en usikker posisjon for partene som skal inngå avtaler imellom, da det kan være rettspraksis som eksisterer og som partene ikke er klar over.

For det tredje kan rettsutviklingen etter omstendighetene underbygge partenes adgang til å avtale fritt mellom seg. Det kan skje når Høyesterett tilsidesetter en type avtale som inngås i stor utstrekning blant partene. Eksempelvis konkluderer Høyesterett med at salgavtale med tilbakeleie ikke kan unntas fra overleveringskravet som rettsvernsakt se punkt 4.5.2. Det fører til at andre avtaler som er inngått på samme grunnlag også må tilpasses. Domspremissene som tillegges prejudikatsverdi kan derfor gripe inn i eksisterende rettsposisjoner, og hensynet til forutberegnelighet tilsier derfor at rettsutvikling bør foregå i Stortinget. Det er likevel alltid en mulighet for at Høyesterett endrer rettstilstanden gjennom avgjørelser som vil berøre andres etablerte rettstilstand.

Rettsutviklingen kan likevel bidra til at rettsområder som fremstår som lite utviklet og uavklarte, lang på vei avklares. I tillegg blir rettsregelen prøvd ut i praksis gjennom en reell rettsak, noe som kaster lys over regelens godhet.

Høyesterett har tatt til orde for at rettsvernsreglene er absolutte jf. HR-2021-2248-A på avsnitt 50. Det gir holdepunkter for at det kreves positivistiske lovbestemmelser for å ivareta dette kravet. Gjennom Høyesteretts behandling vil behovet for rettsvernsreglene bli dekket på kort sikt. Det er derfor behov for tydeligere positivistiske regler.

Som nevnt ovenfor vil også Høyesteretts rettsutvikling gi negative konsekvenser for praktiske avtaler som er vanlige i næringslivet. Avtaler om salg med tilbakeleie gir kapital til selger, i tillegg til at de kan dra nytte av gjenstandene. Alternativet ville vært å selge maskinparken, men det ville også gitt dårligere sikkerhet mot et eventuelt konkursbeslag.

Som et eksempel er salgavtaler med tilbakeleie utbredt i praksis. Begrunnelsen er at det ofte er behov for bedriftene å sikre kapital i vanskelige tider som en mulighet for at bedriften ikke skal gå konkurs. Konkursbeslag er neppe en hovedregel. Samfunnet gagnar på lønnsomme bedrifter. På den andre siden kan slike disposisjoner være illojale mot kreditorene, noe som tilsier at det stilles strenge krav til disse, eksempelvis krav om en tydelig rettsvernsakt. At Høyesterett utvikler en streng praksis rundt slike avtaler, vil føre til færre illojale disposisjoner.

Høyesterett stiller også en høy terskel for avtaledisposisjoner mellom nære slektninger. Konsekvensen blir at også disposisjoner som er foretatt nærmere et konkurs eller annen kreditorbeslag kan påberopes ugyldig etter en objektiv vurdering. Hva hensikten til partene har vært, vil dermed være uten betydning. En disposisjon som mellom partene ikke skal ha hensikt om å føre til kreditorsvik, kan likevel bli ansett slik. Det gir lite handlingsrom for debitor til å kunne disponere over sine formuesgoder. Det gir også en usikker stilling til suksessor som inngår avtalen med debitor. Alternativet vil dermed være færre disposisjoner mellom debitor og hans nære slektninger.

Høyesterett legger videre stor vekt på å sikre kreditorene mot disposisjoner som fører til kreditorsvik. På den måten går tendensen i Høyesterett mot å gi kreditorene enda større beslagsrett, uten å iaktta næringslivet, eller medkontrahentens rettsstilling. Dette fører til mindre forutberegnelighet og mindre rom for fleksible løsninger i næringslivet.

Referanseliste

Lover

Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte (arveloven)

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

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

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

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

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Forarbeider

Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)

Ot.prp.nr. 65 (1990-1991)

NOU 1972:20

NOU 1982:17

NOU 2001:32

Rettspraksis

Rt. 1909 s. 734

Rt. 1910 s. 231

Rt. 1912 s. 263

Rt. 1935 s. 981

Rt. 1978 s. 412

Rt. 1985 s. 1265

Rt. 2000 s. 851

Rt. 2010 s. 1478

Rt. 2015 s. 979

HR-3017-33-A

Juridisk litteratur

Berg, Borgar Høgetveit: Beslagsretten. Beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann, 1. utgave, (Oslo 2021)

Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, (Bergen 1998)

Brækhus, Sjur: *Omsetning og kreditt 3 og 4. Omsetningskollisjoner I og II*, (Oslo 1998)

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

Bråthen, Tore: *Selskapsrett*, 6. utgave, (Oslo 2019)

Falkanger, Thor og Aage Falkanger: *Tingsrett*, 8 utgave, (Oslo 2016)

Falkanger, Thor: *Fast eiendoms rettsforhold*, 6. utgave, (Oslo 2022)

Giertsen, Johan: *Avtaler*, 3. utgave, (Oslo 2014)

Hauge, Hilde: *Løsøreerverts kreditorvern*, Bergen, (2016)

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg: *Obligasjonsrett*, 2. utgave, (Oslo 2017)

Høgberg, Benedikte Moltumyr: *Statsrett – kort fortalt*, 2. utgave (Oslo 2016)

Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave, (Oslo 1999)

Lilleholt, Kåre: *Allmenn formuerett*, 1. utgave, (Oslo 2021)

Lilleholt, Kåre: «*Bruk av reelle omsyn i formueretten*», Jussens venner nr. 2/2000 (volum 56)

Løtveit, Bjørn: *Pantsettelse av immaterielle rettigheter*, 1. utgave, (Oslo, 2021)

Marthinussen, Hans Fredrik: *Tredjemannsproblemene – om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2. utgave, (Oslo 2019)

Mortensen, Peter: *Indledning til tingsretten – tredjemannskonflikter vedrørende løsøre*, 2. utgave, (København 2009)

Monsen, Erik. «Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten», *Jussens venner* 06/2012 volum 47, s. 319-345

Mæhle, Synne Sæther: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner* 05-06/2004 (volum 39) s. 329-342

Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli: *Fra lov til rett*, Gyldendal, 1. utgave 1. opplag, (Oslo 2016)

Salvesen, Sverre Magnus Bergslid: *Kreditorvern*, 1. utgave, (Oslo 2021)

Scheel, Herman: *Forelæsninger over norsk tingsret*, (Oslo 1912)

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Rett og rettsanvendelse*, (Oslo 2018)

Skoghøy, Jens Edvin A.: «i hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?» i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.): *Lov, sannhet, rett – jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 254-290

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Panterett*, 5. utgave, (Oslo 2021)

