



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 18. november 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Kristin Normann
dommer Ragnhild Noer
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Borgar Høgetveit Berg

HR-2021-2248-A, (sak nr. 21-046524SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 5. februar 2021

Aurstad Maskinutleige AS (advokat Hallgrim Fagervold – til prøve)

mot

Advokatfirma DLA Piper Norway DA (advokat Sven Eriksrud)

Zurich Insurance Plc, Norway Branch (advokat John Gjermund Flatabø)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Normann**: Saken gjelder krav om erstatning for uaktsom rådgivning fra advokat. Den reiser særlig spørsmål om det ved salg av ikke registrerbart løsøre gjelder et krav om overlevering eller fratakelse av rådighet for å oppnå rettsvern mot selgerens kreditorer.
- (2) Aurstad AS er morselskap i et konsern som bygger infrastruktur som vei, tunneller, flyplasser og kraftanlegg. Konsernet hadde i desember 2018 tre heleide datterselskaper: K.A. Aurstad AS (K. A. Aurstad), Aurstad Maskinutleige AS (Aurstad Maskinutleige) og Aurstad Tunnel AS (Aurstad Tunnel). De samme personene satt i ledelsen i alle tre selskaper. I det følgende omtales konsernet samlet som «Aurstad».
- (3) Advokatfirmaet DLA Piper Norway DA (DLA) – først og fremst ved advokat Bjørn Erik Mørkved – bisto konsernet med entreprisesaker fra 2016. Våren 2018 var økonomien i Aurstad dårlig, og konsernet ønsket bistand i forbindelse med en omorganisering som hadde vært planlagt i lengre tid. Advokat Mørkved anbefalte sin kollega, advokat Sveinung Mjaugedal. Mjaugedal er partner i DLA og har bred erfaring med transaksjoner i entrepriseselskaper. Det ble ikke utarbeidet en egen oppdragsbekreftelse. DLA sendte fakturaene til K.A. Aurstad uavhengig av hvilket konsernselskap som hadde mottatt rådgivningen.
- (4) I notat 4. juli 2018 beskrev Mjaugedal alternativer for omorganisering av K.A. Aurstad. Formålet var å rendyrke virksomheten. Mjaugedal påpekte i sin forklaring for lagmannsretten at han var klar over at K.A. Aurstad hadde et pågående prosjekt som medførte store økonomiske tap. Omorganiseringen var utover ønsket om rendyrking av selskapets virksomhet, også begrunnet i beskyttelse av søsterselskapene. Mjaugedal foreslo i notatet en utfisjonerings av K.A. Aurstads maskinpark til Aurstad Maskinutleige, alternativt salg til sistnevnte selskap.
- (5) I e-post 21. september 2018 fra administrerende direktør i Aurstad, A, til Sparebank 1 Søre Sunnmøre (Sparebank 1) foreslo han, etter et møte med innspill fra banken, at K.A. Aurstad skulle selge en «utstyrspakke» som inneholdt maskin og utstyr til Aurstad Maskinutleige. Banken skulle bistå Aurstad Maskinutleige med finansiering av kjøpet mot pant i pakken.
- (6) Advokat Mjaugedal utformet 26. september 2018 et nytt notat der omorganiseringen av konsernet ble beskrevet. Det fremgår at salg av deler av maskinparken til Aurstad Maskinutleige var ønsket «for å rendyrke virksomheten som knytter seg til anleggsmaskinene». Mjaugedal opplyste at salget kunne utløse plikt til å betale omregistreringsavgift, og at det måtte skje på grunnlag av armlengdes prinsippet i aksjeloven § 3-9. Rettsvernsspørsmålet ble ikke berørt.
- (7) Aurstad besluttet deretter å selge deler av maskinparken. DLA ved advokat Johan Ratvik bisto med å avklare om kjøpesummen måtte betales til K.A. Aurstads daværende bankforbindelse, DNB. Aurstad var bekymret for at DNB ville benytte vederlaget til nedbetaling av utestående kassekreditt, slik at K.A. Aurstad ikke ville bli tilført den ønskede likviditeten.

- (8) Aurstad Maskinutleige innhentet tilbud fra DNB om lån til å finansiere maskinkjøpet, men var ikke fornøyd med vilkårene. Sparebank 1 ga senere dette selskapet lån til finansiering av kjøpet med pant i maskinparken.
- (9) Kjøpsavtalen ble inngått 4. oktober 2018. Kjøpesummen ble satt til 20 millioner kroner. Et vedlegg til avtalen inneholdt en oversikt over de solgte driftsmidlene. Avtalen ble styrebehandlet samme dag både i K.A. Aurstad og Aurstad Maskinutleige. Det ble også avholdt ekstraordinær generalforsamling i begge selskaper som godkjente avtalen. Statsautorisert revisor Dag Hopland hadde utarbeidet en bekreftelse til generalforsamlingene om at aksjelovens krav var fulgt. Kjøpesummen ble gjort opp ved at Aurstad Maskinutleige betalte lønn til de ansatte i K.A. Aurstad i oktober 2018.
- (10) Den 15. oktober 2018 inngikk Aurstad Maskinutleige leieavtale med K.A. Aurstad som bestemte at sistnevnte selskap skulle leie alle de solgte driftsmidlene. Det ble utstedt faktura, forsikringene ble samme dag flyttet fra selgerselskapet til Aurstad Maskinutleige, eierskiftemeldinger ble sendt til motorvognregisteret for de maskinene dette var relevant for og dokumentasjon for avtalene ble sendt Foretaksregisteret. Avtalene ble kunngjort der som meldepliktige avtaler, jf. aksjeloven § 3-8.
- (11) Utover høsten ble den økonomiske situasjonen i K.A. Aurstad stadig dårligere. Den 6. desember 2018 begjærte selskapet oppbud. Advokat Håvard Wiker ble oppnevnt som bobestyrer. På kvelden 6. desember sendte boet epost med følgende innhold til advokatene Ratvik og Mjaugedal:
- «Vi har sett på avtaleverket rundt transaksjonen mellom Aurstad Maskinutleige AS og K A Aurstad AS og fått orientering fra ledelsen på hvordan transaksjonen er gjort. Det er på det rene at maskinene og utstyret har vært på prosjekt hele tiden og har ikke vært flyttet i forbindelse med overtagelsen.
- Basert på dette er vår foreløpige vurdering at transaksjonen ikke har rettsvern overfor boet.»
- (12) Aurstad Maskinutleige inngikk 22. desember 2018 forlik med boet. Ved stevning 27. september 2019 tok selskapet ut søksmål mot DLA og deres forsikringsselskap – Zurich Insurance PLC, Norway Branch (Zurich) – der det ble krevd erstatning som følge av mangelfull rådgivning.
- (13) Oslo tingrett avsa 28. mai 2020 dom med slik domsslutning:
- «1. I erstatning betaler DLA Piper Norway DA og Zürich Insurance Plc, Norway Branch NUF, en for begge og begge for en, kroner 8 636 000 – åttemillionersekshundre ogtrettisekstusen – med forsinkelsesrenter regnet fra 25. mars 2019 til Aurstad Maskinutleige AS innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
2. I sakskostnader betaler DLA Piper Norway DA og Zürich Insurance Plc, Norway Branch NUF, en for begge og begge for en, kroner 596 841 – femhundreogtrettisekstusen åttehundreogførtien – kroner til Aurstad Maskinutleige AS innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.»
- (14) DLA og Zurich anket til Borgarting lagmannsrett som 5. februar 2021 frifant selskapene.

Dommen har slik domsslutning:

- «1. Advokatfirma DLA Piper Norway DA og Zurich Insurance Plc, Norway Branch frifinnes.
 - 2. I sakskostnader for tingretten betaler Aurstad Maskinutleige AS 1 600 000-enmillionsekshundretusen-kroner til Advokatfirma DLA Piper Norway DA og Zurich Insurance Plc, Norway Branch senest to uker etter forkynnelsen av lagmannsrettens dom.
 - 3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Aurstad Maskinutleige AS 881 644 -åttehundreogåttientusensekshundreogførtifire- kroner til Advokatfirma DLA Piper Norway DA senest to uker etter forkynnelsen av lagmannsrettens dom.
 - 4. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Aurstad Maskinutleige AS 375 000 -trehundreogsyttifemtusen- kroner til Zurich Insurance Plc, Norway Branch senest to uker etter forkynnelsen av lagmannsrettens dom.»
- (15) Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering til at Aurstad Maskinutleige hadde rettsvern på beslagstidspunktet, slik at boet ikke hadde rett til å ta beslag i maskinparken. Lagmannsretten konkluderte videre med at advokat Mjaugedal ikke hadde opptrådt uaktsomt, og DLA og Zurich ble frifunnet for erstatningskravet.
- (16) Aurstad Maskinutleige har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (17) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 11. mai 2021 ble anken tillatt fremmet. Utvalget besluttet samtidig at forhandlingene skulle begrenses i medhold av tvisteloven § 30-14 tredje ledd, slik at det foreløpig ikke skulle forhandles om hvorvidt det foreligger årsakssammenheng og økonomisk tap.
- (18) Ved ankeutvalgets beslutning 7. juni 2021 ble det ytterligere avklart at forhandlingene for Høyesterett skulle begrenses slik at det foreløpig ikke skulle forhandles om hvorvidt det mulige tapet nyter erstatningsrettslig vern.
- (19) Etter at lagmannsrettens dom var avsagt, ble B ved Møre og Romsdal tingretts dom 4. mai 2021 dømt for overtredelse av straffeloven § 404, § 405, jf. § 410 til fengsel i ett år og ni måneder. Dommen er ikke rettskraftig. Det fremgår av dommen at tingretten la til grunn at transaksjonen mellom K.A. Aurstad og Aurstad Maskinutleige var «vesentlig mindre gunstig» for førstnevnte selskap. Det er for Høyesterett ikke bestridt at maskinene ble solgt til Aurstad Maskinutleige for 20 millioner kroner, og at dette innebar en betydelig rabatt. Videre er det opplyst at boet solgte maskinene for 44 millioner kroner. Saken står ellers i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (20) Den ankende part – *Aurstad Maskinutleige AS* – har i korte trekk anført:

- (21) Spørsmålet er om det gjelder et overleveringskrav for å oppnå rettsvern ved salg av ikke realregistrerbart løsøre. Tvisten gjelder et såkalt dobbeltsuksjonstilfelle – om kjøper har rettsvern i forhold til etterfølgende kreditorbeslag hos selger.
- (22) Rettsvernsreglene ved overdragelse av løsøre er ikke lovregulert, og det finnes ikke nyere høyesterettspraksis som avgjør spørsmålet. Reelle hensyn står derfor helt sentralt.
- (23) Fordi kreditorene som utgangspunkt kan ta beslag i det debitor eier, tilsier hensynet til notoritet og publisitet at det må stilles krav til en rettsvernsakt for å gi vern overfor selgerens usikrede kreditorer, samtidig som dette ikke bør forhindre disposisjoner som har gode grunner for seg. Rettsvernsreglene er etter sin art preseptoriske. At rettsvernsreglene i enkelttilfeller kan føre til urimelige resultater, har derfor ikke betydning. Rettstekniske hensyn tilsier at reglene er absolutte.
- (24) Den såkalte interesselæren, som oppstiller et krav om overlevering med nærmere angitte unntak, er utviklet i juridisk teori på grunnlag av eldre høyesterettspraksis. De siste 60 årene er det i teorien med få unntak lagt til grunn at det som utgangspunkt eller hovedregel gjelder et overleveringskrav.
- (25) Juridisk teori er – utover argumentasjonsverdien – i mangel av autoritative kilder en relevant rettskilde. I norsk rett oppstilles det gjennomgående et særlig rettsvernskrav ved salg av de fleste andre typer formuesgoder. Ved salg av ikke realregistrerbart løsøre er overlevering den eneste aktuelle rettsvernsakten.
- (26) Omsetningshensyn kan tilsi at det gjøres unntak, men disse må i så fall oppstilles for typetilfeller. Lagmannsrettens dom bygger på en vurdering av den konkrete transaksjonens notoritet. Dette er feil rettsanvendelse.
- (27) Det aktuelle typetilfellet – salg og samtidig tilbakeleie – er ikke oppstilt som unntak av noen i juridisk teori. Salg og tilbakeleie har klare innholdsmessige likehetstrekk med pantsettelse og kravet til rettsvern bør være det samme, jf. panteloven § 3-2.
- (28) DLA har erkjent ansvar dersom Høyesterett kommer til at det gjelder et krav om overlevering. Det gjøres videre gjeldende at DLA under enhver omstendighet er erstatningsansvarlig. Profesjonsansvaret er strengt, og DLA opptrådte uaktsomt ved ikke å opplyse om risikoen for at Aurstad Maskinutleige kunne stå i fare for å ikke få rettsvern ved kjøpet av maskinpakken.
- (29) Aurstad Maskinutleige AS har nedlagt slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. DLA Piper Norway DA og Zurich Insurance plc, Norway Branch NUF dømmes in solidum til å betale Aurstad Maskinutleige AS' sakskostnader for Høyesterett.»
- (30) Ankemotparten – *Advokatfirma DLA Piper Norway DA* – har i korte trekk anført:
- (31) Lagmannsrettens dom bygger på riktig lovanvendelse. Avtalen må være gjennomført før konkursåpning for at kjøper skal være vernet mot selgers kreditorer. At avtalen var gjennomført ved konkursåpning, er ikke omstridt. Et krav om overlevering vil innebære at

partene blir påtvunget å foreta en handling som ikke var en del av den avtalte transaksjonen.

- (32) Det følger av dekningsloven § 2-2 at kreditorene bare kan beslaglegge det skyldneren eier med unntak for tilfeller der kjøperen mangler rettsvern. Fravær av notoritet er den sentrale begrunnelsen for å oppstille et krav om overlevering. Samfunnsutviklingen har bidratt til sporbarhet og etterprøvbarhet, og dette har medført at kravet til fysisk overlevering er en lite aktuell problemstilling.
- (33) I mangel av lovgivning og høyesterettspraksis står domstolene temmelig fritt ved vurderingen av om det gjelder et overleveringskrav. Kravet er uansett ikke absolutt.
- (34) Overlevering er tilstrekkelig, men er ikke alltid nødvendig. Det kan ikke oppstilles en hovedregel med mindre man baserer seg på et avtaleprinsipp.
- (35) Kreditorstinksjon bør forbeholdes situasjoner hvor manglende notoritet ved transaksjonen gjør det nødvendig å frata erververen rett til formuesgodet. Ved at boet gis beslagsrett i et tilfelle som dette, får selgers kreditorer dobbelt dekning.
- (36) Gjennomføringen av avtalen 15. oktober 2018 sikret full notoritet blant annet ved at dokumentasjon for avtalene ble sendt Foretaksregisteret som kunngjorde dem som meldepliktige avtaler. Avtalene var kommersielt og samfunnsøkonomisk godt begrunnet og var planlagt siden 2012. Konkursen kom overraskende på de involverte partene. Overlevering var uansett et unødvendig ledd i transaksjonen, og ville vært det uansett når avtalen ble gjennomført. Fremgangsmåten er i samsvar med lang og fast transaksjonspraksis. Notoriteten er uomtvistelig. Krav om overlevering ville umuliggjort transaksjonen.
- (37) Profesjonsansvaret er en relativisering av aktsomhetsnormen, og det er ikke grunn til å bebreide DLA for at de ikke opplyste Aurstad Maskinutleige om at det var en risiko for at boet ved en eventuell konkurs ville gjøre beslag som det ikke var grunnlag for.
- (38) Advokatfirma DLA Piper Norway DA har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Advokatfirma DLA Piper Norway DA tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (39) Ankemotparten – *Zurich Insurance PLC, Norway Branch* – har i korte trekk anført:
- (40) Høyesteretts ankeutvalg har begrenset forhandlingen slik at det foreløpig ikke skal forhandles om årsakssammenheng og økonomisk tap, men de øvrige erstatningsrettslige vilkår skal behandles. Zurich's anførsler knytter seg til om vilkårene for ansvarsgrunnlag er oppfylt.
- (41) Det er påstått ansvar i kontrakt. En bærende forutsetning for advokatoppdraget, og ansvarsgrunnlaget, er at rådgivningen ikke bidrar til lovstridige disposisjoner. Transaksjonene i dette oppdraget tilfredsstilte ikke kravene i aksjeloven §§ 3-8 og 3-9 som forutsetter at maskinpakken ble solgt til markedsverdi.

(42) Aurstad Maskinutleige har misligholdt sin opplysningsplikt om utstyrspakkens verdi. Aurstad Maskinutleige ga seg selv en rabatt på 44 prosent. At selskapet holdt tilbake korrekt informasjon om at transaksjonen ikke tilfredstilte aksjelovens krav, innebærer brudd på lojalitetsplikten. Dette fører til at oppdragsavtalen er bortfalt som følge av bristende forutsetninger. Aurstad Maskinutleige har derfor mistet sine misligholdsinnsigelser overfor DLA.

(43) Zurich Insurance Plc, Norway Branch har nedlagt slik påstand:

- «1. Anken forkastes.
2. Zurich Insurance Plc, Norway Branch tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

(44) Aurstad Maskinutleige krever erstatning fra DLA for tap de er påført ved å inngå forlik med K.A. Aurstads konkursbo. Ved vurderingen av advokatansvar for DLA står det sentralt om salgsavtalen hadde rettsvern. Med rettsvern menes i denne sammenhengen kjøperens vern mot selgerens kreditorer.

(45) Det er enighet om at salgsdelen av avtalen er gjennomført mellom partene, at det er et reelt salg med tilbakeleie, og at kjøpesum og forfalt leie er betalt. Kjøps- og tilbakeleieavtalen ble inngått med i underkant av to ukers mellomrom, men det er ikke bestridt at de inngikk i et større avtalekompleks. Det er heller ikke bestridt at maskinene ikke ble overlevert til kjøper eller at selgeren ikke på annen måte mistet rådigheten over dem, og heller ikke at de ble værende på anleggene der de befant seg på avtaletidspunktet.

(46) Formålet med avtalene var todelt: Omstrukturering av konsernet og ønsket om å frigjøre kapital for å dekke K.A. Aurstads likviditetsbehov. Når dokumentasjonen forut for avtaleinngåelsene sees i sammenheng, fremstår det etter mitt syn som klart at omorganiseringen ble utløst som en konsekvens av likviditetsutfordringene i K.A. Aurstad våren og sommeren 2018. Formålet med denne konkrete transaksjonen er imidlertid ikke avgjørende for mitt syn.

(47) Utgangspunkt må tas i «Hovedregel om beslagsretten» i dekningsloven § 2-2, der det fremgår at fordringshaverne kan ta beslag i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». I NOU 1972: 20 side 255 heter det om denne bestemmelsen:

«I likhet med kkl. § 37 har man presisert at beslagsretten gjelder formuesgoder som 'tilhører skyldneren'. Den nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene.»

(48) Forarbeidene viser at beslagsretten ikke kan forstås ut fra *ett kriterium*: Hvem som har eiendomsrett. Kreditorenes beslagsrett er ikke definert i én setning. Ved drøftelsen av rettsvernet gir det derfor liten veiledning å spørre om formuesgodet på beslagstiden «tilhører» skyldneren eller erververen. Spørsmål om erververens vern mot skyldnerens kreditorer for formuesgoder på vei ut fra skyldnerens sfære må i dag løses på grunnlag av

rettsvernsreglene. Disse står på egne ben og supplerer dekningsloven § 2-2, jf. Andenæs, Konkurs, 3. utgave side 245.

- (49) Et grunnleggende formål med reglene om rettsvern er å forhindre kreditorskadelige disposisjoner. Dette oppnås ved at rettsreglene sikrer notoritet og i en viss grad publisitet. Notoritet ivaretar hensynet til at erverv eller en annen rettsstiftelse er kontrollerbart på en enkel måte. Publisitet ivaretar hensynet til at skyldnerens øvrige fordringshavere skal kunne følge med i andres erverv av skyldnerens formuesgoder for – og om nødvendig – å begjære utlegg eller konkurs i tide.
- (50) I norsk rett oppstilles det av rettstekniske hensyn generelle og spesifikke rettsvernskrav i tillegg til den konkrete vurdering av eiendomsrettens overgang i det enkelte tilfellet. Rettsvernsreglene er nødvendigvis preseptoriske, og må som det klare utgangspunkt gjelde absolutt, jf. HR-2021-1773-A avsnitt 64 med videre henvisninger til HR-2017-33-A, Rt-1998-268 og Rt-1997-1050. For å få rettsvern, er det ikke tilstrekkelig at disposisjonens notoritet og publisitet godtgjøres på annen måte enn ved den foreskrevne rettsvernsakten.
- (51) Dette innebærer at rettsvernsreglene også kan ramme hensiktsmessige avtaler som er gjennomført mellom partene, og selv om resultatet i det enkelte tilfelle kan fremstå som urimelig. At det oppstilles rettsvernsregler, må forstås i lys av at kjøperen gjør krav på separatistrett, slik at den solgte gjenstanden ikke kan tjene til dekning av krav fra overdragerens kreditorer. Disse utgangspunktene er likevel ikke til hinder for at det kan oppstilles unntak fra de foreskrevne rettsvernsaktene for enkelte typetilfeller. Dette kommer jeg tilbake til.
- (52) Rettsvern for overdragelse av eiendomsrett er i stor utstrekning lovfestet og oppnås på ulike måter, jf. eksempelvis ved tinglysning for fast eiendom, registrering i skipsregisteret for skip, notifikasjon til debitor for enkle fordringer og registrering av rettigheter til finansielle instrumenter som er innført i verdipapirsentral.
- (53) I motsetning til håndpant i løsøre der panteloven § 3-2 krever at eieren fratras rådigheten, har vi ingen lovfestede regler som sier noe om hvordan avtaleerverver som får eiendomsrett til løsøre, skal få rettsvern. Noen generell registreringsordning er ikke tilgjengelig for ikke-realregistrerbart løsøre.
- (54) Ut fra hensynet til konsekvens vil et naturlig utgangspunkt for drøftelsen av løsørekjøpers rettsvern overfor selgers kreditorer da være reglene om pant i løsøre. Selv om det i dag er lovfestet en rekke underpantregler i panteloven kapittel 3, er håndpantregelen fortsatt det formelle og grunnleggende utgangspunktet for pant i løsøre, jf. panteloven § 3-2. I så fall må kjøper for å få rettsvern mot selgers kreditorer, sørge for at selger fratras rådigheten.
- (55) Spørsmålet om hvilke vilkår som gjelder for å få vern overfor avhenders kreditorer har vært drøftet i juridisk teori i 250 år, jf. Lilleholt, Allmenn formuerett, 2. utgave side 301. Høyesterettspraksis har ikke gitt noen endelig avklaring, men to eldre høyesterettsavgjørelser har fått bred plass i juridisk litteratur, jf. Rt-1910-231 *Ku-dommen* og Rt-1912-263 *Jernskrap-dommen*. I *Ku-dommen* skulle de solgte kyrne bli hos selger til de var utmelket, og kuene var fremdeles der da selger gikk konkurs. I *Jernskrap-dommen* var jernet individualisert og klart til avhenting ved konkursåpning. I den førstnevnte dommen kom Høyesterett til at konkursboet kunne ta beslag, mens det motsatte ble resultatet i den andre saken.

- (56) Brækhus/Hærem tok med utgangspunkt i disse to avgjørelsene til orde for at det gjaldt et krav om overlevering, dersom tingen ikke var stilt til kjøpers disposisjon, eller dersom selgeren ble sittende med tingen i egen interesse, senere omtalt som interesselæren, jf. Brækhus/Hærem, Norsk tingsrett, 1964 side 506 følgende. På side 513 er dette oppsummert slik:
- « ... kjøperens rett bør være beskyttet mot selgerens kreditorer hvor salgsgjenstanden er stillet til kjøperens disposisjon eller det bare beror på ham selv når han skal få gjenstanden i sin besittelse. Det samme bør muligens være tilfelle hvor det bare er transporten av gjenstanden som gjenstår, eller hvor selgeren skal utføre visse tilleggsarbeider på gjenstanden som i og for seg er ferdig til levering.»
- (57) Høyesteretts kortfattede begrunnelser i *Ku-* og *Jernskrapdommene* viser at de begrunnelsene som flertallene ga, ikke samsvarer med interesselæren. Begrunnelsene bygger på den eldre oppfatningen om at eiendomsretten gikk over samlet – det såkalte substansielle eiendomsrettsbegrepet. Interesselæren gir likevel en rasjonell forklaring på de resultatene Høyesterett kom til.
- (58) Interesselæren bygger på at i de tilfellene der kjøper har foretatt en forskuddsbetaling, innebærer dette i realiteten at han har gitt selger kreditt. Rettsvernsreglene bør derfor i slike tilfeller være de samme ved overdragelse av eiendomsrett og etablering av en sikkerhetsrett som krever overlevering eller at eieren fratas rådigheten. Men dersom selger har gjort det han skal og både kan og vil levere, har han krav på betaling, og betaling før levering kan i disse tilfellene ikke likestilles med en kredittytelse.
- (59) I norsk juridisk teori har det etter dette – i tråd med den løsningen som antas å ha de beste grunner for seg – utkrystallisert seg en hovedregel om at kjøperen får rettsvern når gjenstanden overleveres til ham eller ved at selgeren på andre måter fratas rådigheten, jf. blant andre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave side 304–305, Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave side 261–262, Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave side 766 og Høgetveit Berg, *Beslagsretten*, 2021 side 426.
- (60) Særlig to forfattere har i senere tid reist tvil om overleveringskravets berettigelse som alminnelig hovedregel og har stilt seg kritisk til dette kravet. Hauge synes å akseptere hovedregelen, men tar likevel til orde for en mer nyansert tilnærming, jf. Hauge, *Løsøreerververs kreditorvern*, 2016 side 128–130, 148 og 168. Salvesen, *Kreditorvern*, 2021 på side 360–361 argumenterer med at det «*de lege lata* er vanskelig å konkludere med hvilken kreditorvernregel som gjelder ved lølørekjøp».
- (61) En oppsummering viser at den alminnelige oppfatningen i litteraturen i minst 60 år i hovedsak, men ikke unisont, har vært at det som hovedregel eller utgangspunkt gjelder krav om overlevering eller at selger på annen måte fratas rådigheten over gjenstanden. Underrettspraksis tyder på det samme, jf. Høgetveit Berg, *Beslagsretten* side 426 med videre henvisninger. Det synes også allment akseptert at kjøper har rettsvern mot selgers kreditorer der selger 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. I slike tilfeller er faren for kreditorsvik liten. Dette viser i tillegg at det i begrenset utstrekning er oppstilt unntak fra hovedregelen, at de aktuelle unntakene gjelder tilfeller som ikke kan likestilles med sikkerhetsstillelse, og der faren for

kreditorsvik er liten. Om det i tillegg må oppstilles unntak ved ordinære forbrukerkjøp, går jeg ikke inn på, da dette uansett ikke har betydning for avtaler mellom profesjonelle parter.

- (62) Etter min oppfatning har den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur over tid her selvstendig betydning som rettskilde utover argumentasjonsverdien i kraft av at denne oppfatningen også i praksis synes å være akseptert som gjeldende rett. Jeg slutter meg til Lilleholt, Allmenn formuerett side 304–305:
- «I den mon spørsmålet har kome på spissen i praksis i einskildsøking og i konkurs, ser det ikkje ut til å ha skapt større vanskar, og det er ikkje urimelig å tru at partane har bygd på synspunkta i lærebøker og annan litteratur. Praksis frå underordna domstolar synest å vera spreidd, men gjev samla ikkje uttrykk for andre utgangspunkt enn dei som har dominert i litteraturen. I privatretten heter det at rettssetningar festar seg på slikt grunnlag; tidlegare nógde ein seg gjerne med å vise til sedvane.»
- (63) Jeg er på denne bakgrunn ikke enig med ankemotparten – DLA – i at det *ikke* kan oppstilles en hovedregel dersom man ikke baserer seg på prinsippet om at kjøper er vernet allerede ved avtaleinngåelsen.
- (64) Betydningen av å oppstille en hovedregel eller et utgangspunkt, er at det er unntakene som må begrunnes. Hensynene bak reglene om kreditorekstinksjon og rettsvern bør være avgjørende for hvor langt hovedregelen eller utgangspunktet kan fravikes. Jeg har tidligere fremhevet hensynet til faren for kreditorsvik som et grunnleggende hensyn.
- (65) Som jeg har vist til, gjelder den konkrete transaksjonen i saken her et salg kombinert med tilbakeleie. Det kan – slik jeg ser det – ikke oppstilles unntak på grunnlag av en vurdering av om den konkrete transaksjonen er notorisk. Dersom det skal oppstilles unntak, må unntaket av retts tekniske hensyn gjelde for avtaler om salg og kombinert med tilbakeleie sin alminnelighet. Det aktuelle typetilfellet er ikke nevnt som unntak i teorien – snarere tvert om, jf. Andenæs, Konkurs, side 265, Lilleholt, Allmenn formuerett, side 305–306 og Høgetveit Berg, Beslagsretten, side 429.
- (66) Ved avtaler om salg og samtidig tilbakeleie eller annen bruksrett for selgeren trenger ikke kjøperen formuesgodet til eget bruk, og selgeren fortsetter å bruke dette. Salget skal i disse tilfellene ikke gjennomføres mellom partene ved at gjenstanden overføres fysisk til kjøper. Dette typetilfellet har således betydelige likheter med pantsettelse der det etter panteloven § 3-2 gjelder et overleveringskrav. Slike kombinasjoner har tidligere blitt behandlet som et forsøk på å omgå håndpantregelen, dels på grunnlag av proforma og dels gjennom tolking, jf. Andenæs, Konkurs, side 265 med videre henvisninger. Det går heller ikke alltid et klart skille mellom overdragelse til eie og sikkerhetsstillelse. Hensynet til likebehandling av kreditorene tilsier klart at det bør gjelde krav om fratakelse av rådighet ved avtaler om salg og tilbakeleie. Også hensynet til notoritet står særlig sterkt ved denne type avtaler.
- (67) Ankemotparten har vist til at salg og tilbakeleieavtaler er forretningsmessig og samfunnsmessig godt begrunnet, og at manglende overlevering eller rådighetsfratakelse er i samsvar med lang og fast transaksjonspraksis. Til dette bemerker jeg at rettsvernsreglene, som nevnt, er preceptoriske. Partene kan dermed ikke avtale seg bort fra disse. Men en avtale som mangler rettsvern, kan like fullt være gyldig inngått og bindende *mellom partene*. Det er derfor ikke noe generelt i veien for at det inngås slike avtaler, men dette er ikke avgjørende for om avtalene har rettsvern overfor selgerens kreditorer.

- (68) Som hovedregel eller utgangspunkt gjelder det altså et krav om at selger må fratas rådgigheten over gjenstanden for at kjøper skal få rettsvern. Jeg tilføyer at fratakelsen av rådgigheten – i motsetning til det som gjelder etter håndpantregelen i panteloven § 3-2 – ikke behøver å være varig. For meg er det ikke nødvendig å ta nærmere stilling til hva som ligger i dette kravet, og det har heller ikke vært prosedert for Høyesterett. Mitt syn er videre at det bør kunne oppstilles unntak fra dette kravet for kontraktstyper der faren for kreditorsvik er liten og gode grunner taler for å ikke kreve en rettsvernssakt. Jeg kan etter dette ikke se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om overlevering ved kontrakter om salg og samtidig tilbakeleie.
- (69) Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering til at det *i dette tilfellet* kunne gjøres unntak fra overleveringskravet, og at Aurstad Maskinutleige hadde rettsvern på beslagstidspunktet. K.A. Aurstads konkursbo hadde derfor ikke rett til å ta utlegg i maskinparken. Om salg og tilbake leie avtaler heter det i dommen på side 14:
- «Lagmannsretten er oppmerksom på at det i situasjoner med salg og tilbakeleie – som i vår sak – kan oppstå særlige problemer knyttet til notoriteten og realiteten i transaksjonen Disse tilfellene bør imidlertid løses gjennom proformaregler, eventuelt omstøtelse, fremfor å pålegge et krav om overlevering som ikke skal skje etter avtalen mellom partene.»
- (70) Mitt syn er at dette bygger på uriktig lovanvendelse. Dersom det skal gjøres unntak fra kravet til overlevering, må dette gjelde salg og tilbakeleieavtaler i sin alminnelighet. Kravet om reell overdragelse, reglene om rettsvern og reglene om omstøtelse gjelder ved siden av hverandre. Reglene har delvis sammenfallende formål og begrunnelse, men de nærmere hensynene som ligger bak de tre regelsettene er ikke de samme. Det viser seg klart i utformingen av reglene både på vilkårs- og virkningssiden.
- (71) Det er – slik jeg ser det – heller ikke grunnlag for å gjøre unntak fra overleveringskravet ved konserninterne transaksjoner, jf. aksjeloven §§ 3-8 og 3-9. Disse reglene er oppstilt fordi det er en særlig risiko forbundet med transaksjoner mellom nærstående. Til illustrasjon var i vår sak begge de to datterselskapene 100 prosent eid av morselskapet Aurstad AS, og de samme personene var ledelsen i alle konsernselskapene. At det er uomtvistelig at det er inngått avtale om salg og tilbakeleie, er ikke tilstrekkelig til å fjerne den generelle risikoen for kreditorsvik og kan da ikke begrunne at det ved denne type transaksjoner oppstilles unntak fra rettsvernskravet.
- (72) Jeg er kommet til at Aurstad Maskinutleige ikke hadde rettsvern for sin eiendomsrett i maskinene på beslagstidspunktet, og at K.A. Aurstads konkursbo derfor kunne ta beslag i disse.
- (73) DLA har erkjent ~~ansvar~~ *ansvarsgrunnlag** dersom Høyesterett kommer til at det gjelder et krav til overlevering eller rådgighetsfratakelse i denne saken. For meg er det derfor ikke nødvendig å drøfte om vilkårene i kravet til ansvarsgrunnlag er oppfylt.
- (74) Zurich har for Høyesterett gjort gjeldende at oppdragsavtalen mellom Aurstad Maskinutleige og DLA er bortfalt som følge av bristende forutsetninger. Aurstad Maskinutleige unnlot å opplyse DLA om at maskinene ble solgt til underpris. Det anføres videre at unnlåtelsen bidro til en rettsstridig transaksjon, og at Aurstad Maskinutleige har mistet retten til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.

- (75) Om DLA ville sagt fra seg oppdraget hvis de hadde fått vite om underprisen, og om dette ville medført at Aurstad Maskinutleige ikke kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser overfor DLA, henger nøye sammen med spørsmålene om årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern. Som følge av begrensningene Høyesteretts ankeutvalg har besluttet, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd, har disse spørsmålene ikke vært tema under ankeforhandlingene. Jeg har derfor ikke forutsetning for å ta stilling til anførslene som uansett vil være i behold ved ny behandling i lagmannsretten.
- (76) Min konklusjon blir etter dette at anken fører frem, og at lagmannsrettens dom oppheves.
- (77) Aurstad Maskinutleige har fremsatt krav om dekning av sakskostnader for Høyesterett med 582 885 kroner. Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-2.
- (78) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Advokatfirma DLA Piper Norway DA og Zurich Insurance Plc, Norway Branch én for begge og begge for én til Aurstad Maskinutleige AS 582 885 – femhundreogåttitotusenåttehundreogåttifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (79) Dommer **Noer:**

Særmerknad

- (80) Jeg slutter meg til førstvoterendes syn om at det er grunnlag for ansvar for mangelfull rådgivning og at lagmannsrettens dom må oppheves. Jeg har imidlertid et noe annet syn på spørsmålet om rettsvern.
- (81) Etter hovedregelen i dekningsloven § 2-2 har fordringshaverne rett til dekning i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Det grunnleggende utgangspunktet er altså at kreditorene bare kan ta beslag i gjenstander som tilhører debitor. Avgjørende er hva som mest sannsynlig er de reelle eierforholdene, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 andre ledd og Rt-2000-851.
- (82) Selv om en kjøper sannsynliggjør at han eller hun er rette eier, er ikke det alltid nok. Manglende rettsvern kan føre til at selgers kreditorer likevel kan ta beslag i gjenstandene. Spørsmålet er om det er tilfelle i vår sak.
- (83) Ved pantsettelse av løsøre som ikke kan registreres i et realregister, er hovedregelen at det kreves «overlevering» eller «tiltak som fører til at eieren taper rådigheten over» gjenstandene for at pantøver skal få rettsvern, jf. panteloven § 3-2 andre ledd. Det samme har vært gjeldende lære ved salg av løsøregjenstander. Avgjørende er fratakelse av den fysiske rådigheten.

- (84) Læren bygger primært på eldre høyesterettspraksis og på ulovfestet rett og teori. Selv om Høyesteretts dommer er gamle, har det etter mitt syn likevel en viss relevans at Høyesterett i disse tidligere avgjørelsene synes å ha sett noe mer pragmatisk på kravet om overlevering. I Tømmerdommen – Rt-1909-734 – viste Høyesterett til at det solgte tømmeret var tilstrekkelig spesifisert. Også i Jernskrapdommen – Rt-1912-263 – bygget Høyesterett på at det hadde skjedd en «tilsrrækkelig spesifikasjon» av de solgte varene. Selv om varene ikke var overlevert til kjøper, ble kreditorene nektet å ta beslag i gjenstandene.
- (85) Siden rettskildene er relativt sparsomme, vil de hensynene som bærer læren få betydning for hvordan grensen trekkes, jf. Lilleholt, Allmenn formuerett, 2. utgave side 305, som uttrykker det slik:
- «Dei faktiske situasjonane er så varierende at vi neppe kan rekne med at eit vilkår om fråtaking av innehavinga er tenleg i alle tilfelle. Omsyna bak reglane om kreditorekstinksjon og rettsvern mot kreditorar bør avgjera kor langt det nemnde utgangspunktet skal følgjast.»
- (86) Som påpekt av førstvoterende, er de grunnleggende hensynene bak rettsvernsreglene særlig notoritet og publisitet, jf. Rt-1995-1181 på side 1187. Notoriteten skal sørge for klarhet eller bevis om hvem som er den reelle eier av en gjenstand. Publisiteten skal sikre en viss synlighet rundt transaksjonen.
- (87) I saken her er det ikke uenighet om at det har skjedd et salg av maskinparken, og at Aurstad Maskinutleige ble reell eier av maskinene. Det er heller ikke uenighet om at det – ni dager seinere – ble inngått en avtale om at selger skulle leie flesteparten av maskinene. Kjøpesummen er overført og det er deretter betalt leie i henhold til leieavtalen. Transaksjonene ble registrert i foretaksregisteret, i motorvognregisteret for deler av maskinparken og i selskapenes regnskaper.
- (88) Førstvoterendes syn er at konkursboet kan ta beslag i maskinene, fordi det ikke var gjennomført noen rettsvernsakt. Etter den tradisjonelle læren kunne Aurstad Maskinutleige her for det første skaffet seg rettsvern ved å flytte maskinene til kjøper. Hvor lang tid de måtte være hos kjøper er ikke klart, men det er lagt til grunn at det ikke kreves en varig flytting, jf. Høgetveit Berg, Beslagsretten, 2021 side 428.
- (89) En slik midlertidig fratakelse av rådigheten ville imidlertid være vanskelig her. Det dreide seg om hundretalls maskiner og biler som var i bruk på anlegg. Å flytte dem ville vært avtalebrudd overfor byggherren, det ville vanskelig la seg gjøre i praksis og manøveren ville blitt svært kostbar.
- (90) Alternativt kunne selger midlertidig fratas rådigheten over maskinene ved at en utenforstående fikk hånd om dem for en periode. Det kunne for eksempel skje ved overlevering av nøkler eller andre vitale deler. Men heller ikke dette er enkelt håndterbart. Maskinene var som sagt i arbeid. Det er dessuten uklart hvor lenge en eventuell nøkkeloverlevering måtte vare for at den skulle gi rettsvern.
- (91) Dersom man – som en tredje mulighet – ser det slik at maskinene var under byggherrens rådighet på byggeplassen, kunne varsel til ham vært et alternativ. Det er lagt til grunn at dersom en tredjeperson sitter med gjenstandene som selges, vil varsel til tredjepersonen om at varene er solgt oppfylle kravet til rettsvern, jf. panteloven § 3-2 tredje ledd og Høgetveit

Berg, Beslagsretten side 384. Men dette passer ikke i saken her. Selger hadde fremdeles rådigheten over maskinene – selv om de var utplassert på anlegg.

- (92) En fjerde mulighet var at maskinene ble merket med nye logoer eller lignende. Dette ville imidlertid neppe være nok til å oppfylle kravet til rettsvernsakt.
- (93) Gjennomgangen viser etter mitt syn at kravet til overlevering som vilkår for rettsvern er problematisk i en sak som dette. Det er upraktisk, uklart og gir liten notoritet over tid. Avgjørende er dette likevel ikke. Det kan ikke være ulike rettsvernsregler alt etter forholdene i den enkelte saken. Det bringer meg over til de hensynene som begrunner overlevering som rettsvernsakt i saker som dette.
- (94) Læren om overlevering er gammel. Den ble utviklet i en tid da avtaler ble skrevet på et stykke papir. Kjøp ble gjort opp med kontante penger. Dette ga liten notoritet. Et krav om overlevering av varene var viktig for å forhindre falske kontrakter og antedatering.
- (95) Samfunnsutviklingen har gjort at situasjonen i dag er noe annerledes. Større kontrakter vil normalt være lagret elektronisk. Det samme gjelder for pengeoverføringer. Behovet for å kreve overlevering for å sikre notoriteten, er nok derfor mindre enn tidligere.
- (96) I tillegg er adgangen til pantsettelse av løsøre – uten krav om overlevering – mer omfattende nå. Kreditorerne kan i enda mindre grad enn tidligere regne med at det løsøret som er hos debitor også kan tjene til dekning for deres krav. Gjenstandene kan være pantsatt som driftstilbehør eller påheftet salgspant for å nevne noe. Å frata selger rådigheten over gjenstandene for en kortere periode – slik det vil være ved salg og tilbakeleie – er neppe av stor betydning for å sikre publisitet rundt avtalen og eierforholdene.
- (97) Grunnleggende sett kan man også spørre seg om et krav om midlertidig overlevering i særlig grad er egnet til å forhindre kreditorsvik. Som påpekt av Høgetveit Berg, er notoriteten ved overlevering svak, «og dersom avtalepartene medvitne går inn for kreditorsvik, vil dei nok normalt kunne ordne med overlevering også», jf. Beslagsretten side 423. Salvesen viser til at en overlevering ikke sier noe «om *når* en disposisjon har skjedd, hvilken *rettighet* som er overdratt, og til *hvilken pris* løsøregjenstanden er overdratt», jf. Kreditorvern, 2021 på side 330. Dette gjelder desto mer der det kun er krav om en midlertidig fratakelse av rådigheten for å få rettsvern.
- (98) Jeg er enig med førstvoterende i at det er viktig med klare og forutberegnelige rettsvernsregler. Læren om at kjøper ikke får rettsvern uten overlevering har imidlertid unntak som gjør at heller ikke den er skarp i kantene. Det gjelder for eksempel unntak der tingen har blitt stående hos selger i kjøpers interesse og ved visse tilvirkningskjøp. Det er videre diskutert om overleveringskravet muligens må modifiseres ved forbrukerkjøp, ved netthandel og der varen er klargjort for levering til kjøper. Kravet om rådighetsfratakelse åpner dermed for relativt skjønnsmessige vurderinger. Det gjelder ikke minst ved avtaler om salg og tilbakeleie, hvor avtalene i seg selv ikke inneholder noen forutsetning om overlevering.
- (99) Derimot kan sammenhengen med pantereglene tale for overlevering som rettsvernskrav i saker som dette. For de fleste formuesgoder er kravene identiske for pant og for salg, jf. Høgetveit Berg, Beslagsretten side 416. Det er retts teknisk enklere om rettsvernsreglene

er de samme, og like regler gjør det lettere å forhindre omgåelser i form av at pantsettelse kamoufleres som salg og tilbakeleie.

- (100) På den annen side kan det spørres om det ikke primært er andre regler enn rettsvernsreglene som skal forhindre denne typen kreditorsvik. Gavesalg og andre utilbørlige avtaler kan omstøtes etter dekningsloven kapittel 5. Er «kjøpet» i virkeligheten en pantsettelse, kan avtalen settes til side som proforma. Dansk Højesterets dom i U.2007.1184H kan tjene til illustrasjon. Højesteret kom her til at en leasingavtale i realiteten var en pantsettelse. Transaksjonen sto seg da ikke overfor kreditorene:
- «Højesteret finder herefter, at der ikke var tale om et reelt leasingforhold, men om et arrangement, som må sidestilles med pantsætning til sikkerhed for lån. Da sikringsakten ved pantsætning ikke var foretaget, havde LeasIT ikke nogen ret over de omhandlede biler, som kunne gøres gældende over for konkursboet.»
- (101) Utvalget som forberedte den norske panteloven vurderte en egen regel om proforma-avtaler, men kom til at dette ikke var nødvendig. Utvalget pekte blant annet på «at det ikkje er avgjerande kva for ord og ytre framgangsmåte partane har bruka», jf. NUT 1970: 2 Rådsegn 8 på side 46. Deretter heter det:
- «Det som røyntleg er meint å skulle vera pantsetjing, kjem inn under pantsetjingsreglane endå om det er sett opp eit dokument som viser noko anna. Dette er så etter gjeldande rett, og det vil vera på same måten etter ei ny lov.»
- (102) Spørsmålet må også ses i forhold til konsekvensene av manglende rettsvern. Går selger konkurs, kan konkursboet beholde både kjøpesummen og de gjenstandene som er solgt. Kjøper vil kun få et dividendekrav mot boet. Etter mitt syn tilsier dette at man skal være forsiktig med å tolke rettsvernsreglene for vidt. Det er tross alt ulovfestede regler, som innholdsmessig står i et visst spenn til det som følger av ordlyden i dekningsloven § 2-2 om kreditorenes dekningsrett.
- (103) Et absolutt krav om overlevering som vilkår for rettsvern gjør det dessuten vanskelig å vite når rettsvern kan anses etablert der det er inngått avtale om salg og tilbakeleie og det ikke har skjedd noen midlertidig overlevering. Kan kreditorene ta beslag i maskiner og utstyr som ble solgt og tilbakeleid for flere år siden, dersom selger fremdeles er leietaker og har rådigheten over gjenstandene?
- (104) Utenlandsk rett viser at land har ulike regler. Etter en gjennomgang av situasjonen i Skandinavia og enkelte europeiske land, konkluderer Lilleholt slik i Allmenn formuerett side 308:
- «Den internasjonale stønaden for eit vilkår om fråtaking av innehaving er med andre ord ikkje sterk.»
- (105) Det samme går fram av den svenske lovutredningen SOU 2015:18. Utvalget foreslo at man i Sverige skulle gå bort fra overlevering som rettsvernskrav ved kjøp og salg av løsøre. I utredningen på side 10 pekes det på at de fleste europeiske land ikke lenger krever overlevering, og at de som fremdeles har regler om dette, åpner for at man kan avtale seg bort fra kravet.

- (106) Det ulovfestede kravet om overlevering som vilkår for rettsvern ved kjøp og salg er dessuten utfordret av enkelte forfattere i nyere tid. Hauge argumenterer i sin bok for at det for avtaler om salg og tilbakeleie er «vanskelig å finne avgjørende holdepunkter i rettskildene for at det ... gjelder et absolutt overleveringskrav, uavhengig av disposisjonens realitet», jf. Løsøreerverters kreditorvern, 2016 side 186. Hun konkluderer med at man ikke alltid kan kreve overlevering, og at «[r]ettsanvender vil være henvist til en vurdering av disposisjonens realitet», jf. side 195. Salvesen argumenterer med at en bindende individualisering av salgsgjenstanden bør gi rettsvern ved vanlig kjøp og salg, så fremt «kjøper har etablert en rettighetsposisjon overfor selger som avskjærer selger fra å kunne disponere ansvarsfritt over løsøregjenstanden til fordel for andre», jf. Kreditorvern side 357.
- (107) Usikkerheten om hvordan man oppnår rettsvern, gjør det mer krevende å inngå avtaler om salg og tilbakeleie. Man kan vurdere det som bra. Som førstvoterende understreker, har man tradisjonelt pekt på salg og tilbakeleie som situasjoner hvor det er særlig stort behov for strenge rettsvernskrav. Firkantede regler kan i noen grad gjøre det vanskeligere å gjennomføre illojale avtaler. Og for kreditorene er det enkelt å forholde seg til, fordi avtalene kan settes til side uten noen nærmere vurdering av innholdet i dem eller av om det er handlet illojalt.
- (108) På den annen side må det tas hensyn til at avtaler om salg og tilbakeleie trolig er ganske vanlige. Det er avtaler som kan ha helt legitime formål og tjene samfunnsmessige behov, blant annet i forbindelse med omorganiseringer og der det er behov for å reise kapital. Vår sak gjelder avtaler mellom nærstående hvor det er mistanke om salg til underpris. Men reglene må utformes ut fra hensynet til at slike avtaler i stor grad også inngås mellom uavhengige parter og på markedsmessige vilkår. Utfordringen ligger i å finne balansen mellom hensynet til å unngå kreditorsvik på den ene siden og det å legge til rette for smidige og trygge regler for kjøp og salg på den andre siden.
- (109) Jeg er usikker på om hensynet til kreditorene veier så tungt at det ikke kan gjøres unntak fra utgangspunktet om overlevering ved avtaler om salg og samtidig tilbakeleie, slik førstvoterende konkluderer med. Gitt at det her er ulovfestede regler som gjør inngrep i eiendomsretten, bør reglene ikke gis et større nedslagsfelt enn nødvendig. I vår sak er det snakk om fratakelse av eiendomsretten til verdier på mange millioner kroner, basert på rettsvernskrav som i praksis var uklare og derfor vanskelige å forholde seg til. Hvis regelen skal gjelde uten unntak, betyr det at konkursboet også kunne tatt beslag i maskinparken selv om kjøpet hadde skjedd til full pris og til en utenforstående aktør.
- (110) Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til rekkevidden av kravet om overlevering generelt. Dette er komplekse spørsmål av stor praktisk betydning, og lovgiver er nærmest til å klargjøre grensene etter en bredere vurdering.
- (111) Jeg heller imidlertid til at salget i vår sak hadde oppnådd rettsvern. Det er inngått reelle avtaler som er gjennomført etter sitt innhold. Salgsgjenstandene er identifiserte. Selger hadde ikke lenger rett til å råde over gjenstandene, ut over den retten som fulgte av leieavtalen. Kjøper har dessuten sikret bevis for avtalene og synlighet av transaksjonen ved registrering i regnskaper og i offentlig tilgjengelige registre. I en situasjon med salg og tilbakeleie, hvor fratakelse av den fysiske rådigheten ellers ikke er en naturlig del av transaksjonen, mener jeg mye taler for at dette er tilstrekkelig.

- (112) En annen ting er at avtalen eventuelt kunne vært omstøtt, hvis det i realiteten dreide seg om gavesalg eller utilbørlige disposisjoner, jf. dekningsloven §§ 5-2 og 5-9. Jeg ser heller ikke bort fra at avtalen – gitt at det dreier seg om salg til underpris – kunne anses som kredittgivning, med den konsekvens at man satte den til side som proforma og krevde rettsvern i tråd med reglene for pantsettelse. Dette er det imidlertid ikke grunnlag for å ta stilling til i denne saken.
- (113) Når det gjelder kravet om erstatning på grunn av rådgivningen til advokat Mjaugedal, er jeg kommet til at det er opptrådt ansvarsbetingende. Selv om jeg har et annet syn på den underliggende jussen, ser jeg det slik at usikkerheten rundt hva som ville kreves for å oppnå rettsvern og de store konsekvensene dersom rettsvern ikke ble oppnådd og selger gikk konkurs, gjorde at det skulle vært orientert om dette.
- (114) Dommar **Høgetveit Berg:** Eg er i det vesentlege og i resultatet samd med fyrstvoterande, dommar Normann.
- (115) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (116) Dommer **Webster:** Likeså.
- (117) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Advokatfirma DLA Piper Norway DA og Zurich Insurance Plc, Norway Branch én for begge og begge for én til Aurstad Maskinutleige AS 582 885 – femhundreogåttitotusenåttehundreogåttifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

**Rettet 19. november 2021, i medhold av tvisteloven § 19-8 første ledd.*

Bergljot Webster
(sign.)