

UiO : **Det juridiske fakultet**

Med utgangspunkt i Deutsche Bank-kjennelsen: Om den objektive proformanormen og dens betydning for utleggskreditors beslagsrett i tredjepersonskonflikter

Kandidatnummer: 694

Leveringsfrist: 25.05.2020 kl 12:00

Antall ord: 17963



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Problemstillingenes aktualitet | 3 |
| 1.2 | Plassering av oppgavens tema. Presentasjon av konflikttypen | 4 |
| 1.2.1 | Dobbeltsuksesjonskonflikten..... | 4 |
| 1.2.2 | Hjemmelspersonkonflikten..... | 5 |
| 1.3 | Metode | 6 |
| 1.3.1 | Særlig om metoden når innholdet i den objektive proformanormen skal fastlegges | 6 |
| 1.3.2 | Særlig om metoden når det skal drøfte om den objektive proformanormen bør anvendes i hjemmelspersonkonflikten..... | 7 |
| 1.3.3 | Metodisk avgrensing mot menneskerettighetene | 8 |
| 1.4 | Oppgavens videre oppbygning..... | 8 |
| 2 | INNLEDENDE OM FORSKJELLEN MELLOM DEN SUBJEKTIVE OG DEN OBJEKTIVE PROFORMANORMEN..... | 8 |
| 2.1 | Vilkår for å underkjenne en avtale etter den subjektive proformanormen | 8 |
| 2.1.1 | Rettsvirkning av at en avtale blir underkjent som proforma etter den subjektive proformanormen | 9 |
| 2.2 | Vilkår for å underkjenne en avtale som proforma etter den objektive proformanormen | 10 |
| 2.2.1 | Nærmere beskrivelse av den objektive proformanormens normstruktur | 10 |
| 2.3 | Oppsummering av forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen..... | 11 |
| 2.4 | Når kommer forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen på spissen? | 11 |
| 3 | FRA EN SUBJEKTIV TIL EN OBJEKTIV PROFORMANORM. HENSYNENE BAK DEN OBJEKTIVE PROFORMANORMEN | 12 |
| 3.1 | Redegjørelse for den subjektive proformanormen i et bevisteoretisk perspektiv | 12 |
| 3.1.1 | Bevisbyrde | 12 |
| 3.1.2 | Beviskrav | 13 |
| 3.1.3 | Særlig om tvangfullbyrdelsesloven §§ 7-13 og 7-14..... | 13 |
| 3.1.4 | Hvordan kan kreditor gå frem i sitt forsøk på å bevise at avtalepartene «ikke har ment av avtalen skal være bindende» | 14 |
| 3.2 | Høyesteretts begrunnelse for å anvende en objektiv proformanorm i Deutsche Bank .. | 15 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3.2.1 | Argumentasjon for og analyse av den objektiv proformanorm i juridisk teori, forut for Deutsche Bank | 15 |
| 3.2.2 | Oppsummering av hensyn | 16 |
| 4 | EIENDOMSRETTE, DENS OVERGANG OG RETTSVERN | 17 |
| 4.1 | Eiendomsretten..... | 17 |
| 4.2 | Eiendomsrettens overgang | 18 |
| 4.3 | Nærmere om rettsvern og kreditorekstinksjon..... | 19 |
| 5 | MOMENTER AV BETYDNING UNDER DEN OBJEKTIVE PROFORNORMENS VURDERINGSTEMA..... | 20 |
| 5.1 | Strukturering av momentene | 20 |
| 5.2 | <i>Realiteten i avtalen</i> og avtalens rettslige virkninger for avtalepartene | 20 |
| 5.2.1 | Muligheten til å overdra, selge eller pantsette formuesgodet..... | 21 |
| 5.2.2 | Rett til verdistigning og verdiavkastningen av formuesgodet | 22 |
| 5.2.3 | Plikter og rettigheter som følger av avtalen..... | 23 |
| 5.2.4 | Oppsummering av <i>realiteten i avtalen</i> og avtalens rettslige virkninger for avtalepartene | 24 |
| 5.3 | Etterfølgende realitet for avtalepartene | 25 |
| 5.3.1 | Formell gjennomføring utenfor avtalen..... | 25 |
| 5.3.2 | Formell gjennomføring i avtalen | 28 |
| 5.3.3 | Faktiske virkninger for avtalepartene | 30 |
| 5.3.4 | Oppsummering av etterfølgende realitet | 34 |
| 5.4 | Særlig om momentet «debitors motivasjon» | 35 |
| 5.4.1 | Tidsmomentet | 36 |
| 5.5 | Oppsummering. Gjelder den objektive proformanormen uavhengig av hvilken type formuesgode som står på spill i konflikten? | 36 |
| 6 | RETTSVIRKNINGER AV PROFORMA ETTER DEN OBJEKTIVE PROFORNORMEN..... | 39 |
| 6.1 | Er virkningen ugyldighet?..... | 39 |
| 6.2 | Er virkningen ekstinksjon?..... | 40 |
| 7 | DEN OBJEKTIVE PROFORNORMEN I HJEMMELSPERSONKONFLIKTEN | 41 |
| 7.1 | Bør det anvendes en objektiv proformanorm i hjemmelspersonkonflikten? | 42 |
| 7.1.1 | Foreligger det fare for kreditorsvik?..... | 42 |
| 7.1.2 | Hensynet til en lik proformavurdering, uavhengig av situasjonen..... | 43 |
| 7.1.3 | Bordet fanger ikke | 44 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 7.2 | Hvordan bør den objektive proformanormen utformes i hjemmelspersonkonflikten?.. | 46 |
| 7.3 | Hva er konsekvensene hvis det anvendes en objektiv proformanorm i hjemmelspersonkonflikten? | 46 |
| 7.3.1 | Den objektive proformanormen avendt på Rt. 1935 s. 981 | 47 |
| 8 | AVSLUTNING | 48 |
| | LITTERATURLISTE | 52 |

1 Innledning

Når en debitor¹ ikke betaler et pengekrav som kreditor har fått et tvangskraftig tvangsgrunnlag² for, kan namsmannen etter dekningsloven § 2-2³ ta utlegg⁴ i «...et hvert formuesgode som tilhørere skyldneren på beslagstiden...». Dette er for å skaffe kreditor sikkerhet for sitt krav. Ved utlegg er «beslagstiden» det tidspunktet namsmannen beslutter at utlegg «...er tatt...», jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-18 (1).

En kreditor som innehar et tvangskraftig tvangsgrunnlag, vil i denne oppgaven bli kalt *utleggskreditor*.⁵

Utgangspunktet er altså at kreditor kun kan få ta beslag i det som «tilhører» debitor, jf. dekningsloven § 2-2.⁶ Dette utgangspunktet er et utslag av prinsippet om at «ingen kan overføre større rett enn han selv har.»⁷ Omskrevet til situasjonen der kreditor begjærer utlegg hos debitor, kan prinsippet formuleres som at kreditors rett til formuesgodet går like langt, men ikke lengre, enn debtors rett.⁸

Når namsmannen skal sikre kreditors krav ved å etablere utleggspant i et formuesgode⁹ som tilsynelatende tilhører debitor, kan debitor fremme innsigelse om at det aktuelle formuesgodet ikke «tilhører» han. Hvis innsigelsen medfører riktighet, er ikke «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2 oppfylt.

Det kan være vanskelig for namsmannen å vurdere om en slik innsigelse stemmer overens med de faktiske forhold. Debitor kan være fristet til aktivt å søke å dekke over hva som tilhører han, for å unndra formuesgodet fra kreditorbeslag.¹⁰ Dette kan debitor blant annet gjøre

¹ I denne oppgaven sikter «debitor» til *det* kravet som det begjæres utlegg for.

² Reglene om tvangskraft og tvangsgrunnlag følger henholdsvis av tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12 flg. for tvangskraft og §§ 4-1 og 7-2 for alminnelige og særlige tvangsgrunnlag. I oppgaven forutsettes det at det foreligger et tvangskraftig tvangsgrunnlag.

³ Sml. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 (2).

⁴ Med utlegg menes: Pant i et formuesgode stiftet av namsmyndighetene (namsutlegg), jf. panteloven 5-1 (1)

⁵ *Før* utlegg er tatt kan det være mer presist å betegne kreditoren for *utleggssøkende kreditor*. I denne oppgaven vil betegnelsen «utleggskreditor» benyttes både om den kreditor som *begjærer utlegg*, og den kreditor som *har fått utlegg*.

⁶ Reglene om rettsvern og omstøtelse ved konkurs gjør at kreditor etter disse regelsettene kan ta beslag i det som *har* tilhørt debitor. Brækhus og Høgetveit Berg (2014) s. 72.

⁷ Brækhus og Høgetveit Berg (2014) s. 67.

⁸ Høgetveit Berg (1998) s. 820.

⁹ Formuesgode kan defineres som en økonomisk verdi på innehaverens hånd som innehaveren typisk kan disponere over, blant annet ved å overføre formuesgodet til en annen. Lilleholt (2018) s. 20.

¹⁰ Brækhus og Hærem (1964) s. 477. Det finnes likevel liten empiri som bekrefter antagelsen om at debitor vil søke å unndra sine formuesgoder fra kreditor.

ved å inngå såkalte proformaavtaler der formuesgodet tilsynelatende er overført til en annen forut for beslagstidspunktet.¹¹ I denne oppgaven er domstolens vurdering av påståtte proformaavtaler det sentrale temaet.

Tidligere var det tvil om det avgjørende for å statuere proforma var om avtalepartene *ikke hadde ment* at avtalen skulle være reell (*den subjektive proformanormen*), eller om man også kunne statuere proforma når avtalen ikke hadde reelle virkninger for avtalepartene (*den objektive proformanormen*)

I en kjennelse avsagt av Høyesterett – HR-2018-1265-A (heretter: Deutsche Bank) – var det omtvistede formuesgodet VPS-registrerte aksjer. Debitor – et aksjeselskap - anførte at aksjene var overdratt før beslagstidspunktet, og at utlegg dermed ikke kunne tas i aksjene. Kreditor – en bank - anførte blant annet at den påståtte overføringen var proforma, og at utlegg dermed kunne tas. Det Høyesterett måtte ta stilling til var hvorvidt aksjene «tilhørte» debitor på beslagstiden. Dersom overdragelsen var proforma, tilhørte aksjene fortsatt debitor på beslagstidspunktet. Dersom overdragelsen derimot var reell, tilhørte ikke aksjene lenger debitor, og disse måtte da holdes utenfor kreditors beslagsrett. I vurderingen av om overføringen var proforma eller ikke, var partene uenig i om det skulle anvendes en *subjektiv* eller en *objektiv* proformanorm. Etter en inngående vurdering kom Høyesterett til at det var en objektiv proformanorm som skulle anvendes.¹² Etter denne normen var det avgjørende for om overføringen av aksjene skulle bli ansett som reell, hvorvidt «overføringen [hadde] de rettslige realiteter som påberopes.»¹³

Høyesterett kunne ikke utelukke at lagmannsretten hadde bygget på en subjektiv forståelse av proformaregelen.¹⁴ Lagmannsretten hadde uttalt:

«Lagmannsretten bemerker avslutningsvis at beslagsretten ved proforma bør reserveres disposisjoner som rent faktisk ikke skal legges til grunn mellom partene og for tilfeller der partene har ment noe annet enn det som fremgår utad...»¹⁵ (min understreking)

Lagmannsrettens kjennelse ble derfor opphevet, og saken ble sendt tilbake for ny behandling.

¹¹ «Pro forma» er i Jusleksikon definert som: «uttrykk som brukes om disposisjoner som har et formelt, men ikke reelt innhold» i Gisle (2010) s. 319. Se nærmere i oppgavens del 2.

¹² Se kjennelsens avsnitt 85.

¹³ Se kjennelsens avsnitt 73.

¹⁴ Se nærmere om forskjellen på objektiv og subjektiv proforma i oppgavens del 2.

¹⁵ Se gjengivelse av lagmannsrettens uttalelse i kjennelsens avsnitt 90.

Temaet for denne oppgaven er den objektive proformanormen og de vurderingene normen legger opp til. Hovedspørsmålet er hvordan anvendelsen av den objektive proformanormen påvirker utleggskreditors beslagsrett etter dekningsloven § 2-2. Oppgaven har fire underproblemstillinger. For det *første* vil de hensyn som ligger til grunn for den objektive proformanormen, undersøkes. Hvorfor er det ikke tilstrekkelig å bygge proformavurderingen på hva avtalepartene har ment? For det *andre* vil normens innhold analyseres. Med normens innhold menes hvilke momenter domstolen typisk ser hen til når de tar stilling til om normens vilkår er oppfylt. Hvordan går domstolen frem når de skal ta stilling til om en avtale er proforma ved anvendelse av den objektive proformanormen? Den *trede* problemstillingen vil være å undersøke hvilke rettsvirkninger som kan sies å følge av den objektive proformanormen. Hva er konsekvensen av at en avtale blir underkjent som proforma etter den objektive proformanormen? Til slutt skal normens anvendelsesområde undersøkes nærmere. Bør den objektive proformanormen også anvendes når det er debitor som anfører at en avtale er proforma?

Samlet sett er det oppgavens hovedmålsetning å redegjøre for hvordan den objektive proformanormen påvirker utleggskreditorenes beslagsrett i tredjepersonkonflikter.

1.1 Problemstillingenes aktualitet

Høyesterett slår fast at det skal anvendes en objektiv proformanorm i Deutsche Bank, og trekker der opp hovedlinjer for normens innhold.¹⁶ Mye er likevel uklart ved den objektive proformanormen. Normen har ikke tidligere vært drøftet av Høyesterett på prinsipielt grunnlag. Så vidt jeg kan se har heller ikke lovgiver uttalt seg om denne normen, hverken i lov eller i forarbeider. Rettskildegrunnlaget for å forstå normens innhold, og de vurderinger den forutsetter, er derfor begrenset.

Til dette kommer at normen synes lite analysert i juridisk teori. Brækhus og Hærem som tidlig argumenterte for en objektivisering av proformavurderingen, skrev kort og godt at det som må vurderes i proforma, er «overdragelsens realitet mellom partene.»¹⁷ Hva som menes med «realitet», går de ikke i særlig grad inn på. Andenæs skriver at det er en grunnforutsetning at ervervet er reelt for at det skal være beskyttet mot kreditorbeslag.¹⁸ Heller ikke han går nærmere inn på hva det vil si at ervervet er «reelt.»

Sandvik var kritisk til Brækhus og Hærem sin objektivisering av proformavurderingen.¹⁹ Han mente blant annet at det ville føre til en «kortslutning» å knytte den subjektive proformanor-

¹⁶ Se kjennelsens avsnitt 73.

¹⁷ Brækhus og Hærem (1964) s. 494.

¹⁸ Andenæs (2009) s. 494.

¹⁹ Sandvik (1967) s. 63.

mens ugyldighetsvirkning til avtalens realitet. Sandviks poeng var at selv om en transaksjon har *liten* realitet mellom avtalepartene, kunne ikke dette føre til at man frakjente transaksjonen *enhver* realitet ved å stemple den som ugyldig.

En rettsteoretiker som analyser den objektive proformanormen mer inngående, er Høgetveit Berg i sin artikkel «Proforma i beslagsretten» (2017).²⁰ Her gir han en fremstilling av, og hensynene bak, den objektive proformanormen. I artikkelen blir imidlertid ikke de rettsvirkninger som kan sies å følge av den objektive proformanormen, analysert nærmere. Det legges nærmest forutsetningsvis til grunn at rettsvirkningen er den samme ugyldighetsvirkning som følger av den subjektive proformanormen.²¹ Det er derfor aktuelt å drøfte den objektive proformanormens rettsvirkninger nærmere.

Både saksforholdet i Deutsche Bank og den analysen som finnes av den objektive proformanormen i juridisk litteratur, omhandler den situasjonen der kreditor anfører at et formuesgode som er ført ut fra debitor, er proforma. Kreditor kan imidlertid også blir møtt med innsigelsen om at det formuesgode som er ført inn til debitor, er en proformaoverføring. Den objektive proformanormen har ikke vært utforsket når det er debitor som kommer med proformainnsigelsen. Det er derfor av interesse å drøfte om normen også bør anvendes når dette er situasjonen, og i så fall hvilken betydning dette har for kreditors beslagsrett.

1.2 Plassering av oppgavens tema. Presentasjon av konflikttypen

Oppgavens tema befinner seg på tingsrettens område. Tingsretten kan noe unøyaktig angis som rettsforholdene vedrørende materielle ting (formuesgoder).²² Den dynamiske tingsretten handler om når rettighetene til formuesgodene forandres, og hvordan endringene påvirker tredjepersoner rettsstilling til formuesgodet.²³ Når forandringen er kolliderende med en tredjepersons rett til samme formuesgode, har det oppstått en tredjepersonkonflikt. Som pedagogisk hjelpebegreper betegner man gjerne de konflikttyper som oppstår, som enten *dobbeltuksesjonskonflikten* eller *hjemmelspersonkonflikten*.²⁴

1.2.1 Dobbeltuksesjonskonflikten

Konflikttypen som oppsto i Deutsche Bank, skyldtes at debitor tilsynelatende hadde overdratt aksjene *før* utleggstidspunktet. Den som får et formuesgode overført til seg fra debitor, kalles

²⁰ Høgetveit Berg satt som dommer i avdelingen som avsa kjennelsen HR-2018-1265-A. Artikkelen hans ble også vist til i kjennelsens avsnitt 81.

²¹ Høgetveit Berg (2017) s. 217.

²² Brækhus og Hærem (1964) s. 3 og Falkanger og Falkanger (2016) s. 31.

²³ Falkanger og Falkanger (2016) s. 36.

²⁴ Falkanger og Falkanger (2016) s. 581.

gjerne for suksessor (S). Konflikten oppstår når en tredjeperson mener at overføringen er uforenelig med hans egen rett til samme formuesgode.²⁵ I oppgaven vil det være kreditor som mener at overføringen er uforenelig med hans rett til å ta utlegg i formuesgodet, for å få sikkerhet for sitt krav *mot debitor*. Kreditor vil mene at formuesgodet fortsatt «tilhører» debitor, og at utlegg dermed kan tas.

Norsk retts tilnærming til spørsmålet om suksessor ervervede rett til formuesgodet er beskyttet mot kreditors krav om utlegg, er i det vesentlige et spørsmål om suksessor har skaffet seg rettsvern.²⁶ Hvis erververen av formuesgodet har skaffet seg rettsvern, vil kreditor anføre at overføringen er proforma dersom kreditor mistenker at overføringen ikke er en reell overføring. Til tross for den tilsynelatende overføringen, mener kreditor at formuesgodet stadig «tilhører» debitor etter dekningsloven § 2-2. Et sentralt poeng med oppgaven er å utforske den normen som er bestemmende for om ervervet er reelt, da denne synes å ha fått lite oppmerksomhet i rettsvitenskapen.

1.2.2 Hjemmelspersonkonflikten

Konflikt til formuesgodet kan også oppstå mellom kreditor og den som debitor utleder sin rett til formuesgodet fra.²⁷ Debitors rettsforgjenger til formuesgodet kalles gjerne hjemmelspersonen (H).²⁸ Hjemmelspersonen kan blant annet gjøre gjeldende at avtalen som tilsynelatende overdrar formuesgodet til debitor, er ugyldig, herunder at overføringen er proforma.²⁹ At kreditor ikke kan ta beslag i formuesgodet ved å bygge på den legitimasjon proformaavtalen gir debitor, ble slått fast for konkursboets vedkommende i Rt. 1935 s. 981.³⁰ At det samme gjelder for utleggskreditor, har blitt klart gjennom senere rettspraksis.³¹ Hvis proformainnsigelsen til hjemmelspersonen medfører riktighet, vil formuesgodet «tilhøre» hjemmelspersonen, med den konsekvens at utlegg ikke kan tas. Et poeng med oppgaven er å utforske om den objektive proformanormen også bør anvendes ved proformainnsigelser i hjemmelspersonkonflikten.

²⁵ Ibid.

²⁶ Marthinussen (2019) s. 28.

²⁷ Brækhus (1998) s. 4.

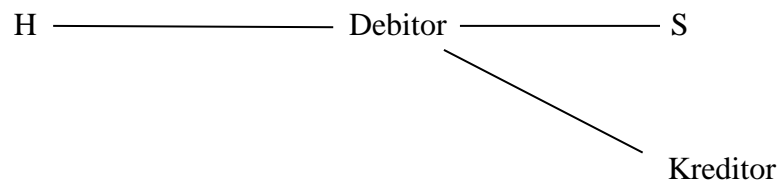
²⁸ Falkanger og Falkanger (2016) s. 581.

²⁹ Lilleholt (2018) s. 290.

³⁰ Se dommens side 982.

³¹ Se Rt. 2015 s. 979 avsnitt 16, hvor Høyesterett uten forbehold legger til grunn at utleggskreditor ikke kan bygge på debitors legitimasjon.

Oppsummerende figur:



1.3 Metode

Oppgaven er rettsdogmatisk og vil bygge på alminnelig juridisk metode.³² For de rettsspørsmål som skal drøftes i denne oppgaven, er det imidlertid visse forhold som gir rettskildebildet særpreg. Disse forhold skal det redegjøres for i det følgende.

Der det foreligger en formell lov som etter tolkning anses som relevant for det rettsspørsmålet som skal besvares, er utgangspunktet i juridisk metode at loven danner startpunktet som man søker å utlede rettsregelen fra.³³

Det formelle rettsgrunnlaget for kreditorenes beslagsrett er dekningsloven § 2-2. Det sentrale vilkåret for om et formuesgode kan beslaglegges, er om dette «tilhører» debitor. Den veiledning som følger av dette vilkåret når debitor kommer med proformainnsigelser, er imidlertid begrenset. Den objektive proformanormen er i hovedsak utviklet gjennom rettspraksis. Når den objektive proformanormens innhold skal drøftes, vil derfor rettspraksis være en særlig relevant rettskilde. Selv om dekningsloven § 2-2 utgjør det formelle *startpunkt* når det skal tas stilling til kreditors beslagsrett, utgjør «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2 på mange måter også *sluttpunktet* for proformavurderingen: Avhengig av hva utfallet av vurderingen blir, så vil formuesgodet «tilhøre» debitor eller «tilhøre» en annen.³⁴

1.3.1 Særlig om metoden når innholdet i den objektive proformanormen skal fastlegges

Som det skal redegjøres for, er den objektive proformanormen en norm som oppstiller et rettslig vurderingstema. Dette har innvirkning på metoden som bør benyttes når normens innhold skal analyseres. For å få en forståelse av når en overføring blir underkjent som proforma etter den objektive proformanormen, har jeg analysert en rekke domstolsavgjørelser. Målet med

³² Eckhoff (2001) s. 15.

³³ Eckhoff (2001) s. 39.

³⁴ Suksessor eller hjemmelspersonen, avhengig av om formuesgodet er på vei ut av eller inn i debitors formuessfære.

analysen var å undersøke hvilke momenter som typisk er til stede der domstolen subsumerer de faktiske forhold under normen.³⁵

Det følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 5-16 (1) at namsmannens avgjørelse om utleggsforretning kan innklages til tingretten. Videre følger det av tvangsfullbyrdelsesloven § 6-3 at tingrettens avgjørelse treffes i kjennelses form. Hvis avgjørelsen ankes helt til Høyesterett, er Høyesteretts kompetanse da begrenset etter tvisteloven § 30-6 bokstav a og b til henholdsvis å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning. Dette har den konsekvens at når man skal danne seg et tydeligere bilde av hvilke *faktiske* momenter som typisk er til stede når domstolen underkjenner en overføring som proforma etter den objektive proformanormen, er lagmannsrettspraksis en relevant rettskilde. Generelle *rettslige* utsagn om proformavurderingen etter den objektive proformanormen, vil jeg i samsvar med alminnelige vektprinsipper i metodelæren søke å forankre i høyesterettspraksis.³⁶

I analysen av den objektive proformanormens innhold vil tyngdepunktet ligge på lagmannsrettspraksis avsagt etter Deutsche Bank. Avgjørelser som har blitt avsagt før, vil bli vist til når de anses å ha relevans for problemstillingen. Det avgjørende er at det blir benyttet en objektiv proformanorm.

1.3.2 Særlig om metoden når det skal drøfte om den objektive proformanormen bør anvendes i hjemmelspersonkonflikten

Når det skal drøftes om den objektive proformanormen også bør anvendes ved proformainnsigelser fra debitor og hans hjemmelsperson, er det knapphet på sentrale rettskilder. Normens anvendelse på denne situasjonen er som nevnt ikke drøftet av Høyesterett. Det snevre rettskildet bildet fører til at «reelle hensyn» blir en viktig rettskilde.³⁷ En gruppe av «reelle hensyn» er de hensynene som man vektlegger når man skal gi en generell rettsregel en hensiktsmessig utforming.³⁸

Når dette spørsmålet skal drøftes, vil jeg særlig undersøke om de generelle reelle hensynene som Høyesterett vektla i Deutsche Bank for å gi proformaregelen en objektiv utforming, også gjør seg gjeldende når spørsmålet er om en overføring inn til debitor er proforma.

³⁵ Bergo (2019) s. 208.

³⁶ Eckhoff (2001) s. 159.

³⁷ Eckhoff (2001) s. 380.

³⁸ Høgberg (2019) s. 345.

1.3.3 Metodisk avgrensning mot menneskerettighetene

I Deutsche Bank la Høyesterett uten nærmere drøftelse til grunn at den objektive proformanormen er i samsvar med vernet av eiendom i EMK P1-1.³⁹ I denne oppgaven skal ikke forholdet mellom den objektive proformanormen og det menneskerettslige vernet av eiendom undersøkes nærmere. Oppgavens formål er altså å fastlegge innholdet i den objektive proformanormen på bakgrunn av det særnorske rettskildematerialet.

1.4 Oppgavens videre oppbygning

I oppgavens del 2 gis det en innledende redegjørelse for forskjellen mellom den objektive og den subjektive proformanormen. På bakgrunn av denne redegjørelsen skal det i del 3 vises hvorfor det har utviklet seg en objektiv proformanorm gjennom rettspraksis. Her vil det også redegjøres for hensynet bak den objektive proformanormen. I del 4 vil jeg gi en redegjørelse for hvordan man i norsk og nordisk rett ser på eiendomsretten og dens overgang. Denne redegjørelsen vil danne bakteppe for oppgavens del 5, hvor innholdet i den objektive proformanormens og de vurderingene denne normen forutsetter, skal undersøkes nærmere. Hvilke rettsvirkninger som kan sies å følge av den objektive proformanormen, vil bli drøftet i del 6. I del 7 vil jeg drøfte om den objektive proformanormen bør anvendes i hjemmelspersonkonflikten. Til slutt, i del 8, vil jeg gi en konklusjon.

2 Innledende om forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen

Jeg synes det er formålstjenlig å gi en fremstilling av forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen. Normene er på mange måter like. Som det skal redegjøres for, kan det ses slik at den objektive proformanormen har sitt utspring fra den subjektive. Normenes vilkår får å underkjenne en avtale som proforma vil danne utgangspunktet for redegjørelsen. Rettsvirkningen som følger av den subjektive proformanormen, vil det også kort redegjøres for. Hva som kan sies å være rettsvirkningen av den objektive proformanormen, skal drøftes i oppgavens del 6.

2.1 Vilkår for å underkjenne en avtale etter den subjektive proformanormen

Det som tradisjonelt har falt innunder begrepet «proforma», er de situasjonene der avtalepartene på avtaleinngåelsestidspunktet hadde en felles forståelse om at avtalen ikke skulle ha rettsvirkninger dem imellom.⁴⁰

³⁹ Se kjennelsens avsnitt 86.

⁴⁰ Sandvik (1967) s. 48. Se også Høyesteretts definisjon av «proforma» i Rt. 1994 s. 235, på dommens side 239.

For tankens skyld kan man se for seg at det foreligger to (del)avtaler mellom avtalepartene. Det foreligger en avtale som *utad* fremstår som reell. Det foreligger samtidig en underliggende avtale, der avtalepartene *innad* er enige om at rettsforholdet skal være noe annet en slik det kommer til uttrykk *utad*. Som Høgetveit Berg påpeker, vil avtalen *innad* som oftest være inngått muntlig eller bygge på stilltiende forutsetninger.⁴¹ Avtalen som gir uttrykk for et rettsforhold *utad*, vil være proformaavtalen.

Vilkåret for at en avtale skal bli underkjent som proforma etter den subjektive proformanormen, er altså at avtalepartene *ikke har ment* at avtalen skal være reell. Høgetveit Berg skriver at dette er et spørsmål om å bevise eksistensen av et bestemt faktum. Om dette faktumet eksisterer, er et bevisspørsmål,⁴² og for å ta stilling til dette bevisspørsmålet må det foretas bevisvurdering.⁴³ I en konkret sak der det er spørsmål om en avtale er proforma, vil sakens bevis tema være om det har vært avtalepartenes *mening* at avtalen ikke skal være reell dem imellom.⁴⁴

2.1.1 Rettsvirkning av at en avtale blir underkjent som proforma etter den subjektive proformanormen

Den rettsvirkning som blir utløst hvis det finnes bevist at avtalepartene ikke har ment at avtalen skal være reell, er at avtalen er ugyldig.⁴⁵ Avtalepartene kan ikke da påberope seg rett etter proformaavtalen. Det vil være den underliggende avtalen som er den gyldige, reelle disposisjonen, og som regulerer rettsforholdet mellom avtalepartene.⁴⁶ Denne ugyldighetsvirkningen gjelder i utgangspunktet også overfor tredjepersoner.⁴⁷

For kreditor vil denne ugyldighetsvirkningen ha den konsekvens at formuesgodet som tilsynelatende er ført *ut* fra debtors formuessfære, fortsatt «tilhører» debitor. Hvis andre vilkår er oppfylt, vil kreditor da kunne ta beslag etter dekningsloven § 2-2. Dersom en disposisjon som fører formuesgodet *inn* i debtors formuessfære, blir funnet å være proforma, vil formuesgodet derimot «tilhøre» debtors rettsforgjenger (hjemmelspersonen). Dette har den følge at kreditor ikke kan ta beslag i det aktuelle formuesgodet.

⁴¹ Høgetveit Berg (2017) s. 208.

⁴² Sandvik (1967) s. 55.

⁴³ Se Deutsche Bank avsnitt 73.

⁴⁴ «Bevistema» er det faktiske grunnlaget som må bevises i den enkelte sak. En sak inneholder ofte flere forskjellige bevistemaer som det må tas stilling til. Se nærmere Robberstad (2018) s. 272.

⁴⁵ Sandvik (1967) s. 51.

⁴⁶ Woxholth (2017) s. 287.

⁴⁷ Et sentralt unntak fra dette er prinsippet i avtaleloven § 34 om at den som i god tro har sluttet en avtale med den som fremsto legitimert som eier etter proformaavtalen, kan bygge rett på denne legitimasjonen.

2.2 Vilkår for å underkjenne en avtale som proforma etter den objektive proformanormen

I Deutsche Bank blir vilkåret for at en avtale *ikke* skal bli ansett som proforma, formulert som en vurdering av om «overføringen har de rettslige realiteter som påberopes». ⁴⁸ Motsatt formulert vil en avtale som ikke har medført en overføring av «de rettslige realiteter som påberopes», bli ansett som en proformaavtale. Høyesterett omtaler videre vurderingen som må foretas for å ta stilling til om dette vilkåret er oppfylt, som en «rettslig vurdering». ⁴⁹

Dette er i samsvar med hvordan den objektive proformanormen har blitt fremstilt i juridisk teori forut for Deutsche Bank. ⁵⁰ Frem til denne kjennelsen ble avsagt, hadde ikke Høyesterett uttrykkelig uttalt at det skulle anvendes en objektiv proformanorm. Særlig Høgetveit Berg fremholdt likevel at domstolens *egentlige* proformavurdering også tidligere hadde vært knyttet til hvilken realitet den omtvistede avtalen har medført for avtalepartene, forutsatt at proformatvisten sto mot en tredjeperson utenfor avtaleforholdet. Høgetveit Berg fremholdt videre at domstolen bygget denne vurderingen på en avveining av flere momenter. ⁵¹ Dette er i samsvar med hvordan Høyesterett fremstiller den objektive proformavurderingen i Deutsche Bank. ⁵² Høyesterett påpeker at i den objektive proformavurderingen vil ingen av momentene i seg selv være bestemmende for utfallet, men i en konkret avveining kan ett moment bli utslagsgivende for resultatet. ⁵³

2.2.1 Nærmere beskrivelse av den objektive proformanormens normstruktur

For å få en mer fullstendig beskrivelse av normstrukturen til den objektive proformanormen, kan rettsfilosofien være til hjelp. Rettsfilosofen Nils Kristian Sundby omtalte normer som ikke etterspør eksistensen av et bestemt faktum som avgjørende for normens utfall, som «retningslinjer». Det karakteristiske for «retningslinjer» er at de:

«trekker frem omstendigheter av betydning for en totalbedømmelse, men den enkelte omstendighet har ikke karakter av nødvendig eller tilstrekkelig betingelse for spørsmålets løsning.» ⁵⁴

⁴⁸ Se kjennelsens avsnitt 73.

⁴⁹ Se kjennelsens avsnitt 73.

⁵⁰ Høgetveit Berg (2017). Se særlig s. 210-214 hvor det vises til høyesterettspraksis som har en objektiv tilnærming til proformas spørsmålet.

⁵¹ Høgetveit Berg (2017) s. 213.

⁵² Se kjennelsens avsnitt 73.

⁵³ Se kjennelsens avsnitt 89.

⁵⁴ Sundby (1974) s. 198.

Selv om ikke termen «retningslinje» har festet seg i juridisk terminologi, er Sundbys beskrivelse av denne normtypen etter mitt syn fortsatt treffende.

2.3 Oppsummering av forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen

Ved anvendelse av en subjektiv proformanorm er vilkåret for å underkjenne en avtale som proforma at det kan bevises at avtalepartene *ikke mente* at avtalen skulle være reell. Der dette faktumet finnes bevist, er utfallet gitt: avtalen er proforma.

Den objektive proformanormen etterspør derimot ikke eksistensen av ett bestemt faktum for at en avtale skal underkjennes som proforma. I stedet oppstiller normen et rettslig vurderingstema, der det avgjørende er om den omtvistede avtalen har de «rettslige realiteter som påberopes» av avtalepartene. For å ta stilling til om dette vilkåret er oppfylt, må det foretas en helthetsvurdering hvor en rekke momenter vil være av relevans. Imidlertid er ingen av momentene i seg selv hverken nødvendige eller tilstrekkelige for å underkjenne avtalen som er oppe til vurdering, som proforma.

Fordi den objektive proformanormen ikke etterspør eksistensen av ett bestemt faktum, finner Høgetveit Berg det overraskende at domstolen fortsatt benytter typiske bevisbegrep som «bevisvurdering» og «mest sannsynlig», når domstolen i realiteten foretar en avveining av momenter, der andre enn avtalepartene har anført proforma. Han mener at dette tildekker den egentlige proformavurderingen som domstolen foretar.⁵⁵

2.4 Når kommer forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen på spissen?

I Deutsche Bank påpeker Høyesterett at forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen først kommer på spissen i følgende situasjon: Hvis det faktisk er mulig å bevise at avtalepartene *mente* at avtalen skulle regulere rettsforholdet dem imellom, men hvor man etter en objektiv vurdering finner at avtalen *ikke har den påberopte realitet*.⁵⁶ Dersom denne situasjonen skulle oppstå, vil avtalen bli underkjent som proforma, til tross for at det har vært avtalepartenes *mening* at avtalen skal være reell. Om man derimot kan bevise at avtalepartene *ikke mente* at avtalen dem imellom skal være reell, er det ingen grunn til å gå videre men en objektiv vurdering.

⁵⁵ Høgetveit Berg (2017) s. 214.

⁵⁶ Se kjennelsens avsnitt 79.

3 Fra en subjektiv til en objektiv proformanorm. Hensynene bak den objektive proformanormen

Bevisteoretisk kan man kategorisere den avtaleparts mening som må bevises etter den subjektive proformanormen, som et *indre forhold*. Med indre forhold menes tankestørrelser, som blant annet bevissthet og hensikt.⁵⁷ Dette står i motsetning til ytre forhold som viser seg i den fysiske verden.

For å få frem hensynene bak den objektive proformanormen er det nødvendig å redegjøre for hvilke vanskeligheter kreditor kan stå overfor når det er *avtalepartenes mening* som skal bevises. Dette skal det redegjøres for i det følgende. Redegjørelsen tar utgangspunkt i bevisbegreper som «bevisbyrde» og «beviskrav», og følgelig i hvordan kreditor kan gå frem når han skal bevise avtalepartenes mening.

3.1 Redegjørelse for den subjektive proformanormen i et bevisteoretisk perspektiv

3.1.1 Bevisbyrde

I sivilprosessen er utgangspunktet at det er den part som hevder å ha et krav mot en annen, som har bevisbyrden for at det faktumet som kravet bygger på, foreligger.⁵⁸ Dersom denne parten ikke klarer å føre tilstrekkelig bevis for sakens bevistema, vil den tvil som dommeren sitter igjen med etter å ha vurdert de fremlagte beviser, gå utover vedkommende.⁵⁹

Dette gjelder også der en part anfører at en avtale er proforma. I Rt. 1957 s. 290 sto proformakonflikten mellom avtalepartene. Høyesterett uttaler: «Når A så hevder at overdragelsen var proforma, må han mot Bs benektelse ha bevisbyrden for det.»⁶⁰

Når kreditor anfører at en tilsynelatende overføring fra debitor til suksessor er en proformatransaksjon, blir det da opp til kreditor å føre bevis for at avtalepartene ikke har ment at overføringen skal være reell. Hvis kreditor ikke makter å føre bevis for dette, vil han ikke få medhold i sitt krav om utlegg. Det aktuelle formuesgodet anses da overdratt til suksessor, med den virkning at formuesgodet ikke lenger «tilhører» debitor.

⁵⁷ Løvlie (2019) s. 153.

⁵⁸ Skoghøy (2017) s. 916.

⁵⁹ Robberstad (2018) s. 294.

⁶⁰ Se dommens side 292

3.1.2 Beviskrav

Med hvilken sikkerhet kreditor må bevise at det *ikke har vært avtalepartenes mening* at den aktuelle avtalen skal være reell dem imellom, er et spørsmål om beviskrav. I sivilprosessen er det alminnelige beviskravet sannsynlighetsovervekt.⁶¹ Dette er også det beviskravet som gjelder når proformas spørsmålet avgjøres etter den subjektive proformanorm.

Høyesterettskjennelsen Rt. 2009 s. 1314 gjaldt en hytteeiendom som var gjort til debitors ektefelle sin særeie ved ektepakt. Kreditor anførte at ektepakten var gjort proforma, og begjærte utlegg i hytteeiendommen for sitt krav mot debitor. Høyesterett uttalte: «Det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for at saksøkte [debitor] er eier.»⁶²

Når kreditors proformaanførsel skal avgjøres etter en subjektiv proformanorm, er det altså opp til kreditor å bevise at det er mer sannsynlig enn ikke, at det har vært avtalepartenes *mening* at avtalen ikke skal være bindende.

3.1.3 Særlig om tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-13 og 7-14

I tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-13 og 7-14 har lovgiver gitt noen særregler som har betydning når kreditor begjærer utlegg. Tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-13 (1) og 7-14 tar utgangspunkt i hvem som har besittelsen av formuesgodet, eller hvem formuesgodet er registrert på, og presumerer at dette gir uttrykk for det korrekte eierforhold. Disse reglene fører dermed ikke til en annen bevisbyrde enn det som følger av de ulovfestede bevisbyrdereglene.⁶³

Dette er annerledes for tvangsfullbyrdelsesloven § 7-13 (3). Av dette leddet følger at dersom debitor er gift eller på nærmere vilkår lever i et ekteskapslignende forhold, så kan utlegg tas i ideell halvdel av felles bolig som er ervervet under samlivet. Det vil da være debitor og debitors ektefelle/samboer som har bevisbyrden for at ektefellen/samboeren eier hele boligen alene. Av annet punktum følger det at det ikke er tilstrekkelig for å sannsynliggjøre at ektefellen/samboeren er eneeier, at boligen kun er registrert på vedkommende.

Det var en stund uavklart om disse reglene kun var bevisregler, eller om de også inneholdt materielle elementer av betydning for kreditors beslagsrett. Dette ble avklart i kjennelsen Rt. 1999 s. 901. Høyesterett slår her fast at bestemmelsene kun er legale presumpsjonsregler med formål å hjelpe namsmyndighetene til å ta stilling til vanskelige bevissspørsmål.⁶⁴ Hvis namsmannens avgjørelse blir påklagd, må retten legge til grunn det eierforhold som er «mest sann-

⁶¹ Robberstad (2018) s. 301.

⁶² Se kjennelsens avsnitt 20.

⁶³ Andenæs (2009) s. 160.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 65 (1990-91) s. 151-152.

synlig» ut fra de bevis som er fremlagt.⁶⁵ Tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-13 og 7-14 utvider således ikke kreditors beslagsrett etter dekningsloven § 2-2.

3.1.4 Hvordan kan kreditor gå frem i sitt forsøk på å bevise at avtalepartene «ikke har ment av avtalen skal være bindende»

Utgangspunktet i sivilprosessen er at partene har rett til å føre de bevis de selv ønsker, jf. tvisteloven § 22-3 (1) første punktum. Kreditor kan altså i utgangspunktet fremlegge de bevis han selv måtte ønske, i sitt forsøk på å bevise at avtalepartene *ikke har ment* at den aktuelle avtalen skal være reell. To poenger som vanskeliggjør kreditor oppgave med å føre bevis for denne avtalepartsmeningen, skal påpekes her.

For det første, hvis avtalepartenes regulering av det reelle rettsforholdet følger av en underliggende avtale, vil kreditor nesten aldri ha tilgang til denne avtalen. Kreditor vil dermed sjelden kunne legge frem en slik underliggende avtale som bevis for hva avtalepartene *egentlig* har ment. Avtalepartene vil for det andre som oftest forklare seg samstemt om det er deres mening at avtalen som er oppe til proformavurdering, skal være reell.⁶⁶ Kreditor står derfor ofte overfor en svært vanskelig oppgave når han skal forsøke å bevise at avtalepartene har ment at avtalen ikke skal være reell.

Kreditor vil som regel måtte søke å oppfylle sin bevisbyrde ved å fremlegge bevis av mer objektiv karakter. Typiske bevismidler kan være å søke påvise hva som var avtalepartenes motivasjon for avtaleinngåelsen, samt hvordan avtalepartene har forholdt seg til avtalen og det aktuelle formuesgodet i ettertid. Dommeren må så tolke disse bevismidlene og søke å slutte seg til om det har vært avtalepartenes *mening* om avtalen skal være reell eller ikke.

For å gjøre det mulig for kreditor å oppfylle sin bevisbyrde, har Strøm Bull påpekt at bevisvurderingen ofte blir mer objektivert der proformatvisten står mellom avtalepartene og en kreditor, sammenlignet med der tvisten står mellom avtalepartene.⁶⁷ Høgetveit Berg går som nevnt lenger. Etter hans syn er domstolens oppstilling av *avtalepartenes mening* som det formelle bevistemaet i saken, en fiksjon for den proformavurderingen domstolen egentlig foretar.⁶⁸ I Deutsche Bank-kjennelsen kan man se det slik at denne fiksjonen endelig ble satt til side.⁶⁹ Her tilkjennegir Høyesterett åpent at proformspørsmålet ikke skal løses etter en bevis-

⁶⁵ Se kjennelsens side 905.

⁶⁶ Høgetveit Berg (2017) s. 206.

⁶⁷ Strøm Bull (1993) s. 78.

⁶⁸ Høgetveit Berg (2017) s. 211-212, med gjengivelser av Rt. 1933 s. 835 og Rt. 1929 s. 601 for å illustrere sitt poeng.

⁶⁹ For en nærmere redegjørelse for en slik normutvikling, se Eckhoff (2001) s. 188-190.

vurdering for å finne ut hva som har vært avtalepartenes *mening*. Proformavurderingen skal bygge på en rettslig vurdering, der det avgjørende er om «overføringen har den rettslige realitet som påberopes».

3.2 Høyesteretts begrunnelse for å anvende en objektiv proformanorm i Deutsche Bank

Høyesterett fremhever i Deutsche Bank at proforma er en ugyldighetsgrunn som først og fremst er gitt «...for å beskytte tredjepersoner.»^{70 71} Når tredjepersonbeskyttelse er det sentrale hensynet, fortsetter Høyesterett med å si at det da er «...nærliggende å ta hensyn til dette ved utformingen av proformaregelen.»⁷²

Høyesterett er også inne på tredjepersonsbeskyttelse, og da særlig kreditorbeskyttelse, når de drøfter betydningen av Rt. 1999 s. 901.⁷³ Høyesterett påpeker at Rt. 1999 s. 901 synes å bygge på en subjektiv proformalære. Denne kjennelsen gjaldt imidlertid en ektepakt. Høyesterett bemerker at faren for kreditorunndragelse allerede er tatt hensyn til i reglene om ektepakter.⁷⁴ Høyesterett trekker dermed den slutning at siden kreditorbeskyttelse allerede er ivaretatt i ekteskapslovens bestemmelser, så kan ikke proformavurderingen av ektepakter være normgivende for proformavurderingen av andre avtaler.

Høyesterett konkluderer på denne bakgrunn at «det er ikke nok å spørre om partene rent subjektivt mente at transaksjonen ikke skulle være reell – man må foreta en objektiv vurdering.»⁷⁵

3.2.1 Argumentasjon for og analyse av den objektiv proformanorm i juridisk teori, forut for Deutsche Bank

For å få en bedre forståelse av hvorfor en objektiv proformanorm gir kreditor bedre beskyttelse sammenlignet med den subjektive proformanormen, er det relevant å se hen til juridisk teori, forut for Deutsche Bank.

Høgetveit Berg argumenter som nevnt for en objektiv proformanorm. Han skriver at en subjektivt fundert proformaregel har vist seg utilstrekkelig i sin opprinnelige form.⁷⁶ At kreditor

⁷⁰ Se kjennelsens avsnitt 83.

⁷¹ Med «tredjepersoner» menes det her et rettssubjekt som ikke er part i den aktuelle avtalen.

⁷² Se kjennelsens avsnitt 83.

⁷³ Se kjennelsens avsnitt 79.

⁷⁴ Ektepakter må tinglyses for å få rettsvern, jf. ekteskapsloven § 55. I tillegg gir ekteskapsloven § 51 en særlig kreditorbeskyttelse mot gaver som ektefellen gir til den andre ektefellen på tidspunkt der giveren er insolvent.

⁷⁵ Se kjennelsens avsnitt 85.

må kunne ta beslag, synes også riktig i lignende situasjoner som den subjektive proformanormen skal regulere, til tross for at det mangler bevis for at avtalepartene *ikke har ment* at avtalen skal være reell. Høgetveit Bergs begrunnelse for at det bør anvendes en objektiv proformanorm, kan sammenfattes på følgende måte: Hvis det hadde vært tilstrekkelig for avtalepartene å inngå en formell avtale, der det eneste spørsmålet hadde vært om avtalepartene hadde ment at avtalen skulle være reell, så ville det vært for lett for avtalepartene å unngå flere sentrale rettsvirkninger på tredjepersoners bekostning. For å bøte på dette må man oppstille en norm som ikke etterspør hva som var avtalepartenes mening, men som oppstiller som et kriterium at avtalen har fått reelle virkninger for avtalepartene.⁷⁷

Det som her fremheves av Høgetveit Berg, er i samsvar med Røsæg sin analyse av Rt. 2005 s. 1476.⁷⁸ I denne kjennelsen legger Høyesterett klart til grunn en objektiv proformanorm.⁷⁹ Faktum i saken var at et foreldrepar hadde overført en bolig til sin datter, men samtidig beholdt seg omfattende rettigheter til eiendommen. Overdragelsen ble underkjent som proforma. Røsæg skriver: «Det kan være tanken her har sklidd mot en regel om at foreldrene ikke skal ha fordelen av å unndra eiendommen fra kreditorbeslag uten selv å gi opp noe.»⁸⁰ Dette «noe» som foreldrene må gi opp, er det naturlig å lese som den «realitet» det siktes til under den objektive proformanormen. Som Høgetveit Berg skriver når han argumenterer for en objektiv proformanorm: «Dersom overdraginga berre får verknad overfor kreditorane, må ein i beslagssamanheng konstatere proforma.»⁸¹

3.2.2 Oppsummering av hensyn

Oppsummeringsvis er hensynet bak den objektive proformanormen å beskytte tredjepersoner mot at det inngås avtaler som svekker tredjepersoners rettsstilling, uten at den aktuelle avtalen får reelle virkninger for avtalepartene.

For kreditors vedkommende skal normen beskytte mot at formuesgoder unndras fra kreditors beslagsrett. Beskyttelsen søkes oppnådd ved at det oppstilles et objektivt vurderingstema. Dersom et formuesgode påstås overført, må overføringen ha medført «rettslige realiteter som påberopt» av avtalepartene for at overføringen skal være beskyttet mot kreditorbeslag.

⁷⁶ Høgetveit Berg (2017) s. 112.

⁷⁷ Høgetveit Berg (2017) s. 113.

⁷⁸ Røsæg «Tredjemannsvern. Pro forma-innsigelse fra kreditor» i *Nytt i privatretten*, Nr. 1/2006.

⁷⁹ Se vurderingstemaet som oppstilles i kjennelsens avsnitt 19, der det sies at «retten inngående [må] vurdere om overføringen innebærer en realitet».

⁸⁰ Røsæg (2006) s. 19.

⁸¹ Høgetveit Berg (2017) s. 213.

4 Eiendomsretten, dens overgang og rettsvern

Den «realitet» avtalepartene påberoper seg, er som oftest at det har skjedd en eiendomsoverføring av formuesgodet. Kreditor på sin side vil anføre at det ikke foreligger noen reell eiendomsovergang. Etter den objektive proformanormen må altså domstolen vurdere om overføringen av formuesgodet i realiteten innebærer en eiendomsovergang fra debitor til suksessor.

Før jeg går inn på analysen av hvilke momenter domstolen typisk legger vekt på i den objektive proformavurderingen, finner jeg det derfor hensiktsmessig å gi en redegjørelse for hvordan man i norsk og nordisk rett ser på eiendomsretten og overføring av eiendomsretten.

4.1 Eiendomsretten

I norsk og nordisk rett anlegger man det som kalles et funksjonelt perspektiv på eiendomsretten og dens overgang.⁸² For å skille eiendomsretten som kategori fra andre rettigheter som kan være stiftet i et formuesgode, er eiendomsretten gjerne kategorisert som den potensielt mest omfattende retten til å råde over formuesgodet.⁸³ De viktigste rådighetene som følger av at et rettssubjekt har eiendomsretten, er at rettssubjektet kan råde over formuesgodet både faktisk og rettslig.⁸⁴ Til den faktiske rådigheten ligger at eieren kan bruke formuesgodet på den måten han ønsker.⁸⁵ Til den rettslige rådigheten ligger at eieren kan overdra formuesgodet til andre eller stifte begrensede rettigheter i formuesgodet for andre.⁸⁶ ⁸⁷ Den faktiske og den rettslige rådigheten utgjør til sammen det Brækhus og Hærem kalte eiendomsrettens aktive side.⁸⁸

Eiendomsretten består også av det som Brækhus og Hærem kalte eiendomsrettens passive side.⁸⁹ Under den passive siden sorterer de plikter som påhviler rettssubjektet i dens egenskap av å være eier. Eksempler på slike plikter kan være at eieren må betale eiendomsskatt og kommunale utgifter.⁹⁰

⁸² Se blant annet Marthinussen (2019) s. 25, med videre henvisninger.

⁸³ Lilleholt (2018) s. 69.

⁸⁴ Lilleholt (2018) s. 71-72.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Lilleholt (2018) s. 72

⁸⁷ Rettsordenen kan imidlertid sette forbud og pålegge påbud mot hvordan både den rettslige og faktiske rådigheten kan utøves. Lilleholt (2018) s. 72.

⁸⁸ Brækhus og Hærem (1964) s. 16.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Lilleholt (2018) s. 72.

Eiendomsrettens aktive og passive side utgjør til sammen det Brækhus og Hærem kalte for eiendomsrettens *funksjoner*.⁹¹ Dette funksjonelle synspunktet påvirker videre hvordan vi i Norden ser på overgangen av eiendomsretten.

4.2 Eiendomsrettens overgang

I det funksjonelle perspektivet ser man det slik at eierfunksjonene overføres suksessivt fra overdrager til erverver når eiendomsretten overdras.⁹² Risikoen for verdiendringer av formuesgodet og rett til formuesgodets økonomiske avkastning, kan nevnes som sentrale eierfunksjoner, i tillegg til den rettslige og faktiske rådighet.⁹³ Akkurat når eiendomsovergangen finner sted, er i det funksjonelle perspektivet ikke av interesse, da de rettsspørsmål som måtte oppstå, avgjøres uavhengig av et slikt tenkt skjæringspunkt.⁹⁴

Når tredjepersoner gjør gjeldende rettigheter som kolliderer med de rettigheter erververen påstår å ha ervervet, er det vesentlige i det funksjonelle perspektivet om erververen har skaffet seg beskyttelse for sitt erverv.⁹⁵ Der kreditor fremsetter krav om å ta utlegg i det aktuelle formuesgodet for å få dekning for sitt pengekrav mot *overdrager*, er spørsmålet om *erververen* har skaffet seg rettsvern mot kreditor.

Siden kreditor kan ta beslag i det som «tilhører» debitor, jf. dekningsloven § 2-2, er det mulig å se på det som en særlig eierfunksjon at formuesgodet skal kunne tjene som dekningsobjekt dersom eieren ikke gjør opp sin betalingsforpliktelse. Der eieren av formuesgodet opplever kreditorpågang, vil det typisk være denne – og *bare denne* - eierfunksjonen han ønsker å kvitte seg med.

Etter Deutsche Bank er det nå også klart at en overføring av et formuesgode også må ha «de rettslige realiteter som påberopes» hvis formuesgodet skal være beskyttet mot kreditorbeslag. Det kan derfor ses slik at rettsvern er et nødvendig, men ikke et tilstrekkelig, vilkår når et formuesgode overføres ut fra debitor til en erverver. I tillegg må eiendomsoverføringen etter den objektive proformanormen innebære den «påberopte realitet»

Spørsmålet er da hvilken realitet som kreves for at dette vilkåret er oppfylt. Dette spørsmålet skal undersøkes inngående i del 5.

⁹¹ Brækhus og Hærem (1964) s. 374.

⁹² Falkanger og Falkanger (2016) s. 74-75.

⁹³ Se nærmere om forskjellige eierfunksjoner i Brækhus (1998) s. 12-21.

⁹⁴ Marthinussen (2019) s. 27.

⁹⁵ Lilleholt (2018) s. 52 og 55.

4.3 Nærmere om rettsvern og kreditorstinksjon

Der erververen av et formuesgode ikke har foretatt den nødvendige rettsvernsakt, vil kreditor ekstingvere erververens rett til formuesgodet. Dette kalles kreditorstinksjon, ved at kreditor utsletter erververens rett.⁹⁶ Dette gjelder selv der overføringen har realitet, er etterprøvbar og beviselig ikke motivert av kreditorunndragelse.⁹⁷

Høgetveit Berg skriver i sin artikkel at det ikke er naturlig å se på proforma som kreditorstinksjon, fordi:

«det er tale om det motsatte; nemlig at kreditorane kan beslagleggje det som etter det korrekte avtalerettslege forholdet (fremleis) tilhøyrrer debitor, jf. dekningslova § 2-2»

Om dette alltid er en dekkende karakteristikk for rettsvirkningen som følger av den objektive proformanormen, vil bli drøftet i del 6.

Rettsvernsakt er den handling som erververen av formuesgodet må ha foretatt for være beskyttet mot kreditorstinksjon.⁹⁸ I norsk rett er det særlig tre typer handlinger som tjener som rettsvernsakter: registrering, overlevering og notifikasjon.⁹⁹ Felles for rettsvernsaktene er at de skal sikre at overdragelsen av formuesgodet kan kontrolleres og etterprøves – det som kalles notoritet.¹⁰⁰

Det kan tenkes at rettsvernsakten som er tilknyttet et formuesgode, kan spille inn på proformavurderingen etter den objektive proformanormen. Dette jeg vil kommentere nærmere i punkt 5.5. Først vil jeg gjennom en analyse av rettspraksis forsøke å gi svar på hvilke momenter domstolen typisk legger vekt på når de skal ta stilling til om en overføring er proforma ved anvendelse av en objektiv proformanorm. Hvordan avgjør domstolen om en overføring av et formuesgode har «de rettslige realiteter som påberopes» av avtalepartene?

⁹⁶ Marthinussen (2019) s. 29 og 123.

⁹⁷ Eksempler på kreditorstinksjon fra rettspraksis kan nevnes: Rt. 1994 s. 1447, Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 2002 s. 1484.

⁹⁸ Lilleholt (2018) s. 147.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Falkanger og Falkanger (2016) s. 590.

5 Momenter av betydning under den objektive proformnormens vurderingstema

5.1 Strukturering av momentene

Oppmerksomheten flyttes nå til hvilke momenter domstolen typisk ser hen til når det skal tas stilling til den objektive proformanormens vurderingstema. I Deutsche Bank trekker Høyesterett opp hovedlinjene i proformavurderingen. Fire momenter blir fremhevet av Høyesterett¹⁰¹ : 1) om overføringen er proformamotivert og eventuelt fravær av annet motiv, 2) formell gjennomføring, 3) den rettslige virkning overføringen har fått, og 4) hvilke faktiske virkninger overføringen har fått for avtalepartene. Disse momentene er omfattende, og det er mulig å sortere flere undermomenter under hver enkelt av dem. De tre siste hovedmomentene vil derfor danne overskrifter for den videre analysen. Motivasjonen for den omtvistede overføringen vil jeg behandle for seg selv i punkt 5.4.

5.2 *Realiteten i avtalen og avtalens rettslige virkninger for avtalepartene*

Der domstolen ser hen til hvilke *rettslige virkninger* overføringen har fått for avtalepartene, gjør domstolen dette ved å tolke den aktuelle overføringsavtalen. Avtalen vil i disse tilfellene være utformet på en slik måte at det er mulig å si noe om hvilken *rettslig realitet* overføringen har fått for avtalepartene, ved å tolke avtalens ordlyd. En mulighet er at avtalen ikke overfører sentrale eierfunksjoner fra debitor til suksessor. En annen mulighet er at debitor har sikret seg så omfattende rettigheter til formuesgodet at eierfunksjonene som suksessor har fått overført, ikke har noen praktisk betydning. Det er proformavurderingen av slike avtaler det skal redegjøres for her i punkt 5.2. Dette har jeg valgt å kalle *realiteten i avtalen*. Spørsmålet er om avtalen og dens virkninger innebærer at overføringen «har de rettslige realiteter» som en eendomsoverføring innebærer.

Andre avtaler som overfører et formuesgode fra debitor til suksessor, har en helt generell utforming. Ved å lese disse avtalene kan man kun slutte at formuesgodet skal overføres, gjerne mot en bestemt pris. Disse avtalene gir i seg selv ingen veiledning når det skal tas stilling til hvilke rettslige realitetsendringer overføringen har medført for avtalepartene. For å avgjøre om overføringen har den «påberopte realitet», må domstolen dermed bygge på hvordan avtalepartene i ettertid har forholdt seg til avtalen og det aktuelle formuesgodet. Dette har jeg valgt å kalle *etterfølgende realitet*.¹⁰² Dette vil det blir redegjort for i punkt 5.3.

¹⁰¹ Se kjennelsens avsnitt 73.

¹⁰² «*Realiteten i avtalen*» og «*etterfølgende realitet*» er hjelpebegreper for å systematisere fremstillingen. En faktisk avtale kan være mer eller mindre spesifikt utformet.

5.2.1 Muligheten til å overdra, selge eller pantsette formuesgodet

Rt. 2005 s. 1476 ble vist til i Deutsche Bank som en del av rettskildebildet som tilsa at det var riktig å anvende en objektiv proformanorm.¹⁰³ Hvilke slutninger der er mulig å trekke om den objektive proformavurderingens vurderingstema fra denne kjennelsen, er derfor relevant.

Faktum i saken var at en datter hadde fått overført en eiendom fra sin far. Faren og moren hadde sikret seg omfattende bruksrettigheter til eiendommen gjennom den aktuelle overføringsavtalen. Moren var debitor for skattekravet det var begjært utlegg for. Skattemyndighetene mente av overføringen til datteren var proforma, og at moren var medeier til eiendommen sammen med faren. Høyesterett kom til at lagmannsretten hadde tolket dekningsloven § 2-2 feil. Lagmannsretten hadde konkludert med at det ikke var adgang til å ta utlegg i boligen for å sikre kreditors krav mot moren, da de fant at boligen reelt sett tilhøre datteren. Avgjørelsen ble opphevet av Høyesterett.

Høyesterett uttalte innledningsvis at retten må «...inngående vurdere om overføringen innebærer en realitet.»¹⁰⁴ Videre uttaler Høyesterett at de «savner en bredere og mer inngående utdyping av betydningen av foreldrenes bruksrett for den reelle salgsmuligheten.»¹⁰⁵ Deretter peker Høyesterett på at foreldrenes bruksrett «...vil begrense den praktiske muligheten for å selge og for å pantsette eiendommen.»¹⁰⁶

Av det gjengitte kan man trekke den slutning at hvis debitor har sikret seg rettigheter til formuesgodet etter overføringsavtalen, på en slik måte at den praktiske salgs- og pantsettelsesmuligheten for suksessor blir sterkt begrenset, er det et relevant moment i proformavurderingen. Hvis suksessor ikke har praktiske muligheter til å selge eller pantsette formuesgodet på grunn av de rettigheter debitor har forbeholdt seg, vil dette tale for at overføringen ikke har den «påberopte realitet».¹⁰⁷

Dette momentet er også å finne igjen i lagmannsrettspraksis avsagt etter Deutsche Bank. I LB-2019-56324 hadde en ektemann overført en fritidseiendom til sin kone via sin bror. Den aktuelle avtalen mellom ektefellene var utformet på en slik måte at kona var pliktig til å overføre fritidseiendommen tilbake til sin mann (debitor), eller den som mannen utpekte, straks mannen forlangte dette. Lagmannsretten la «avgjørende vekt» på rettighetene som ektemannen hadde etter den aktuelle avtalen, da de konkluderte med at avtalen var proforma. Lagmanns-

¹⁰³ Se Deutsche Bank, avsnitt 78.

¹⁰⁴ Se kjennelsens avsnitt 19.

¹⁰⁵ Se kjennelsens avsnitt 21.

¹⁰⁶ Se kjennelsens avsnitt 22.

¹⁰⁷ Se også LG-1999-716. Avgjørelsen ble opprettholdt av Høyesterett i Rt. 1999 s. 1833.

retten bemerket at slik avtalen var utformet «ble en vesentlig del av eierbeføyelsene lagt til B [debitor].»

I motsetning til høyesterettskjennelsen over lot avtalen i denne saken overføringsfunksjonen forbli på debtors hånd. Ut ifra en mer-til-mindre betraktning må avtaler som er utformet på en slik måte at overføringsfunksjonen *forblir* hos debitor, med større tyngde tale for at overføringen ikke har den «påberopte realitet», sammenlignet med der funksjonene formelt er overført til suksessor.¹⁰⁸

I enkelte saker følger de *rettslige virkninger* overføringen har fått for avtalepartene, av skjøtet som har blitt tinglyst, og ikke av avtalen i seg selv. LH-2017-96729 er et eksempel på en slik sak. Faktum i saken var at en far hadde overdratt en eiendom til sin datter. Senere overdro datteren eiendommen videre til farens nye samboer. Ved begge overdragelsene ble det tinglyst at faren skulle ha bruksrett til eiendommen og forkjøpsrett ved et eventuelt videresalg, og at eiendommen ikke kunne pantsettes uten hans samtykke.¹⁰⁹ Lagmannsretten kom blant annet på denne bakgrunn til at faren reelt sett var eier av halve eiendommen.¹¹⁰

5.2.2 Rett til verdistigning og verdiavkastningen av formuesgodet

I nevnte Rt. 2005 s. 1476 var avtalen utformet slik at datteren skulle overta eiendommen mot å bli ansvarlig for pantegjelden som hvilte på den. Pantegjelden var på 850.000 kr. Etter avtalen skulle søsknene ha forkjøpsrett til eiendommen til 850.000 kr ved et eventuelt videresalg. Høyesterett bemerket at slik forkjøpsretten var utformet, fratok dette datteren muligheten for gevinst ved et fremtidig salg.¹¹¹ Dersom søsknene benyttet seg av forkjøpsretten, ville en eventuell verdistigning i så fall tilfalle dem. Dette var et moment som talte for at avtalen ikke hadde realitet.

At Høyesterett legger vekt på suksessors gevinstmulighet i denne saken, er interessant. Verdiavkastningen av formuesgodet skulle jo ikke her tilfalle *debitor*. Forholdet var her at tredjepersoners forkjøpsrett til en gitt pris fratok *suksessor* muligheten til å nyte godt av en eventuell verdistigning. Det passer mindre godt med ordlyden i dekningsloven § 2-2 å si at formuesgodet da «tilhører» debitor. Siden momentet blir tillagt vekt i denne høyesterettskjennelsen,

¹⁰⁸ Se også LB-2015-119371-1, under fjerde overskrift under «Lagmannsretten bemerket». Her uttaler lagmannsretten at det med «styrke taler for at overdragelsen er proforma» at debitor er blant annet hadde beholdt retten til å pantsette eiendommen.

¹⁰⁹ Se også LB-2011-208521 hvor det også ble vektlagt at overdrager/debitor hadde fått tinglyst at overførte eiendommer ikke kunne disponeres over uten hans samtykke.

¹¹⁰ Begrepet «proforma» er ikke brukt i kjennelsen. Problemstillingen lagmannsretten oppstiller, er hvem som er reell eier av eiendommen.

¹¹¹ Se kjennelsens avsnitt 22.

må det likevel konkluderes med at dersom avtalen er utformet slik at den fratar suksessor *sin* mulighet til å nyte godt av en verdistigning, er dette tilstrekkelig for at momentet kan tale mot at overføringen har den «påberopte realitet». Det er altså ikke nødvendig at verdistigningen skal tilfalle debitor.

Igjen kan man imidlertid trekke den slutning at dersom verdistigningen av formuesgodet *skal tilfalle debitor*, må dette med større tyngde tale mot at overføringen har den «påberopte realitet.» At verdistigning eller annen verdiavkastning av formuesgodet skal tilfalle debitor, kan forekomme på flere måter. I LG-1999-716 fulgte det av den aktuelle avtalen at hvis den overførte eiendommen ble videresolgt, så skulle store deler av salgssummen gå til å anskaffe debitor en ny bolig. At en stor del av en eventuell salgssum skulle komme debitor til gode på en slik måte, talte etter lagmannsrettens syn for at overføringen var proforma.¹¹² Også LB-2020-15465 kan vises til. Her fortsatte leieinntekter fra den overførte eiendommen å gå inn på debitors konto etter overføringstidspunktet. Lagmannsretten trakk frem dette som et moment som talte for at overføringen var proforma.

5.2.3 Plikter og rettigheter som følger av avtalen¹¹³

Hvis suksessor etter avtalen har påtatt seg forpliktelser, er dette et moment som taler for at overføringen har realitet. I LH-2017-96729 hadde suksessor i en etterfølgende samboeravtale påtatt seg å dekke 50% av overskridelser på et byggeprosjekt på den aktuelle eiendommen. Prosjektet var budsjettert til 6.830.000 kroner. Lagmannsretten bemerket at dette gav eiendomsinvesteringen karakter av å være et fellesprosjekt mellom avtalepartene. Lagmannsretten kom på denne bakgrunn til at suksessor var medeier til eiendommen med en ideell halvdel.

I LB-2019-56324 hadde suksessor påtatt seg å dekke alle omkostninger og vedlikeholdsutgifter på den overførte fritidseiendommen. Lagmannsretten kom til at dette ikke hadde avgjørende betydning for at overføringen var reell. I sin proformavurdering la lagmannsretten større vekt på andre momenter som tilsa at overføringen var proforma. Jeg vil kommentere disse momentene nærmere i punkt 5.3.3.2, da de må ses i sammenheng med hva suksessor *faktisk* har betalt.

I LH-1999-599 var det ikke suksessor som hadde påtatt seg plikter, men debitor som hadde fått en rettighet etter den aktuelle avtalen. Det var inngått en samboeravtale, som etter sin ordlyd gjorde debitors samboer til eneeier av boligen paret bodde i. Samboeren var også registrert som eneeier i grunnboka. Av samboeravtalens ordlyd fulgte det imidlertid at debitor hadde

¹¹² Avgjørelsen ble opprettholdt av Høyesterett i Rt. 1999 s. 1833.

¹¹³ Jeg ser i dette punktet bort fra plikten til å betale og retten til å få betaling.

rett til å få utbetalt kroner 200.000 ved et eventuelt samlivsbrudd. Lagmannsretten bemerket at debtors rett til utbetaling etter avtalen ved et eventuelt samlivsbrudd gjorde at:

«...[debitor] hadde en økonomisk interesse i boligen selv om han utad stod uten eierandel. Det angitte beløp synes å svare til halvparten av boligens netto verdi på dette tidspunktet, og lagmannsretten kan ikke se at samboeravtalens bestemmelse om eiendomsretten til boligen var i samsvar med de reelle eier-forhold»

Lagmannsretten kom til at debitor var eier av en ideell halvpart av boligen.¹¹⁴ At debitor etter overføringsavtalen har fått rettigheter som kan fremstå som et substitutt for eiendomsretten som påstås overdratt, er derfor et relevant moment. Momentet vil tale i mot at overføringen har den «påberopte realitet». Momentets vekt i helhetsvurderingen vil nok også her avhenge av hvor omfattende rettigheten er sammenlignet med verdien av formuesgodet. I den konkrete saken la lagmannsretten til grunn at de 200.000 kr som debitor hadde krav på, tilsvarte halvpartens av boligens verdi på avtaleinngåelsestidspunktet.

5.2.4 Oppsummering av *realiteten i avtalen* og avtalens rettslige virkninger for avtalepartene

Domstolen legger også vekt på andre momenter enn den realiteten som følger av den aktuelle avtalen, og hvilke rettslige virkninger dette har for avtalepartene. Hvilke momenter dette typisk er, skal analyseres i neste punkt. Momentene som det er redegjort for hittil, ser imidlertid ut til å ha stor og til dels avgjørende vekt i den objektive proformavurderingen. Dette gjelder særlig salg-/pantsettelsesmomentet og verdiavkastningsmomentet.

Konklusjonen er derfor så langt at dersom suksessor etter overføringen hverken har formell eller praktisk mulighet til å selge/pantsette eller til å nyte godt av formuesgodets verdiavkastning, taler dette med styrke mot at overføringen har «de rettslige realiteter som påberopes».

At disse momentene blir tillagt stor vekt, er ikke overraskende med tanke på den objektive proformanormens vurderingstema. Begge momentene knytter seg til sentrale eierfunksjoner. Det er vanskelig å se at overdragelsen kan ha den «påberopte realitet» som et eierskifte innebærer, så lenge disse eierfunksjonene i realiteten har forblitt på debtors hånd. Det samme gjelder når disse eierfunksjonene formelt er overdratt til suksessor, men på grunn av omfattende bruksrettigheter debitor har forholdt seg til formuesgodet, har eierfunksjonene ingen praktisk betydning for suksessor.

¹¹⁴ Avgjørelsen ble opprettholdt av Høyesterett i Rt. 2000 s. 585.

Inntrykket er at det særlig for fast eiendom vil være vanskelig for debitor å unngå at utleggs-kreditor kan ta utlegg dersom debitor har forbeholdt seg omfattende bruksrettigheter til eiendommen etter overføringsavtalen. Dette gjelder i særers der avtalepartene har en nær relasjon. Det formelle eierskifte av eiendommen vil da ha hatt lite merkbare virkninger for avtalepartene og ikke medføre de realitetsendringer en eiendomsoverføring normalt innebærer. Avtalen vil dermed være i faresonen for å bli underkjent som proforma etter den objektive proformanormen.

Det kan i denne forbindelse vises til noen eldre høyesterettsdommer som i juridisk teori har vært fremhevet som forløperen til den objektive proformanormen.¹¹⁵ I både Rt. 1929 s. 601 og Rt. 1933 s. 835 var faktum, enkelt fortalt, at foreldre hadde overdratt gårder til sine umyndige barn. Foreldrene hadde i 1929-dommen sikret seg bruksrett og senere kårytelser, mens i 1933-dommen hadde den faktiske bruken fortsatt som før. I begge dommene ble overdragelsen underkjent som proforma, og gårdene gikk inn i farens konkursbo.

I disse dommene forankret Høyesterett domsresultatene i at overføringene ikke var reelt ment eller tilsiktet – altså ble det formelt anvendt en subjektiv proformanorm.¹¹⁶ Resultatet i dommene og hvilke faktiske forhold Høyesterett tiller vekt, eksemplifiserer godt at den objektive proformanormen på mange måter ikke er en ny norm. Forskjellen er nå at domstolen ved anvendelse av normen åpent vurderer realitetene i saksforholdet, uten å forankre dette i en tenkt avtaleparts mening.

5.3 Etterfølgende realitet for avtalepartene

Jeg går nå over til å analysere proformavurderingen som domstolen foretar når avtalen er utformet på en mer generell måte. Avtalen vil i disse tilfellene ha en slik utforming at det ikke er mulig å slutte seg til hvilke rettslige virkninger overføringen har hatt for avtalepartene, kun ved å tolke avtalen. Domstolen må da bygge proformavurderingen på *etterfølgende momenter*. Spørsmålet det skal tas stilling til er stadig om overføringen av formuesgodet «har den rettslige realitet som påberopes.»

5.3.1 Formell gjennomføring utenfor avtalen

Momentet «formell gjennomføring» finner jeg det hensiktsmessig å spalte opp i to underkategorier. Her vil jeg se på momenter som kan sorteres under det jeg har valgt å kalle for *formell gjennomføring utenfor avtalen*.

¹¹⁵ Se nærmere om dommene i Høgetveit Berg (2017) s. 112-114 og 218

¹¹⁶ Se Rt. 1929 s. 601 side 603 og Rt. 1933 s. 835 side 837

5.3.1.1 Tinglysning og annen registrering

Dersom formuesgodet er fast eiendom, vil eiendommen som oftest være tinglyst på suksessor etter den påståtte eiendomsoverføringen. Hvis suksessor ikke har tinglyst sitt påståtte erverv, kan utleggscreditor påberope seg reglene om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 20 tredje ledd jf. første ledd. Utlegg vil da kunne tas i eiendommen, uavhengig av hvilken realitet overføringen ellers måtte ha. Likevel blir det i flere avgjørelser sagt at tinglysning er et moment som skal inngå i helhetsvurderingen av om overføringen er en realitet.¹¹⁷

Siden en slik registrering nærmest er en forutsetning for at proforma skal anføres av kreditor, har jeg problemer med å se at momentet kan ha selvstendig vekt når det også er en rettsvernsakt. Etter min mening kan det registrerte likevel være et naturlig startpunkt for helhetsvurderingen som skal foretas, sml. tvangsfullbyrdsloven § 7-14.

Dersom manglende registrering ikke er en rettsvernsakt, kan det få en mer selvstendig betydning i selve proformavurderingen. I LB-2010-94979 var saken at fire biler var overført fra et firma til et annet. De to firmaene hadde tette eierinteresser. Lagmannsretten la vekt på at bilene ikke var omregistrert, og at omregistreringsavgift ikke var betalt.¹¹⁸ Lagmannsretten kom til at overføringen av bilene var proforma.

5.3.1.2 Oppføring i selvangivelse eller lignende

Rt. 2001 s. 187 er en skattesak der en aksjepost var overdratt fra en storebror til hans far, og så videre til en lillebror. Skattemyndighetene mente at overføringen var gjort proforma for å unngå økt beskatning av aksjene.¹¹⁹

Saken var etter Høyesteretts syn preget av adskillig rot, og det ble uttalt: «Dette er forhold som i en helhetsvurdering kan tale mot at avtalen er reell. Jeg vises i denne forbindelse for det første til hvordan aksjene er behandlet i selvangivelsene.»¹²⁰ Til tross for rotet med selvangivelsene fant Høyesterett etter en konkret helhetsvurdering at sønnen var den reelle eieren av aksjene.

¹¹⁷ Se for eksempel LE-2013-158851, LB-2017-96729, LB-2019-56324, LB-2020-15465.

¹¹⁸ Manglende registrering etter veitrafikkloven § 15 har ikke den virkning at kreditor kan ekstingvere ervervens rett. Se nærmere i Lilleholt (2018) s. 149.

¹¹⁹ Selv om saken ikke gjelder kreditorbeslag, er saken relevant når den objektive proformanormen skal undersøkes. Saken er vist til i Deutsche Bank, se avsnitt 77.

¹²⁰ Se dommens side 195.

Generelt sett kan det sies at selv om dette momentet ofte blir nevnt av domstolene,¹²¹ ser det ut til å ha liten vekt i den konkrete avveiningen. Resultatet blir like ofte det motsatte av hva dette momentet isolert sett skulle tilsi. I for eksempel LB-2019-56324 hadde debtors bror oppført den omtvistede fritidseiendommen i sin selvangivelse i årene 2002 til 2014. Lagmannsretten uttalte at «dette gir i seg selv ingen sterk indikasjon på at han [broren] var den reelle eier.»

Inntrykket jeg sitter igjen med etter å ha gjennomgått rettspraksis, er at selvangivelsesmomentet gjerne blir vist til av domstolen for å underbygge at overføringen *ikke* har den «påberopte realitet». Derimot ser det ut til at momentet har liten vekt for å underbygge at overføringen *har* realitet.

Der *suksessor* er et upersonlig rettssubjekt, finnes det eksempler på at domstolen ser hen til om suksessor har oppført det overførte formuesgodet i sitt årsregnskap.¹²² Rettskildegrunnlaget for å si noe om dette momentets vekt er spinklere sammenlignet med selvangivelsesmomentet. Min antagelse er likevel at momentet vil ha tilsvarende vekt i proformavurderingen av om overføringen har den «påberopte realitet.» Også dette momentet vil nok være best egnet til å underbygge at overføringen *ikke* har realitet, dersom suksessorselskapet ikke har oppført det påstått overførte formuesgodet i sine årsregnskaper.

5.3.1.3 Overholdelse av selskapsrettslige regler

I Deutsche Bank uttaler Høyesterett at «det kan ha stor vekt i proformavurderingen om et aksjeselskap har foretatt utdeling i strid med de regler som gjelder for dette...»¹²³ Der *debitor* er et upersonlig rettssubjekt, taler det altså med styrke mot at overføringen har den «påberopte realitet» dersom reglene om utbytte fra selskapet ikke er fulgt. Momentet ble følgelig vektlagt til fordel for at overføringen av aksjene fra selskapet var proforma, da lagmannsretten behandlet saksforholdet på nytt i LB-2018-105251-1.¹²⁴

Andre selskapsrettslige regler kan også være av relevans for proformavurderingen. At reglene er fulgt, må i utgangspunktet tale for at overføringen har den påberopte realitet. I skattesaken Rt. 2001 s. 187 hadde som nevnt en far overdratt sine aksjer til sin sønn. Høyesterett la en «viss vekt» på at aksjeselskapet hele tiden hadde behandlet sønnen som aksjonær, da de kom til at det forelå en reell overføring.¹²⁵ I LB-2011-161276 fant imidlertid lagmannsretten at det

¹²¹ Se blant annet LB-2015-119371-1, LG-2016-200571, LB-2017-132725, LA-2018-32368.

¹²² Se LB-2017-26988 og LB-2018-165022.

¹²³ Se kjennelsens avsnitt 95.

¹²⁴ Se under kjennelsens punkt 3.3.4.

¹²⁵ Se dommens side 194. (Selskapet var ikke part i den omtvistede avtalen.)

ikke hadde noe «verdi» at generalforsamlingen i debitorsselskapet hadde godkjent overføringen av to biler til suksessorselskapet.¹²⁶

Også for overholdelse av selskapsrettslige regler ser det ut til at momentet har størst vekt når det taler *mot* at overføringen har den «påberopte realitet», ved at reglene *ikke* er fulgt.

5.3.1.4 Andre formaliteter

Også andre formaliteter kan ha vekt i proformavurderingen etter den objektive proformanormen. Det er vel egentlig bare fantasien som setter grenser for hvilke formelle forhold som kan påberopes for å underbygge at overføringen har den «påberopte realitet». Momentene som er gjennomgått over, er derfor momenter som ofte er tilstede i domstolens proformavurdering, og er på ingen måte en uttømmende liste.

For å eksemplifisere hvilke andre formaliteter som kan tenkes vektlagt, kan LH-2019-105027 tjene som eksempel. Debitor og suksessor, som hadde vært samboere, ervervet en eiendom sammen. Da forholdet tok slutt, overførte debitor sin eierdel til suksessor, slik at eiendommen nå fullt ut var eid av henne. Statens Innkrevingsentral tok så utlegg i eiendommen for å sikre sitt krav mot debitor. Lagmannsretten kom til at suksessor var reell eier av hele eiendommen, og at utlegget måtte oppheves. Debitor og suksessor hadde i tillegg til den aktuelle eiendommen, fordelt to andre eiendommer seg imellom. I den forbindelse hadde de brukt eiendomsmegler og hatt meglerutgifter. Lagmannsretten uttalte at dette var med på å danne et inntrykk av at overskjøtingen fra debitor til suksessor ga utrykk for det reelle eierforholdet.

5.3.2 Formell gjennomføring i avtalen

I motsetning til momentene i punkt 5.3.1 kan momentene som skal analyseres i det følgende, utledes helt eller delvis av avtalen selv.

5.3.2.1 Avtalens form sammenlignet med verdien av formuesgodet som står på spill

Utgangspunktet i norske rett er at avtaler kan inngås formfritt.¹²⁷ Hvilken form avtalen har, er likevel et moment som inngår i proformavurderingen etter den objektive proformanormen. Da lagmannsretten behandlet Deutsche Bank-saken på nytt (LB-2018-105251-1), sluttet retten seg til byfogdens uttalelse om at: «tatt i betraktning de store verdiene som var involvert, dreier det seg om en kort avtaletekst, som ikke gir konkrete holdepunkter for å vurdere om disposisjonen var reell.»¹²⁸

¹²⁶ Debitorselskapet hadde kun én aksjonær.

¹²⁷ Woxholth (2017) s. 30-31.

¹²⁸ Se kjennelsens punkt 3.4.

Som Høgetveit Berg skriver, er det naturlig for avtalepartene å sikre at avtalen *vil bli* vurdert som reell, dersom det skulle oppstå tvist mellom avtalepartene og en tredjeperson om retten til det aktuelle formuesgodet. Interessen til avtalepartene i å sikre seg at en avtale blir godtatt som reell hvis konflikt med tredjeperson skulle oppstå, må antas å være større jo høyere verdi formuesgodet har. Etter min mening er det slik dette momentet må forstås. Har ikke avtalepartene «tatt seg bryet» med å utforme en avtale på en slik måte at man i ettertid kan vurdere om avtalen er reell, taler dette mot at overføringen har den «påberopte realitet».

Jeg er imidlertid skeptisk til om det kan trekkes en antitetisk slutning av resonnementet. At en avtale er nøye utarbeidet, kan etter min mening ikke være et relevant moment i proformavurderingen. Momentet skulle i så fall talt for at overføring har den «påberopte realitet.» Hvis dette skulle være et relevant og viktig moment, hadde det gjort det lett for avtalepartene å komme rundt kreditorbeskyttelsen som ligger i den objektive proformanormen. Det er hvilke *realitetsendringer* overføringen medført for avtalepartene, og ikke avtaletekstens utforming i seg selv, som er gjenstanden for vurderingen. Etter mitt syn kan altså ikke dette momentet tale for at overføringen har den «påberopte realitet».

5.3.2.2 *Prisen som er avtalt*

Om prisen som følger av avtalen, ligger nær markedspris, eller om prisen har mer symbolsk karakter, kan også bli vektlagt av domstolen i proformavurderingen. I skattesaken Rt. 2001 s. 187 hadde skattemyndighetene anført at prisen på de overførte aksjene var en indikasjon på proforma. Førstvoterende uttalte at hun ikke fant noen veiledning i dette momentet. Uttalelsen synes å forutsette av prisen *kan* gi veiledning. Momentet er også vist til i juridisk teori.¹²⁹

At prisen som fremkommer i avtalen, skal være et relevant moment i proformavurderingen der kreditor begjærer utlegg, kan det reises innvendinger mot. Er prisen i den aktuelle avtalen svært lav eller satt til 0, står man i realiteten overfor en gave fra debitor til suksessor. Gaver kan omstøtes etter dekningsloven §§ 5-2 til 5-4. Det følger av forarbeidene til dekningsloven at utleggkreditor ikke kan påberope seg reglene om omstøtelse.¹³⁰

Etter mitt syn må derfor utleggkreditor respektere avtaler som reelt sett er gaveoverføringer fra debitor til gavemottaker (suksessor) dersom gavemottakeren har oppnådd rettsvern og overføringen for øvrig innebærer den «påberopte realitet.»

¹²⁹ Høgetveit Berg (2017) s. 219.

¹³⁰ NOU 1972: 20 s. 285.

LB-2018-165022 er den eneste saken jeg har funnet der konflikten står mellom utleggkreditor og suksessor, hvor prisen er nevnt i proformavurderingen.¹³¹ Lagmannsretten sluttet seg her til tingretten som hadde funnet det bevist at den aktuelle maskinens omsetningsverdi var vesentlig høyere enn den avtalte prisen. Tingretten poengterer videre at debitor dermed ikke har fått tilført tilsvarende midler som kan gå til dekning av gjeld.

Til tingrettens uttalelser kan det bemerkes at konsekvensen av gaveoverføringer fra debitor, *er* at det blir mindre midler å ta utlegg i for utleggskreditor. Når utleggskreditor ikke kan omstøtte gaver, bør heller ikke prisen være et relevant moment i proformavurderingen av om overføringen har realitet eller ikke.

5.3.3 Faktiske virkninger for avtalepartene

Det hovedmomentet som nå gjenstår fra Høyesteretts opplisting i Deutsche Bank, er overføringens «faktiske virkninger for avtalepartene.» Momenter som kan sorteres under denne kategorien, vil bli analysert i det følgende.

5.3.3.1 Om suksessor faktisk har gjort opp sin motytelse

I Rt. 2005 s. 1476 skulle som nevnt datteren ta over pantegjelden som hvilte på eiendommen. Det ble funnet bevist at datteren ikke hadde økonomisk evne til å betjene pantelånet. Dette var ifølge Høyesterett «et moment av vesentlig betydning.»¹³²

Mulig kan det utledes mer generelt av dette utsagnet at dersom suksessor har påtatt seg en motytelse som fremstår lite troverdig, er dette et moment som taler mot av overføringen har den «påberopte realitet».¹³³

Røsæg er skeptisk til relevansen av dette momentet i sin analyse av Rt. 2005 s. 1476. Hans skepsis bygger på de samme synspunkter som det er redegjort for over – nemlig at utleggskreditorer ikke kan omstøtte gaver. Tanken må være at hvis suksessor ikke har betalt det han er forpliktet til etter avtalen, og debitor er innforstått med dette, så står man i realiteten overfor en gave.

Etter mitt syn at er det naturlig å legge vekt på dette momentet. Dette fordi en typisk proformaavtale er kjennetegnet av at debitor vil unngå kreditorbeslag, men ikke kvitte seg med

¹³¹ Momentet er også vist til i LG-2018-40499-2 og LB-2015-119371-1. Begge sakene gjelder konkursforfølging.

¹³² Se kjennelsens avsnitt 20.

¹³³ Momentet er også vist til av Høgetveit Berg (2017) s. 219.

andre eierfunksjoner tilknyttet formuesgodet. At suksessor da ikke har gitt en reell motytelse, underbygger da at det ikke har skjedd en reell overføring av formuesgodet.

Suksessors motytelse kan ha forskjellige former. Suksessors evne til å betjene lån vedkommende har påtatt seg etter avtalen, er også fremme i LG-2018-40499-2.¹³⁴ I LB-2020-15465 ble det vist til suksessor ikke hadde økonomisk evne til å kjøpe den eiendommen som var påstått overført.

En annen variant finner man i LB-2018-105251-2, da Deutsche Bank-saken var oppe til ny behandling. Her påsto avtalepartene at formuesgodet ble overført til suksessor mot at suksessor motregnet et krav han hadde mot debitor.¹³⁵ I så fall blir det et bevisspørsmål om et slikt motregningskrav eksisterer. Lagmannsretten fant det ikke bevist at et motregningskrav eksisterte, og uttalte:

«Den bevismessige usikkerhet som foreligger som følge av dette må etter rettens syn gå ut over Erik Martin Vik [suksessor], som er nærmest – og hadde en klar foranledning – til å fremlegge dokumentasjon som kunne underbygge at gjeldsforholdet er reelt.»¹³⁶

Virker motregningskravet oppkonstruert og lite troverdig, er dette altså et moment som taler mot at overføringen har den «påberopte realitet.» Som lagmannsretten uttaler i det siterte, vil det være debitor/suksessor som er nærmest til å dokumentere at det har eksistert et reelt motregningskrav dem i mellom

Den vanligste formen for motytelse er der suksessor etter avtalen skal betale debitor for formuesgodet.¹³⁷ I nær sammenheng med dette er de tilfeller der suksessor skal overta lån tilknyttet formuesgodet.¹³⁸ I første tilfelle blir det et bevisspørsmål om suksessor har betalt. I det andre tilfellet blir det et bevisspørsmål om suksessor eller debitor har betalt låneavdrag og – renter etter at suksessor skulle overta ansvaret for lånet.

Om det finnes bevist at suksessor har foretatt betalinger, taler dette med styrke for at overføringen er reell. I LH-2019-105027 utaler lagmannsretten at det styrker i «vesentlig grad» anførselen om at overføringen er reell, «...at A [suksessor] alene betalte på lånet...». At dette

¹³⁴ Se andre overskrift under «Lagmannsrettens vurderinger». Momentet er også fremme i LB-2006-100444.

¹³⁵ Motregning av også oppgjørsmåten i LB-2010-94979, LB-2011-161256.

¹³⁶ LB-2018-105251-2, under punkt 3.4.

¹³⁷ Se LB-1999-2928, LB-2011-208521, LB-2015-1119371-1 LG-2015-78584, LG-2017-175314, LB-2018-105251-2.

¹³⁸ Se LG-1999-716, LB-2006-100444, LB-2012-10576, LB-2016-66005.

momentet tillegges stor vekt til fordel for at overføringen har den «påberopte realitet», bygger på den selvfølgelige formodning om at suksessor neppe ville ha betalt for et formuesgode, hvis realiteten var at eierfunksjonene ikke ble overført til suksessor.

5.3.3.2 *Betaling av utgifter tilknyttet formuesgodet*

I LB-2019-56324 var suksessor etter den aktuelle avtalen forpliktet til å betale omkostninger og vedlikehold på eiendommen. Det ble videre funnet bevist at suksessor over en periode på fire år, faktisk hadde betalt 90.000 kroner tilknyttet eiendommens vannavløp, samt mottatt fakturaer tilknyttet eiendommen på 36.381 kroner.

Tingretten, som lagmannsretten sluttet seg til, hadde kommet til at realiteten i suksessors rettsposisjon, var at hun hadde ervervet en bruksrett til eiendommen mot at hun betalte alle omkostninger på eiendommen og dens vedlikehold. Lagmannsretten kommenterte videre at det ikke var avgjørende for proformavurderingen at suksessor «har betalt utgifter vedrørende eiendommen.» Lagmannsretten la heller avgjørende vekt på den aktuelle avtalen, som etter sin ordlyd lot sentrale eierfunksjoner forbli hos debitor. Lagmannsretten trakk også frem overføringens finansiering og avtalepartenes bruk av eiendommen i sin avsluttende oppsummering, når de begrunnet hvorfor overføringen var proforma.

Etter min mening må det i utgangspunktet tale for at overføringen har den «påberopte realitet» at suksessor har betalt kostnader tilknyttet formuesgodet. Momentet synes imidlertid å ha liten relativ vekt i møte med andre momenter. Også i en annen lagmannsrettskjennelse ble en eiendomsovergang underkjent som proforma, selv om suksessor hadde hatt utgifter tilknyttet den aktuelle eiendommen på om lag 290.000 kroner.¹³⁹

Et rimelig synspunkt må være at dette momentet må få større relativ vekt jo mer suksessor har betalt, sammenlignet med formuesgodets verdi. Dette synes forutsatt i LB-2019-56324 der retten bemerker at suksessor bidrag ikke var *tilstrekkelig* til å ha opparbeidet seg eierrettigheter. Hvor mye suksessor må ha investert i eiendommen for at eierrettigheter skal være opparbeidet, er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om. Jo større økonomiske utgifter suksessor faktisk har hatt ved å betale kostnader tilknyttet formuesgodet, jo mer problematisk er det å underkjenne avtalen som proforma. Som det skal redegjøres for i punkt 6.2, vil ikke den rettsposisjon som suksessor i realiteten har ervervet, være beskyttet mot kreditors utlegg dersom retten underkjenner overføringen som proforma.

¹³⁹ LB-2020-15465.

Hvis debitor har fortsatt med å betale utgifter tilknyttet formuesgodet etter overføringstidspunktet, taler dette selvfølgelig for at overføringen ikke har den «påberopte realitet.»¹⁴⁰

5.3.3.3 Faktisk bruk

At debitor har fortsatt med å bruke formuesgodet som sitt eget etter at det er påstått overført til suksessor, taler mot at overføringen har den «påberopte realitet».¹⁴¹ I LB-2015-119371-1 hadde debitor hele tiden bodd på eiendommen, til tross for at den var påstått overdratt en rekke ganger. Lagmannsretten uttalte at dette talte for av overdragelsene var proforma.¹⁴² Momentet er knyttet til eiendomsrettens faktiske rådighet, og er derfor et naturlig moment som inngår i vurderingen av overføringens «påberopte realitet».

Det må imidlertid vurderes om debitor leier tilbake formuesgodet fra debitor. Hvis så er tilfellet, taler det for av overføringen er reell.¹⁴³ I LB-2018-165022 kunne ikke tingretten, som lagmannsretten sluttet seg til, finne holdepunkter for at debitor betalte vederlag til suksessor for fortsatt bruk av en maskin, som var påstått overført fra debitor til suksessor.

Forutsetningen må etter mitt syn imidlertid være at det foreligger en reell tilbakeleieavtale. På denne bakgrunn er jeg kritisk til lagmannsrettens proformavurdering i LG-2016-200571. Her så lagmannsretten debitors fortsatte bruk av den aktuelle båten som en motytelse fra suksessor til debitor, for at debitor dekket enkelte kostnader tilknyttet båten. I utgangspunktet taler både det at debitor bruker formuesgodet som før, og at debitor fortsetter med å betale utgifter tilknyttet formuesgodet, i motsatt retning, slik at overføringen ikke har den «påberopte realitet.» Det synes derfor ulogisk at momentene, når de ses i sammenheng, skulle tale *for* at overføringen har den «påberopte realitet», under en synsvinkel om at debitor da betaler suksessor for bruken. Faktum vil være at det ikke har skjedd noen faktisk endring i et slikt tilfelle; det er debitor som både brukte formuesgodet og betalte utgiftene både før og etter den påståtte eiendomsoverføringen. Det eneste man står igjen med (hvis andre momenter ikke gjør seg gjeldende), er en formell eiendomsoverdragelse. Det kan ikke være tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om at overføringen må ha den «påberopte realitet».

5.3.3.4 Faktisk opptreden som eier av aksje

Der det aktuelle formuesgodet er en aksje, ser gjerne domstolen hen til om suksessor eller debitor har opptrådt som eier etter at aksjen er påstått overdratt. Det samme gjelder hvis det er

¹⁴⁰ LB-2015-119371-1, LH-2019-105027.

¹⁴¹ LB-2006-100444, LH-2017-96729, LB-2018-165022

¹⁴² Se under fjerde overskrift under «Lagmannsretten bemerker»

¹⁴³ Dette synes også forutsatt i LB-2013-117157 hvor debitor hadde sikret seg en opsjon på tilbakeleie av en borerigg. Se under andre overskrift under «Borepakke I og II».

opprettet et aksjeselskap, og spørsmålet er om selskapet er opprettet proforma i en annens navn.

I LB-2018-105251-2 og LB-2017-26988 hadde debitor overdratt aksjer. I den nyeste kjennelsen ble overføringen underkjent som proforma, mens i den eldste kjennelsen ble overføringen godtatt som reell. I den nyeste saken hadde debitor fortsatt som styreleder, samt fortsatt med å møte på generalforsamling (dog med fullmakt fra den nye påståtte eier). Det ble videre vist til at den nye påståtte eieren verken var involvert i eller hadde kunnskap om driften av selskapet.¹⁴⁴ I den eldste saken viste retten til at det derimot var suksessor som hadde utøvet eierbeføyelsene som lå til aksjene.¹⁴⁵

I både LG-2018-40499-2 og LB-2015-119371-1 var spørsmålet om debitor var reell eier av et aksjeselskap som var opprettet i en annens navn. I begge sakene la domstolen vekt på at den registrerte eieren ikke hadde gjort annet enn å signere dokumenter der formelle regler gjorde dette nødvendig. Resten av arbeidet i selskapet, som typisk inngår i det å være eier, var det debitor som hadde tatt seg av.¹⁴⁶ Domstolen fant i begge sakene at debitor var den reelle eieren av de respektive aksjeselskapene.

5.3.4 Oppsummering av etterfølgende realitet

Som gjennomgangen av domstolspraksisen viser, vil gjerne proformavurderingen etter den objektive proformanormen være mer sammensatt når domstolen ikke kan bygge sin vurdering direkte på avtalen og avtalens rettslige virkninger for avtalepartene.

En rekke momenter av formell og faktisk karakter vil da inngå i helhetsvurderingen som domstolen foretar for å avgjøre om overføringen av formuesgodet har den «påberopte realitet.»

Jeg synes det er vanskelig å trekke en klar konklusjon for nå en overføring blir underkjent som proforma, og når domstolen finner at en overføring har den «påberopte realitet». Jeg mener likevel at det er mulig å peke på enkelte tendenser i domstolens proformavurdering.

For det første er det en tendens at momenter som kan sorteres under *formell gjennomføring*, først og fremst har vekt når de taler *mot* at overføringen har den «påberopte realitet». Derimot synes ikke disse momentene å bli tillagt stor vekt *for* at overføringen har den «påberopte realitet».

¹⁴⁴ LB-2018-105251-2 (under punkt 3.4).

¹⁴⁵ LB-2017-26988 (under «Vurderingen av Oceanus' eierposisjon til Lotus-aksjene»).

¹⁴⁶ LG-2018-40499-2 (under «Eierskap til aksjene i Westkran») og LB-2015-119371-1 (under «Eierskap til aksjene i [firma]»).

For det andre ser ut til at momentene «faktisk bruk» og om suksessor «faktisk har gjort opp sin motytelse etter avtalen», har særlig vekt. Hvis det ikke har skjedd en endring i den faktiske bruken, og det heller ikke kan bevises at suksessor har betalt en motytelse, vil disse to momentene forsterke hverandre. Dette vil med styrke tale for at overføringen ikke har den «påberopte realitet».

Jeg vil nå se på det siste momentet Høyesterett listet opp i Deutsche Bank. Dette siste momentet velger jeg å kalle for «debitors motivasjon». Med «debitors motivasjon» mener jeg hva som motiverte debitor til å gjennomføre den omtvistede overføringen av formuesgodet.

5.4 Særlig om momentet «debitors motivasjon»

Hva som motiverer avtalepartene til å inngå en proformaavtale, vil variere. Ofte, men ikke alltid, vil motivet være å unngå en rettsvirkning som vil bli utløst hvis det underliggende, reelle rettsforholdet hadde vært kjent.¹⁴⁷

Når debitor opplever kreditorpågang, vil den rettsvirkning som søkes unngått, være at kreditor får tatt beslag i formuesgodet med hjemmel i dekningsloven § 2-2. Der det oppstår tvist om en avtale er proforma, vil kreditor typisk anføre at debitors eneste motiv med overføringen var å undra formuesgodet fra kreditor. Debitor vil typisk anføre at et annet motiv lå til grunn for den omtvistede disposisjonen.¹⁴⁸ Hva som har vært debitor motivasjon for overføringen, er et bevisspørsmål som domstolen må ta stilling til.

I motsetning til momentene som er gjennomgått i del 5, er debitors motivasjon for å gjennomføre den omtvistede overføringen, et subjektivt moment. Momentet knytter seg til debitor hensikt med overføringen. Momentet gir derfor den objektive proformanormen et subjektivt innslag.

I Deutsche Bank slår Høyesterett fast at «debitors motivasjon» er et av momentene som *skal* inngå i helhetsvurderingen av om «overføringen har de rettslige realiteter som påberopes.»¹⁴⁹ Hvis debitors motivasjon blir funnet å være kreditorunndragelse, uten at det kan vises til et annet rimelig motiv for overføringen, taler dette for overføringen ikke har den «påberopte

¹⁴⁷ Arnholm (1978) s. 232.

¹⁴⁸ Som eksempler fra rettspraksis kan nevnes utdeling av arv (LG-2016-200571) og at formuesgodet ikke skulle gå til å finansiere rusmiddelbruk (LB-2019-56324).

¹⁴⁹ Se kjennelsens avsnitt 73.

realitet». Skulle debitor derimot klare å bevise at forelå et annet reelt og rimelig motiv for overføringen, vil dette tale for at overføringen har den «påberopte realitet».¹⁵⁰

I det følgende skal jeg redegjøre for et hjelpemoment som har betydning når domstolen skal ta stilling til hva som har vært «debitors motivasjon».

5.4.1 Tidsmomentet

Høyesterett uttaler i Deutsche Bank at dersom et kreditorunndragelsesmotiv finnes bevist, kan dette «...etter omstendighetene være en sterk indikasjon på proforma.» Høyesterett fortsetter med å si: «Sentralt i så måte må være om transaksjonen foretas før eller etter at avhender [debitor] er blitt utsatt for kreditorpågang.»¹⁵¹ I Deutsche Bank-saken hadde overføringen av VPS-aksjene skjedd etter at kreditors krav mot debitor var etablert, og etter at forholdet til kreditor hadde fått aktualitet. Forutsetningsvis synes Høyesterett å mene at dette talte for at overføringen i Deutsche Bank var motivert av kreditorunndragelse.

Mer generelt mener jeg at det er mulig å utlede av det gjengitte at *når* debitor har foretatt den omtvistede overføringen, er egnet til å kaste lys over hva som har vært «debitor motiv». Dette har jeg valgt å kalle for *tidsmomentet*. Der debitor har foretatt overføringen av formuesgodet *før* kravet som søkes inndrevet, var etablert, eller *før* kreditor har startet prosessen med å inndrive sitt krav, taler dette mot at «debitors motivasjon» var kreditorunndragelse. Har derimot overføringen av formuesgodet skjedd *etter* at kravet det søkes dekning for var etablert, og etter at kreditor har startet prosessen med å inndrive kravet, taler dette for at «debitors motivasjon» var kreditorunndragelse. I så måte blir tidsmomentet nærmest en presumpsjon for å klarlegge hvilken motivasjon debitor hadde for den omtvistede overføringen.

5.5 Oppsummering. Gjelder den objektive proformanormen uavhengig av hvilken type formuesgode som står på spill i konflikten?

Etter å ha analysert rettspraksis er inntrykket mitt at domstolens proformavurdering blir mer forutberegnelig når vurderingen kan bygges direkte på den omtvistede avtalen, og hvilke rettslige virkninger avtalen har medført for avtalepartene. Ved en slik proformavurdering legger domstolen særlig vekt på om avtalen gir suksessor en praktisk mulighet til å selge/pantsette formuesgodet og til å nyte godt av formuesgodets verdiavkastning. Når domstolen må bygge sin proformavurdering på etterfølgende momenter, er mitt inntrykk at proformavurderingen blir mer sammensatt.

¹⁵⁰ Se nærmere om «debitors motivasjon» i Høgetveit Berg (2017) s. 218.

¹⁵¹ Se kjennelsens avsnitt 93

Analysen av rettspraksis viser videre at det særlig er enkelte typer av formuesgoder kreditor og debitor/suksessor strides om. Formuesgodet som er klart mest representert, er fast eiendom. Dette gjør det naturlig å reise spørsmålet om det objektive proformanormen gjelder uavhengig av hvilken type formuesgode som står på spill i konflikten.

Det rettslige utgangspunktet for å besvare spørsmålet er Deutsche Bank-kjennelsen. Høyesteretts begrunnelse for hvorfor det skal anvendes en objektiv proformanorm er generelt begrunnet. Hovedbegrunnelsen er at proformanormen må utformes på en slik måte at den oppfyller sitt formål med å beskytte tredjepersoner utenfor avtaleforholdet.¹⁵²

Det konkluderes derfor med at den objektive proformanormen *prinsipielt* kommer til anvendelse uavhengig av hvilken type formuesgode som står på spill i konflikten.

En annen sak er at enkelte typer av formuesgoder *egner* seg bedre til å være gjenstand for en objektiv proformavurdering. Brækhus viser for eksempel at for en enkel pengefordring vil det være den rettslige rådigheten over fordringen som er det sentrale. Den som eier pengefordringen, kan for eksempel ta imot betaling med befriende virkning for debitor, han kan ettergi fordringen med befriende virkning for debitor, eller han kan overdra fordringen til andre. Faktisk bruk og negative eierfunksjoner vil det være liten plass til.¹⁵³

Generelt sett må det ved anvendelse av den objektive proformanormen tas hensyn til hvilken type formuesgode som står på spill i konflikten. Som det er vist i analysen over, legger domstolen vekt på noen særskilte momenter når det er en aksje som er påstått overført fra debitor. Dersom overføringen av et formuesgode – for eksempel en pengefordring – gir få objektive utslag, må dette tas hensyn til i proformavurderingen. Det kan selvfølgelig ikke være slik at overføringen av pengefordringen blir underkjent som proforma, fordi domstolen finner at det ikke har vært noen forandring i den faktiske bruken av pengefordringen. Ved en pengefordring er det den rettslige rådigheten som er det sentrale. Hvis det ikke er grunn til å tro at den rettslige rådigheten har forblitt hos overdrager/debitor, må overføringen etter min mening bli godtatt som reell. Generelt kan man si at jo færre objektive funksjoner som er knyttet til det aktuelle formuesgodet, jo mindre kreditorbeskyttelse vil det være i den objektive proformanormen.

¹⁵² Se kjennelsens avsnitt 83.

¹⁵³ Brækhus (1998) s. 3.

At det må tas hensyn til hvilken type formuesgode som står på spill, viser seg videre også ved den rettsvernsakten som gjelder for det aktuelle formuesgodet. Gjennomføringen av forskjellige rettsvernsakter vil resultere i forskjellige realitetsendringer.

Som Høyesterett uttaler i Rt. 1999 s. 865:¹⁵⁴

«Det må likevel fremheves at de forhold som vil kunne være avgjørende ved bedømmelsen av rettsvernet, også vil kunne bidra til å gi disposisjonen en realitet partene imellom, og dermed få betydning ved avgjørelsen av proformas spørsmålet.»¹⁵⁵

Sammenhengen mellom rettsvernsakten og hvilke realitetsendringer en overføring har medført, kan være med på å forklare hvorfor overføringen av fast eiendom så ofte er oppe til proformavurdering. For fast eiendom er rettsvernsakten tinglysning, jf. tinglysningsloven § 20 (3) jf. (1) for rettsvern mot utlegg. Denne rettsvernsakten sikrer imidlertid bare kreditor mot at debitor ikke tilbakedaterer avtaler for å underbygge en påstand om eiendommen var overdratt før utleggstidspunktet.¹⁵⁶ For øvrig ligger det ingen realitetsendringer «innbakt» i denne rettsvernsakten. Dermed er det behov for at en påstått overføring vurderes etter den objektive proformanormen for å avgjøre om overføringen av eiendommen har realitetsvirkninger for avtalepartene utover at debitor unngår kreditorbeslag.

For ikke-realregisteret løsøre er rettsvernakten antatt å være overlevering.¹⁵⁷ Det vil dermed følge realitetsendringer av at rettsvernsakten er gjennomført. Så lenge rettsvernsakten er gjennomført, vil det dermed være mindre behov for en objektiv proformavurdering. At overføringen av formuesgodet likevel kan bli underkjent som proforma, kan likevel ikke utelukkes. Hvis det for eksempel kan føres bevis for at suksessor ikke kan selge løsøret uten samtykke fra debitor, og verdistigningen av et eventuelt salg helt ellers delvis skal tilfalle debitor, vil dette tale for at overføringen ikke har «den rettslige realitet som påberopes.» Overføringen av løsøret står da i fare for å bli underkjent som proforma, til tross for at suksessor sitter med tingen.

Oppsummeringsvis er det mitt standpunkt at den objektive proformanormen prinsipielt kommer til anvendelse uavhengig av hvilken type formuesgode som står på spill i konflikten. Anvendelsen av den objektive proformanormen må på den andre siden alltid ta hensyn til hvilken type formuesgode som påstås overført. Når det skal vurderes om «overføringen har de rettsli-

¹⁵⁴ Denne kjennelsen er vist til i Deutsche Bank, avsnitt 75.

¹⁵⁵ Se kjennelsens side 870.

¹⁵⁶ Røsæg (2010) s. 254-255.

¹⁵⁷ Falkanger og Falkanger (2016) s. 766.

ge realiteter som påberopes», må dette vurderingstemaet alltid tilpasses til det formuesgodet som står på spill i konflikten.

6 Rettsvirkninger av proforma etter den objektive proformanormen

I dette avsnittet skal det drøftes hvilke rettsvirkninger som kan sies å følge av den objektive proformanormen, hvis domstolen kommer til at en overføring er proforma.

Dersom en påstått overføring av et formuesgode ikke «har de rettslige realiteter som påberopes», er ikke vilkåret etter den objektive proformanormen oppfylt. Forholdet subsumeres da under «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2. Gitt at andre nødvendige vilkår i dekningsloven og tvangsfullbyrdsloven er oppfylt, er den sentrale rettsvirkning at utleggskreditor kan ta utlegg i formuesgodet for å få sikkerhet for sitt krav mot debitor.

6.1 Er virkningen ugyldighet?

Ved anvendelse av en subjektiv proformanorm er det forhold at formuesgodet fortsatt «tilhører» debitor, en direkte konsekvens av at proformaavtalen er ugyldig mellom avtalepartene. Ugyldighetsvirkningen av den subjektive proformanormen er en følge av at avtalepartene ikke mente at avtalen skulle være reell og ha virkninger dem imellom. Denne virkning kan ikke slutes fra vilkåret om «påberopt realitet» som den objektive proformanormen oppstiller. Dette er tydeligst der den objektive proformanormen knyttes til det jeg har valgt å kalle *realiteten i avtalen*. Jeg vil derfor begrense meg til slike proformavurderinger når rettsvirkningen etter den objektive proformanormen nå skal drøftes nærmere.

Den objektive proformanormen har den fordel at man kan vurdere avtalene direkte, uten å spørre om avtalepartene har ment det som står i avtaleteksten. At avtalen ikke innebærer den realitet avtalepartene anfører at den innebærer, betyr ikke at avtalepartene har hatt en annen mening om rettsforholdet seg imellom enn det som står i avtalen. Snarere tvert imot er det vel grunn å anta at avtalepartene ofte har ment akkurat det som fremkommer av avtalen. Videre vil det at avtalen ikke har den «påberopte realitet», ikke nødvendigvis innebære at avtalen er *uten* realitet og dermed virkningsløs mellom avtalepartene. Gyldigheten mellom avtalepartene må avgjøres etter de avtalerettslige ugyldighetsreglene, herunder den den subjektive proformanormen. Det klareste eksempelet på at avtalen må være gyldig mellom avtalepartene samtidig som den ble underkjent som proforma i relasjon til kreditor, er LB-2019-56324. Her sa lagmannsretten seg enig med tingretten i at realiteten i avtalen var at suksessor hadde fått bruksrett til eiendommen mot å betale eiendommens omkostninger og vedlikehold. Avtalen stiftet således både rettigheter og pliktet mellom avtalepartene. Suksessor hadde også betalt

sin løpende forpliktelse. Denne avtalen kan derfor ikke betraktes som innholdsløs eller ugyldig mellom avtalepartene.

Det konkluderes derfor med at det ikke alltid er naturlig å se på rettsvirkningen som følger av den objektive proformanormen, som ugyldighet.

6.2 Er virkningen ekstinksjon?

Det er over konkludert med at det ikke alltid er naturlig å se på avtalen som ugyldig mellom avtalepartene når proformavurderingen knytter seg til *realiteten i avtalen*. Det kan være *noe* realitet i avtalen som avtalepartene er bundet av. Når domstolen kommer til at utlegg kan tas fordi avtalen ikke har den «påberopte realitet», trenger ikke utleggkreditor å respektere den realitet som finnes i avtalen.¹⁵⁸

For suksessors vedkommende i LB-2019-56324 må hennes bruksrett til eiendommen vike for kreditors utlegg. Dette har den konsekvens at suksessors bruksrett ikke vil følge med eiendommen ved et eventuelt tvangssalg, slik en bedre prioritert heftelse i utgangspunktet skal etter tvangsfullbyrdelsesloven § 11-20 (1) fjerde punktum.

Det kan derfor ses på som en mulig rettsvirkning av den objektive proformanormen, at den ekstingverer den realitet som tross alt finnes i avtalen mellom partene.

Hvor sterk ekstinksjonsvirkningen av den objektive proformanormen er, er likevel usikkert. Såvidt jeg kan se har ikke Høyesterett behandlet et saksforhold der avtalen har hatt noen realitet for avtalepartene, og ytelser *faktisk* er utvekslet. Det nærmeste eksempelet er Rt. 2005 s. 1476. I denne saken ble det imidlertid lagt til grunn at suksessor ikke hadde økonomisk evne til å dekke sine forpliktelser etter avtalen.

Jo sterkere realitet avtalen har, og jo større ytelser som er utvekslet mellom avtalepartene, jo mer betenkelig er det hvis ekstinktive virkninger følger av den objektive proformanormen. Det er også her verdt å huske på at erververen i LB-2019-56324 tross alt hadde sikret seg rettsvern for det avtalepartene mente var en eiendomsoverføring.

At denne mulige rettsvirkningen av den objektive proformanormen åpent trer frem, mener jeg er en fordel. Sandviks kritikk av den objektive proformanormen bygger som nevnt på at han mener at det er en «kortslutning» å koble den ugyldighetsvirkning som følger av den subjektivi-

¹⁵⁸ Domsslutningen i LB-2019-56324 sier bare at «anken forkastes.» Det tas ikke noe forbehold om at utlegget må respektere suksessor bruksrett.

ve normen, til den objektive. I forlengelsen av dette påpeker Sandvik at den objektive proformanormen er en norm som ikke kan påberopes av avtalepartene, og at kreditors rett til formuesgodet dermed går lengre enn debitors egen rett.¹⁵⁹

Den første del av kritikken kan imøtegås nettopp ved vise at rettsvirkningen av den objektive proformanormen ikke nødvendigvis er ugyldighet. Til den andre delen av kritikken er det i alle fall en fordel at det åpent tilkjennegis at man her står overfor en norm som kan føre til at kreditors rett til et formuesgode kan gå noe lengre enn debitors egen rett.

Jeg har så langt i denne oppgaven redegjort for fremveksten og hensynene bak den objektive proformanormen, analysert hvilke momenter domstolen typisk vektlegger i proformavurderingen, samt nå drøftet hvilke rettsvirkninger som kan sies å følge av den objektive proformanormen. I del 7 vil jeg bytte perspektiv. Spørsmålet i del 7 vil være om den objektive proformanormen også bør anvendes når det skal tas stilling til en proformainnsigelse fra debitor og hans hjemmelsperson.

7 Den objektive proformanormen i hjemmelspersonkonflikten

Oppgaven har så langt konsentrert seg om den situasjonen der debitor anfører at formuesgodet ikke lenger tilhører han, fordi han har overført formuesgodet *ut* fra sin formuessfære. Kreditor har ment at denne overføringen er proforma, og at formuesgodet derfor fortsatt «tilhører» debitor.

På utleggstidspunktet kan kreditor også bli møtt med innsigelsen at et formuesgode som tilsynelatende «tilhører» debitor, bare er overført proforma *til* debitor fra debitors hjemmelsperson. Hvis innsigelsen medfører riktighet, vil formuesgodet «tilhøre» hjemmelspersonen, med den konsekvens at utlegg ikke kan tas. Hvis overføringen derimot blir funnet å være reell, vil formuesgodet «tilhøre» debitor, med den konsekvens at utlegg kan tas.

Spørsmålet er om den objektive proformanormen også bør anvendes når det skal tas stilling til om en overføring *inn* til debitors formussfære er proforma eller reell. Det er begrenset med materiale som belyser dette spørsmålet både i dommer og i juridisk litteratur, og rammen for denne oppgaven gir uansett ikke plass for en omfattende drøfting. Behandlingen nedenfor er derfor begrenset til enkelte spørsmål.

¹⁵⁹ Sandvik (1967) s. 73.

7.1 Bør det anvendes en objektiv proformanorm i hjemmelspersonkonflikten?

7.1.1 Foreligger det fare for kreditorsvik?

Hensynet bak den objektive proformenormen er å hindre kreditorsvik ved at debitor unndrar formuesgoder fra kreditors beslagsrett. For å oppnå dette oppstiller den objektive proforma-normen som vilkår at en overføring *ut* fra debitors formuessfære må ha de «rettslige realiteter som påberopt.» Hvis ikke overføringen har medført slike realitetsendringer, så kan kreditor ta beslag.

Gjør det samme hensynet seg gjeldende når innsigelsen er at overføringen *inn* til debitor formuessfære er proforma? Generelt er det antatt at faren for kreditorunndragelse er mindre når det er debitors hjemmelsperson som kommer med innsigelser om at den tilsynelatende overføringen er proforma.¹⁶⁰ Grunnlaget for en slik antagelse er at debitor er avhengig av å få med seg sin hjemmelsperson hvis debitor ønsker å arrangere et kreditorskadelig proformaarrangement.¹⁶¹ I motsetning til når debitor overdrar et formuesgode *ut* fra sin formuessfære, hvor han fritt kan velge mellom mulige suksessorer, vil han som oftest bare ha én rettsforgjenger som har ført formuesgodet *inn*. Hvis rettsforgjengeren ikke ønsker å bidra til å skape inntrykk av at overføringen til debitor er proforma, er heller ikke dette en farbar vei dersom debitor ønsker å holde formuesgodet utenfor kreditors beslagsrett.

Enkelte rettsforgjengere vil likevel være mer villig til å stille opp for hjelpe debitor med å gi et inntrykk av at overføringen kun var ment å være proforma. Dette gjelder i særskilt familiemedlemmer, som også kan ha en egeninteresse av at det aktuelle formuesgodet holdes utenfor kreditors beslagsrett.¹⁶²

Ved anvendelse av en subjektiv proformanorm vil bevisbyrden for at avtalepartene *ikke mente* at den aktuelle overføringen skulle være reell, hvile på hjemmelspersonen og/eller debitor.¹⁶³ Innsigelsen kan likevel være vanskelig for kreditor å forsvare seg mot.¹⁶⁴ Dette gjelder særlig hvis hjemmelspersonen og debitor kan fremlegge en underliggende avtale hvor deres *egentlige* mening om rettsforholdet fremkommer.

¹⁶⁰ Brækhus og Hærem (1964) s. 477, Høgetveit Berg (1998) s. 835-836.

¹⁶¹ Høgetveit Berg (1998) s. 836.

¹⁶² Høgetveit Berg (1998) s. 837.

¹⁶³ Hvem som opptrer som formell part i tvisten, vil kunne variere.

¹⁶⁴ Brækhus og Hærem (1967) s. 475.

Lagmannsrettskjennelsen LB-2003-1042 kan tjene som eksempel. Faktum var at en leilighet stod registrert på en sønns navn i grunnboka. Det ble tatt utlegg i leiligheten for sønnens gjeld. Moren gjorde gjeldende at det var hun som var den reelle eieren av eiendommen, og at utlegget derfor måtte oppheves. Lagmannsretten formulerte det avgjørende spørsmålet for å ta stilling til morens anførsel som: «Spørsmålet er imidlertid om det formelle eierforholdet utad også avspeiler de underliggende realitetene» Etter sin ordlyd oppstiller altså lagmannsretten et objektivt vurderingstema.

Lagmannsretten tok morens anførsel til følge. Retten la imidlertid avgjørende vekt på en *intern avtale* mellom moren og sønnen, samt at moren hadde fremlagt et testament der hun hadde disponert over leiligheten. Slik avtalen er fremstilt i avgjørelsen, virker den nærmest som en erklæring fra sønnen og moren, om at det hele tiden har vært deres *mening* at moren skulle være reelle eier av boligen. Ved å legge avgjørende vekt på denne avtalen, anvender lagmannsretten, etter min mening, en subjektiv proformanorm.

Selv om faren for kreditorunndragelse av formuesgodet er mindre ved overføringer inn til debitor enn ut fra debitor, kan kreditorunndragelsesfaren fortsatt være til stede ved bruk av en subjektiv proformanorm når avtalepartene har sammenfallende interesser. For å hindre at debitor kan alliere seg med sin hjemmelsperson for å unndra formuesgoder fra kreditors beslagsrett, kan det derfor argumenteres for at proformavurderingen bør bygge på en objektiv norm også når spørsmålet er om en overføring inn til debitor er proforma.

7.1.2 Hensynet til en lik proformavurdering, uavhengig av situasjonen

At proformavurderingen blir lik uavhengig av om formuesgodet er på vei ut eller inn til debitors formuessfære, har også klare fordeler.¹⁶⁵ For det første er det den retts tekniske klart enkleste løsningen at proformavurderingen er lik uavhengig av situasjonen. Hvis proformavurderingen skulle være ulik avhengig av hvor formuesgodet var på vei, vil det for det andre kunne føre til lite ønskelige resultater.

Følgende situasjon kan være illustrerende: Debitor overfører et formuesgode over til suksessor. Etter en objektiv proformavurdering kommer man til at overføringen har realitet. Debitors kreditorer kan derfor ikke ta beslag. Så er det suksessor som får økonomiske problemer, og inntar rollen som debitor. Den nye debitorens kreditorer kan da bli møtt med innsigelsen om at overføringen til debitor kun er proforma. Hvis *dette* proformas spørsmålet da skulle avgjøres ved anvendelse av en subjektiv norm, vil det være mulig at domstolen finner det bevist at det ikke har vært avtalepartenes mening at overføringen skulle være reell. Avtalepartene har som

¹⁶⁵ Høgetveit Berg synes å forutsette at proformavurderingen skal være lik (2017) s. 205.

nevnt gode muligheter til å bevise sin *egentlige* mening, hvis de har en underliggende avtale å fremlegge som bevis, sml. LB-2003-1042.¹⁶⁶

Konsekvensen ville i så fall være at avtalepartene klarer å holde formuesgodet unna begge sine kreditorer. Den beskrevne situasjonen har en side til det som i juridisk litteratur har vært beskrevet som at «bordet fanger ikke» ved kreditorbeslag.¹⁶⁷

Jeg vil i det følgende gi en nærmere redegjørelse av hva som ligger i at «bordet ikke fanger» ved kreditorbeslag. Jeg vil deretter drøfte om en anvendelse av den objektive proformanormen kan avhjelpe de uheldige resultater som kan oppstå ved at det ikke finnes en «bordet fanger»-regel.

7.1.3 Bordet fanger ikke

I Rt. 1935 s. 1024 opphevet Høyesterett en kjennelse fra byretten som hadde avvist en sak for behandling. Saken gjaldt en far som hadde overført en eiendom til sine sønner for å unngå utlegg i eiendommen. Dette lyktes han med. Da den ene sønnen senere gikk konkurs, ville konkursboet til sønnen beslaglegge eiendommen. Faren og sønnen anførte da at overføringen fra faren kun var proforma. Byretten ville avvise saken. Retten mente at det ville være rettsstridig å behandle proformas spørsmålet på nytt, med den mulighet at utfallet kunne bli annerledes enn i farens utleggssak. Høyesterett var uenig i byrettens vurdering, og uttalte at «spørsmålet om den materielle eierrett» måtte tas opp til realitetsavgjørelse.¹⁶⁸

Dommen er i juridisk litteratur tatt til inntekt for at det ikke finnes noen materiell «bordet fanger»-regel.¹⁶⁹ Resultatet av proformavurderingen når debitor overfører et formuesgode ut av sin formuessfære, er altså ikke bindende dersom debitor og suksessor senere skulle anfører at overføringen inn til suksessor kun var proforma. Det skal her foretas en ny proformavurdering, som potensielt kan føre til et annet resultat enn den første vurderingen.

Dette gir avtalepartene mulighet til å tilpasse sine forklaringer om den aktuelle overføringen, slik de best ser seg tjent med ut i fra den situasjonen som har oppstått. De kan derfor først forklare seg at overføringen var reelt ment, før de siden forklarer seg at den samme overfø-

¹⁶⁶ I denne saken hadde moren holdt leiligheten unna *sine* kreditorer, ved å nettopp vise til at det var sønnen som var den reelle eieren.

¹⁶⁷ Høgetveit Berg (1998) s. 827.

¹⁶⁸ Se kjennelsens side 1025.

¹⁶⁹ Høgetveit Berg (1998) s. 827.

ringen kun var ment å være proforma. Dette er av Høgetveit Berg fremhevet som et argument mot å anvende en subjektiv proformanorm.¹⁷⁰

Høyesterett er inne på de samme betraktninger i Deutsche Bank når de uttaler:

«Partenes egen oppfatning av hva de har vært med på, kan lett tilpasse seg den situasjonen de står overfor og kan endre seg etter behov [...] I stedet for da å basere seg på objektive holdpunkter for å finne frem til hva partene «egentlig» har ment, bør man la disse momentene inngå i en bred helthetsvurdering av transaksjonens objektive innhold.»¹⁷¹

Etter min mening taler dette for å anvende en objektiv proformanorm, uavhengig om formuesgodet er på vei ut fra eller inn i debtors formuessfære. Ved å anvende en objektiv proformanorm uavhengig av situasjonen, vil ikke avtalepartene kunne tilpasse sin forklaring ut fra hva de ser seg tjent med. Ved anvendelse av den objektive proformanormen vil det være de objektive realitetene som er avgjørende. En overføring fra debitor til suksessor vil enten har medført de «påberopte realiteter» eller ikke. Hvis overføringen har medført tilstrekkelig med realitetsendringer, vil formuesgodet nå «tilhøre» suksessor. Hvis det så er suksessor som får økonomiske problemer, vil han innta rollen som debitor. Han vil så anføre at overføringen kun var ment å være proforma, da formuesgodet i sin tid ble overført fra den tidligere debitor. Hvis proformavurderingen også nå skjer etter en objektiv proformanorm, vil formuesgodet fortsatt «tilhøre» suksessor/nåværende debitor, forutsatt at det ikke har skjedd noen realitetsendringer i mellomtiden.

Hvis man lar de objektive realitetene til enhver tid være avgjørende for om det foreligger proforma, vil ikke avtalepartene kunne oppnå å unndra formuesgodet fra begge sine kreditorer ved å tilpasse sine forklaringer.

Oppsummert er det altså en viss fare for at debitor kan forsøke å unndra formuesgoder fra kreditors beslagsrett ved å anføre at formuesgoder som er ført inn i hans formuessfære, er overført proforma. For å gi kreditor tilstrekkelig beskyttelse mot at slike proformainnsigelser, bør det anvendes en objektiv proformanorm. Ved å anvende en objektiv proformanorm vil det være de objektive realitetene som er avgjørende for om debitor og hjemmelspersonen får medhold i sin innsigelse. Om debitor og hjemmelspersonen fremlegger bevis for at det *ikke har vært deres mening* at overføringen skal være reell, blir dermed uten betydning. Å bygge proformavurderingen på de objektive realitetene til enhver tid, har videre den fordel at avtale-

¹⁷⁰ Høgetveit Berg (2017) s. 210.

¹⁷¹ Se kjennelsens avsnitt 81.

partene ikke kan tilpasse sine forklaringer og øvrige bevis slik de best ser seg tjent med. Dette kan være med på å hindre at avtalepartene først klarer å holde formuesgodet unna debtors kreditorer, for å siden holde det samme formuesgodet unna suksessor sine kreditorer.

Det konkluderes derfor med at det også bør anvendes en objektiv proformanorm når det skal avgjøres om en overføring *inn* til debitor fra debtors hjemmelsperson, er proforma.

7.2 Hvordan bør den objektive proformanormen utformes i hjemmelspersonkonflikten?

Det er over konkludert med at det bør anvendes en objektiv proformanorm også når det skal tas stilling til om overføringer *inn* til debitor, er proforma. Den objektive proformanormen må likevel justeres noe, sammenlignet med normens utforming i dobbeltsuksesjonskonflikten. Grunnen til dette er at normens vurderingstema må være motsatt i de to konflikttypene. I dobbeltsuksesjonskonflikten er jo spørsmålet om en overføring *ut* fra debitor har de «rettslige realiteter som påberopes.»

Situasjonen er nå at det skal vurderes om en overføring *inn* til debitor, er proforma. Ved anvendelse av den objektive proformanormen vil vurderingen da være om debitor, gjennom overføringen, har fått tilført så mange eller betydelige eierfunksjoner at formuesgodet i realiteten «tilhører» han. Hvis realitetene tilsier at formuesgodet «tilhører» debitor, så kan ikke debtors og hans hjemmelsperson høres med at det ikke var deres *mening* at overføringen ikke skulle være reell.

Et forslag til hvordan den objektive proformanormen kan utformes i hjemmelspersonkonflikten kan være: «Er den påståtte eierposisjonen [til hjemmelspersonen] i samsvar med de rettslige realiteter?»

Den objektive proformanormens vurderingstema må så besvares ved å legge vekt på de samme momenter som er analysert i del 5. Gjennom en konkret helhetsvurdering av relevante momentet må rettsanvenderen ta stilling til om de objektive realitetene tilsier at formuesgodet nå «tilhører» debitor, eller om formuesgodet stadig «tilhører» hjemmelspersonen.

7.3 Hva er konsekvensene hvis det anvendes en objektiv proformanorm i hjemmelspersonkonflikten?

I hjemmelspersonkonflikten vil forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen komme på spissen i følgende situasjon: Dersom avtalepartene beviser at de *ikke mente* at overføringen skulle være reell, men hvor man etter en objektiv vurdering finner at

overføringen har medført tilstrekkelig med *realitetsendring* fra hjemmelspersonen til debitor.¹⁷² Ved en slik situasjon må overføringen legges til grunn som reell, hvis normen også skal anvendes i hjemmelspersonkonflikten. Som beskrevet over kan en slik situasjon lettere oppstå i hjemmelspersonkonflikten sammenlignet med dobbeltsuksjonskonflikten. Grunnen til dette er at avtalepartene har bedre forutsetninger for å oppfylle sin bevisbyrde, ved at de kan legge frem bevis som underbygger at overføringen ikke var reelt ment.

Det kan derfor spørres om en anvendelse av den objektive proformanormen i hjemmelspersonkonflikten fører til en utvidelse av kreditors beslagsrett etter dekningsloven § 2-2.

Høgetveit Berg argumenterer for at kreditors beslagsrett bør kunne *utvides* i visse tilfeller, dersom debitor har blitt legitimert som eier av et formuesgode, og dette skyldes et kreditorfiendtlig proformaarrangement.¹⁷³ Høgetveits Berg resonnement bak dette standpunktet, faller det utenfor oppgaven å gå nærmere inn på. Poenget er at Høgetveits Berg sin argumentasjonsrekke *forutsetter* at det foreligger proforma. Den objektive proformanormen er en norm som avgjør *om* det foreligger proforma.

Det avgjørende for om beslag kan tas etter den objektive proformanormen er om debitor på beslagstidspunktet har en så sterk tilknytning til formuesgodet, alle relevante momenter tatt i betraktning, at formuesgodet må sies å «tilhøre» debitor etter dekningsloven § 2-2.¹⁷⁴ Etter mitt synspunkt vil derfor en anvendelse av den objektive proformanormen i hjemmelspersonkonflikten være en *presisering* av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2, snarere enn en *utvidelse*. Forskjellen kan eksemplifiseres med en hypotetisk anvendelse av den objektive proformanormen, på den velkjente Rt. 1935 s. 981.

7.3.1 Den objektive proformanormen avendt på Rt. 1935 s. 981

Faktum var at en far fikk tinglyst en gård på sin umyndige sønn. Sønnen sto registrert som hjemmelshaver i 30 år før han gikk konkurs. Da hans bo ville ha gården inndratt i boet, gjorde sønnen gjeldende at han kun var proformaeier.

Ved anvendelse av den objektive proformanormen vil spørsmålet være om de objektive realitetene tilsier at gården «tilhører» sønnen. Hvis så er tilfellet, kan ikke sønnen høres med at han kun er proformaeier.

¹⁷² Sml. avsnitt 79 i Deutsche Bank hvor Høyesterett beskriver når forskjellen mellom den subjektive og den objektive proformanormen kommer på spissen i *dobbeltsuksjonskonflikten*.

¹⁷³ Høgetveit Berg «Beslagsretten i heimelskonflikten – Særlig om beslagsretten ved proformaoverdragingar frå debitors heimelsmann» (1998). Se særlig side 868-869.

¹⁷⁴ Høgetveit Berg (1998) s. 820.

Herredsretten, som Høyesterett sluttet seg til, kom til at sønnen var proformaier.¹⁷⁵ Herredsretten hadde lagt vekt på at faren fortsatte driften som eier. Bortsett fra at sønnens verge hadde forlangt at inntekter fra tømmer salg skulle gå til å betjene banklån, drev faren også gården for egen regning.¹⁷⁶

Slik de faktiske forhold er beskrevet i denne saken, ville resultatet etter min mening blitt det samme ved anvendelse av en objektiv proformanorm. Sønnen måtte anses kun å være proformaier. Selv om gården er tinglyst på sønnen, taler de objektive realiteten ellers for at gården «tilhørte» faren. Etter mitt syn er dette illustrerende for å vise at den objektive proformanormen ikke beskytter den kreditor som i god tro innvilger debitor kreditt på bakgrunn av den *legitimasjon* debitor har som eier av formuesgodet. Den objektive proformanormen utvider således ikke kreditors beslagsrett etter dekningsloven § 2-2.

Derimot ville en korrekt anvendelse av den objektive proformanormen ha gitt *farens kreditorer* beskyttelse mot at faren unndro gården fra deres beslagsrett ved å overdra grunnbokshjemmelen til sønnen.¹⁷⁷ Dette viser fordelene ved å bygge på de objektive realiteter, i stedet for meningen til avtalepartene. Ved å la realiteten være avgjørende for kreditors beslagsrett, hindrer det at avtalepartene kan unngå beslag både i dobbeltsuksjons- og hjemmelspersonkonflikten, ved å forklare seg om deres «mening» slik de best ser seg tjent med.

8 Avslutning

Hovedspørsmålet i denne oppgaven har vært hvordan anvendelsen av den objektive proformanormen påvirker utleggkreditors beslagsrett etter dekningsloven § 2-2.

Etter min mening har den objektive proformanormen størst påvirkning på beslagsretten etter dekningsloven § 2-2 dersom den aktuelle avtalen er utformet på en slik måte at domstolen kan bygge proformavurderingen direkte på avtalen og dens rettslige virkning for avtalepartene. Det har jeg kalt *realiteten i avtalen*. Jeg har argumentert for at det ikke alltid er naturlig å se på slike avtaler som ugyldige mellom avtalepartene, selv om avtalen vurderes som proforma i relasjon til kreditors beslagsrett. Til tross for at avtalen har *liten* realitet, kan den ha *noe* realitet. Jeg har videre argumentert for at man kan se det slik at den realiteten som finnes i avtalen, ekstingveres av den objektive proformanormen. Jeg konkluderer derfor med at den objektive

¹⁷⁵ Se dommens side 982.

¹⁷⁶ Se gjengivelsen av herredsrettens dom på side 985.

¹⁷⁷ Faren hadde nettopp overført hjemmel til gården på sin sønn, for å unngå at hans egne kreditorer tok beslag.

proformanormen kan føre til resultater som bryter noe med prinsippet om at «kreditors rett til formuesgodet går like langt, men ikke lengre, enn debtors rett.»

Den objektive proformanormen fremstår som mest forutberegnelig når den bygger på *realiteten i avtalen*. Det er da klarere hvilke momenter domstolen typisk legger vekt på. Når domstolen må bygge proformavurderingen på *etterfølgende realitet*, er det mitt inntrykk at proformavurderingen blir med sammensatt. Momentene som inngår i vurderingen, er imidlertid de samme som utgjør bevismomenter etter en subjektiv vurdering. Ved anvendelse av en objektiv proformanorm er hovedforskjellen at domstolen ikke forankrer det endelige resultat i en tenkt avtaleparts mening.

Om den objektive proformanormen også *skal* anvendes når utleggskreditor blir møtt med den innsigelse at formuesgoder som tilsynelatende er en del av debtors formuessfære, kun er overført til debitor proforma, er uklart. I denne oppgaven har jeg tatt til ordet for at den objektive proformanormen også *bør* anvendes i en slik situasjon. Jeg har begrunnet dette med at faren for kreditorsvik også er tilstede i en slik situasjon, og at dette forebygges best ved at det anvendes en objektiv proformanorm. Jeg har videre pekt på fordelene ved det foretas en objektiv proformavurdering uavhengig av om formuesgodet er på vei ut fra eller inn til debitor.

Hvis den objektive proformanormen også skal anvendes i hjemmelspersonkonflikten, mener jeg at dette vil være en *presisering* av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2. Den objektive proformanormen er en norm som avgjør *om* det foreligger proforma. Er resultatet at realitetene tilsier at formuesgodet «tilhører» hjemmelspersonen, kan ikke kreditor bygge sitt krav om utlegg på den legitimasjon proformaavtalen har gitt debitor. Kommer man derimot til at realitetene tilsier at debitor er eier av formuesgodet, så «tilhører» formuesgodet debitor etter dekningsloven § 2-2. Utlegg kan dermed tas.

Litteraturliste

Litteratur:

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 3. utg. Oslo: M.H. Andenæs, 2009
- Arnholm (1978) Arnholm, Carl Jacob. *Lærebok i avtalerett*. 1. utg. Oslo: Tano Aschehoug, 1978
- Bergo (2019) Bergo, Knut. «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider». i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde., 1.utg., Oslo: Universitetsforl., 2019, s. 175-238
- Brækhus (1998) Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 3 og 4: Omsetningskollisjoner I og II*. 1. utg. Oslo: Universitetforlaget, 1998
- Brækhus og Høgetveit Berg (2014) Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg. «Introduksjon til reglene om omstøtelse». *Jussens Venner* nr. 2 (2014) s. 61-120
- Brækhus og Hærem (1964) Brækhus, Sjur og Axel Hærem. *Norsk Tingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 1964
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo: Universitetsforlaget, 2001
- Falkanger og Falkanger (2016) Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger. *Tingsrett*. 8. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016

- Gisle (2010) Gisle, Jon. *Jusleksikon*. 4. utg., Oslo: KUNNSKAPSFORLAGET
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Reelle hensyn». i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde., 1.utg., Oslo: Universitetsforl., 2019, s. 343-356
- Høgetveit Berg (1998) Høgetveit Berg, Borgar. «Beslagsretten i heimelskonflikten – Særlig om beslagsretten ved proformaoverdragingar frå debitors heimelsmann». *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1998) s. 817-873
- Høgetveit Berg (2017) Høgetveit Berg, Borgar. «Proforma i beslagsretten». *Jussens Vennes* nr. 3 (2017) s. 203-221
- Lilleholt (2018) Lilleholt, Kåre. *Allmenn formuerett: Fleire rettar til same formuesgode*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Løvlie (2019) Løvlie, Anders. «Fakta og juss». i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde., 1.utg., Oslo: Universitetsforl., 2019, s. 343-356
- Marthinussen (2019) Marthinussen, Hans Fredrik. *Tredjemannsproblemene: Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*. 2. utg., Oslo: Cappelen Damm AS, 2019
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018

- Røsæg (2006) Røsæg, Eirik. «Tredjemannsvern. Pro forma-innsiglede fra kreditor». *Nytt i privatretten* (2006) s. 19-20
- Røsæg (2010) Røsæg, Erik. «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: *Festskrift til Mads Henry Andenæs*. Gyldendal Akademiske, 2010 s. 253-265
- Sandvik (1967) Sandvik, Tor. «Proforma-overdragelse av fast eiendom». *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1967) s. 48-75
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A. *Twisteløsning*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017
- Strøm Bull (1993) Strøm Bull, Kirsti. *Avtaler mellom ektefeller*. Oslo: TANO, 1993
- Sundby (1974) Sundby, Nils Kristian. *Om normer*. Oslo, Bergen, Tromsø: Universitetsforlaget, 1974
- Woxholth (2018) Woxholth, Geir. *Selskapsrett*. 6. utg. Oslo: Gyldendal Norske Forlag, 2018

Norske rettskilder:

Lover:

- 1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
- 1935 Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysningsloven)

| | |
|------|--|
| 1965 | Lov 18. juni 1965 nr.4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven) |
| 1980 | Lov 8. februar nr. 2 om pant (panteloven) |
| 1984 | Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavers dekningsrett (dekningsloven) |
| 1991 | Lov 4. juli nr. 47 om ekteskap [ekteskapsloven] |
| 1992 | Lov 26. juni 1992 nr. 13 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) |

Forarbeider:

| | |
|--------------------------|--|
| NOU 1972: 20 (1972) | Om gjeldsforhandling og konkurs |
| Ot.prp. nr. 65 (1990-91) | Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring |

Dommer:

Rt. 1929 s. 601
Rt. 1933 s. 835
Rt. 1935 s. 981 (Bygland)
Rt. 1957 s. 290
Rt. 1994 s. 235
Rt. 1997 s. 1050
Rt. 2001 s. 187

Kjennelser:

Rt. 1935 s. 1024
Rt. 1994 s. 1447
Rt. 1999 s. 865

Rt. 1999 s. 901
Rt. 1999 s. 1833
Rt. 2000 s. 585
Rt. 2002 s. 1484
Rt. 2005 s. 1476
Rt. 2009 s. 1314
Rt. 2015 s. 979
HR-2018-1265-A (Deutsche Bank)

LH-1999-599
LG-1999-716
LB-2003-1042
LB-2006-100444
LB-2010-94979
LB-2011-208521
LB-2011-161276
LB-2012-10576
LB-2013-117157
LG-2015-78584
LB-2015-119371-1
LG-2016-200571
LB-2016-66005
LH-2017-96729
LB-2017-132725
LG-2017-175314
LA-2018-32368
LB-2018-165022
LG-2018-40499-2
LB-2018-105251-2
LB-2019-56324
LH-2019-105027
LB-2020-15465

Internasjonale rettskilder:

EMK P1

Tilleggsprotokoll til Konvensjon
om beskyttelse av menneskeret-
tighetene og de grunnleggende
friheter

