

UiO : **Det juridiske fakultet**

Objektiv proforma ved overføring av fast eiendom

Når er en overføring av fast eiendom proforma i relasjon til partenes kreditorer?

Kandidatnummer: 521

Leveringsfrist: 25. november 2020

Antall ord: 17 478



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Temaet og forskningsspørsmålet	1
1.2	Hva er « <i>proforma</i> »?	1
1.3	Presiseringer, definisjoner og avgrensninger	2
1.4	Rettskildebildet	3
1.5	Hensyn	4
1.6	Den videre fremstillingen.....	5
2	RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	6
2.1	Proforma mellom partene.....	6
2.2	Proforma i relasjon til kreditor	7
2.2.1	Hovedregelen om kreditorenes beslagsrett – dekl. § 2-2.....	7
2.2.2	Unntak fra dekl. § 2-2.....	8
3	DEN OBJEKTIVE PROFOMAREGELEN.....	13
3.1	Rettskildebildet før HR-2018-1265-A	13
3.2	HR-2018-1265-A	15
3.2.1	Overordnet	15
3.2.2	Faktum	15
3.2.3	Analyse av kjennelsen	16
3.2.4	Kjennelsens rekkevidde	19
3.3	Forskjellen mellom subjektiv og objektiv proforma.....	20
3.3.1	Vurderingstemaet.....	20
3.3.2	Forholdet til en vurdering av eiendomsrettens overgang	21
3.3.3	Momentene i vurderingen.....	23
4	DEN OBJEKTIVE PROFOMAREGELEN VED OVERFØRING AV FAST EIENDOM	26
4.1	Forskningsspørsmålet og metoden.....	26
4.2	Suksesjonskonflikten	26
4.2.1	Vurderingstemaet.....	26
4.2.2	Terskel	27
4.2.3	Momentene	28
4.2.4	Oppsummering: hva skal til for at overdragelsen objektivt sett har realitet? ...	36
4.3	Hjemmelskonflikten.....	37
4.3.1	Vurderingstemaet og terskel.....	37

4.3.2	Momentene	38
4.3.3	Oppsummering: hva skal til for at overdragelsen objektivt sett har realitet? ...	43
4.4	Typetilfeller.....	43
4.4.1	Overdragelser i ektepakt.....	43
4.4.2	Overdragelser mellom aksjonær og selskap og konserninterne transaksjoner .	45
5	HAR VI BEHOV FOR EN OBJEKTIV PROFORMAREGEL?	47
6	KILDEREGISTER	50

1 Innledning

1.1 Temaet og forskningsspørsmålet

Utgangspunktet for kreditorenes¹ dekningsrett følger av dekningsloven (deknl.) § 2-2. Kreditor kan bare ta beslag i det som «tilhører skyldneren».² Har skyldneren overdratt en av sine eiendeler til tredjeperson, «tilhører» ikke denne skyldneren lenger. Dette må kreditorene som utgangspunkt respektere da debitor med hjemmel i privatautonomien har rett til å overdra sine eiendeler som vedkommende selv ønsker.³ Kreditorene må imidlertid bare respektere overdragelser som har realitet.⁴ Dersom skyldneren overdrar en eiendel *proforma*, innebærer dette at det aldri har skjedd en reell overdragelse til tredjeperson. Da «tilhører» formuesgodet fortsatt skyldneren, hvilket gir kreditorene rett til beslag.⁵

Ved vurderingen av om en avtale er *proforma* i relasjon til kreditorene har det tradisjonelt vært lagt en subjektiv *proformaregel* til grunn.⁶ Til tross for dette kom Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* til at man ikke bare skal foreta en subjektiv vurdering av hva partene «*har ment*» med overdragelsen, man må i tillegg foreta en objektiv *proformavurdering*. Dette innebærer en rettslig helhetsvurdering av om overdragelsen objektivt sett har realitet. Kjennelsen har dermed utvidet kreditorenes beslagsrett i forhold til den tradisjonelle subjektive tilnærmingen.

Temaet for avhandlingen er innholdet i den objektive *proformanormen* og hvordan man skal anvende denne ved vurderinger av om en overdragelse er *proforma*. Fokuset i oppgaven vil være på overdragelser av fast eiendom da rettspraksis viser at en stor andel av *proformatvistene* angående kreditorenes beslagsrett gjelder overdragelser av denne typen formuesgode. Hovedproblemstillingen i avhandlingen er derfor hva som skal til for at en overdragelse av fast eiendom er objektivt *proforma*.

1.2 Hva er «*proforma*»?

At en avtale er *proforma* betyr at den mellom partene «*ikkje skal gjelde etter sitt innhald*».⁷ Avtaleforholdet er simulert slik at det utad fremstår som at partene har inngått en avtale, mens partene er enige om at det avtalte ikke har noen realitet dem imellom. Det foreligger dermed et

¹ Kreditor forstås her som dekningsøkende kreditor (utleggstaker eller konkursbo), jf. Lilleholt (2018) s. 34.

² Det finnes flere unntak fra dette utgangspunktet, herunder reglene om kreditorekstinksjon og omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5. Se nærmere om dette i punkt 2.2.2.

³ Sverdrup (2013) s. 10.

⁴ Bl.a. Rt. 1999 s. 901 på s. 903 og Andenæs (2009) s. 157.

⁵ HR-2018-1265 avsnitt 68.

⁶ Sverdrup (2013) s. 10.

⁷ Lilleholt (2018) s. 290.

misforhold mellom hvordan det er ment at avtalen skal oppfattes utad og hvordan den praktiseres mellom partene.

Årsakene til at partene inngår en proformaavtale kan være flere. Felles for de ulike begrunnelsene er at det simulerte avtaleforholdet vil kunne gi flere fordeler eller færre ulemper for en av eller begge partene sammenlignet med dersom det reelle avtaleforholdet legges til grunn. Kreditorunndragelse er den typiske begrunnelsen for et proformaarrangement, men en vanlig begrunnelse er også ønsket om å gi proformaeieren et ytre skinn av kredittverdighet.⁸ I tillegg kan også skattemessige eller forretningsmessige årsaker være motiverende.⁹ Siden avhandlingen gjelder proforma i relasjon til kreditor, vil fokuset i det videre være på de transaksjoner som skjer med et ønske om å unndra midler fra kreditorbeslag.

Proforma omtales ofte som en «*ugyldighetsgrunn*».¹⁰ Rettsvirkningen av et slikt arrangement er dermed at avtalen er ugyldig både i forholdet mellom partene og overfor tredjepersoner.¹¹

1.3 Presiseringer, definisjoner og avgrensninger

For at skillet mellom den subjektive og objektive proformaregelen skal komme på spissen, er det en forutsetning at man ville ha kommet til motsatt resultat etter de to reglene. Som Høyesterett uttaler i HR-2018-1265-A, vil det ikke være nødvendig å drøfte objektiv proforma dersom kreditorene allerede kan ta beslag etter den subjektive proformaregelen.¹² I suksesjonskonflikten innebærer dette at det bare er nødvendig å drøfte objektiv proforma dersom man etter den subjektive regelen finner at partene mente avtalen var reell. I hjemmelskonflikten vil motsetningsvis den objektive proformaregelen bare komme til anvendelse dersom partene beviselig mente at avtalen var proforma. Forutsetningen for problemstillingen i denne avhandlingen er derfor at partene mener avtalen er reell i suksesjonskonflikten og proforma i hjemmelskonflikten. Det er først da den objektive regelen kommer på spissen.

På bakgrunn av dette er det grunn til å presisere begrepene «*reell eier*» og «*realitet*». I praksis og teori ser man at disse begrepene brukes om hverandre i tilknytning til både den subjektive og den objektive proformanormen, noe som skaper uklarhet om innholdet i begrepene. For å skille vurderingstemaet i den subjektive og objektive normen er det imidlertid grunn til å skille klart mellom begrepene. I HR-2018-1265-A ser man at realitetsbegrepet knyttes til den

⁸ Brækhus (1998) s. 35.

⁹ Woxholt (2017) s. 287.

¹⁰ HR-2018-1265-A avsnitt 70. Se likevel Falkanger og Falkanger (2016) s. 682 der proforma i relasjon til tinglysingsloven § 27 ikke anses som en ugyldighetsgrunn.

¹¹ Høgetveit Berg (2017) s. 204.

¹² Avsnitt 79.

objektive normen, og i det videre forstås dermed begrepet «realitet» som om avtalen utad synes å ha virkning mellom partene. Begrepet «reell eier» forstås derimot som den partene selv anser som eier i forholdet dem imellom. Begrepene er derfor ikke sammenfallende. Mens realitetsbegrepet svarer til en objektiv proformavurdering, tilsvarer «reell eier» en subjektiv vurdering.

Det kan stilles spørsmål ved om proformareglene er i strid med EMK P1-1, noe som ble anført i HR-2018-1265-A. Bestemmelsen oppstiller et krav om lovhjemmel for å kunne gjøre inngrep i eiendomsretten, og lovhjemmelen må i tillegg gi tilstrekkelig tilgjengelige, presise og forutsigbare regler.¹³ Uten å drøfte spørsmålet uttaler Høyesterett i kjennelsen:

«Jeg har vanskelig for å se at den objektive lære, men ikke den subjektive, skulle være i strid med EMK P1-1 og går ikke nærmere inn på om en objektiv proformaregel overhodet må anses som et inngrep i eiendomsretten.»

Spørsmålet er neppe så klart som Høyesterett her fremstiller det som, men det vil sprengte rammen for avhandlingen å ta opp spørsmålet her. Jeg har derfor valgt å avgrense avhandlingen mot spørsmål knyttet til EMK P1-1.

Videre er det grunn til å presisere at avhandlingen kun gjelder proformavurderingen i relasjon til kreditorenes beslagsrett etter dekningsloven § 2-2. Selv om proformavurderinger også forekommer på andre rettsområder,¹⁴ avgrenser jeg mot disse da det ikke er gitt at proformavurderingen er lik på de ulike rettsområdene.

1.4 Rettskildebildet

Proforma i relasjon til kreditorbeslag befinner seg i skillet mellom avtalerett, beslagsrett og dynamisk tingsrett. Dette er rettsområder som har innslag av både lovfestede og ulovfestede regler, noe som også er tilfellet for proformavurderingen. Utgangspunktet for proformavurderingen er dekl. § 2-2, mens den objektive regelen ble stadfestet av Høyesterett i HR-2018-1265-A. Siden avhandlingen relaterer seg til den objektive proformanormen, vil HR-2018-1265-A være det primære rettskildegrunnlaget.

Kjennelsen gir imidlertid begrenset med veiledning for spørsmålet om når en overdragelse av fast eiendom objektivt sett har realitet. Det foreligger derimot en god del underrettspraksis om dette spørsmålet. Den rettskildemessige vekten av slik praksis er imidlertid omdiskutert. Utgangspunktet er at enkeltavgjørelser fra underordnede domstoler i seg selv har liten

¹³ Bl.a. Carbonara and Ventura v. Italy avsnitt 64.

¹⁴ F.eks. i skatteretten, jf. bl.a. Rt. 2001 s. 187.

rettskildemessig vekt, men kan vektlegges dersom argumentasjonen fremstår som overbevisende.¹⁵ Ytterligere vekt har avgjørelsene dersom de gir uttrykk for en fast praksis.¹⁶

Drøftelsen nedenfor baserer seg på en gjennomgang av lagmannsrettsavgjørelser knyttet til dekl. § 2-2, og det samlede inntrykket disse gir av den objektive proformavurderingen ved overføring av fast eiendom. De enkelte underrettsavgjørelene er av underordnet betydning for drøftelsen. Det er i stedet fellestrekkene avgjørelsene gir uttrykk for som vektlegges. Å vektlegge underrettspraksis i dette henseende vil kunne skape forutberegnelighet og ivareta likhetsprinsippet ved at man kommer til samme resultat eller avveier momenter likt som i forutgående saker.¹⁷

1.5 Hensyn

Proformareglens hovedformål er å ivareta hensynet til tredjeperson.¹⁸ Reglene skal hindre kreditorsvik, hvilket betyr at man vil hindre at midler kreditor i utgangspunktet har rett til beslag i unndras fra dekningsretten.¹⁹ Kreditorerne skal ikke lide tap av at skyldneren inngår avtaler som ikke har realitet. Den objektive proformanormen utvider kreditorenes beslagsrett sammenlignet med den subjektive regelen, samt fjerner de bevisproblemer den subjektive regelen har vist seg å gi.²⁰ Dermed ivaretar den objektive regelen hovedhensynet bak proformareglene i større grad enn den subjektive proformaregelen.

Et ytterligere vern av kreditorerne vil innebære en tilsvarende begrensning i den enkeltes privatautonomi. Når den objektive proformaregelen medfører at kreditor kan være ubundet av en avtale som partene selv er bundet av, utgjør regelen et inngrep i partenes avtalefrihet. Hensynet til partene og deres privatautonomi kan dermed tale mot anvendelse av den objektive proformanormen. Den subjektive proformaregelen aktualiserer derimot ikke dette hensynet. Her må kreditor respektere avtaler som er reelt ment, altså bindende, mellom partene.

Proformareglene aktualiserer også øvrige hensyn, særlig hensynet til forutberegnelighet. Forutberegnelighet er et viktig hensyn på beslagsrettens område,²¹ og det er derfor sentralt at proformareglene ivaretar dette hensynet. Hva som vil skape forutberegnelighet for henholdsvis

¹⁵ Skoghøy (2018) s. 227.

¹⁶ Skoghøy (2018) s. 227.

¹⁷ Høgberg (2019) s. 270.

¹⁸ HR-2018-1265-A avsnitt 83.

¹⁹ Lilleholt (2018) s. 35.

²⁰ Høgetveit Berg (2017) s. 208.

²¹ Marthinussen (2019) s. 48.

partene og kreditor trenger imidlertid ikke være sammenfallende. Senere i avhandlingen vil jeg drøfte om den objektive proformaregelen ivaretar dette hensynet.²²

1.6 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen vil jeg først under punkt 2 redegjøre for rettslige utgangspunkter for proformareglene, før jeg i punkt 3 ser nærmere på den objektive proformaregelen og forholdet til den subjektive regelen. Da innholdet i den objektive regelen ikke nødvendigvis er helt klart, er det nødvendig med en slik generell gjennomgang for å kunne anvende regelen konkret på overdragelser av fast eiendom. Deretter i punkt 4 vil jeg konkret ta for meg anvendelsen av den objektive proformaregelen ved overdragelse av fast eiendom. Her vil jeg forsøke å klargjøre når en overdragelse av fast eiendom objektivt sett er proforma. Til slutt i punkt 5 vil jeg foreta de lege ferenda betraktninger over det egentlige behovet for en objektiv proformaregel i beslagsretten.

²² Se særlig punkt 5.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Proforma mellom partene

Spørsmål om en avtale er proforma kan oppstå i flere relasjoner. Én relasjon er der tvisten står mellom partene, der den ene hevder at avtalen er reell, mens den andre hevder avtalen er proforma. Her må proformaspørsmålet i utgangspunktet løses gjennom en tolkning av partenes avtale.²³

Det grunnleggende formålet med avtaletolkning er å «finne ut hva partene har ment», jf. Rt. 1993 s. 564. Når partene har frihet til å avtale det de vil, er det naturlig at deres forståelse av avtalen blir avgjørende for avtaletolkningen. Er det mulig å finne partenes felles forståelse av avtalen må derfor denne legges til grunn, jf. HR-2016-1447-A avsnitt 38.²⁴

Å finne frem til denne forståelsen krever både en faktisk og en rettslig vurdering. Man må for det første klarlegge hva partene har sagt og gjort (bevisfastleggelse), og deretter tolke og avveie disse bevisene mot hverandre (rettsanvendelse).²⁵ Siden tolkningsmålet er å finne frem den den «felles» forståelse, er partenes uttalelser om deres egen forståelse i etterkant av avtaleinngåelsen ikke avgjørende.²⁶ I stedet må man benytte seg av «argumenter utledet fra kilder som er spesifikke for avtaleforholdet, som partenes korrespondanse før avtaleslutningen». ²⁷ Gir disse partsspesifikke momentene holdepunkter for at partenes felles forståelse var at avtalen var reell eller proforma, må dette legges til grunn.

Dersom det ikke er mulig å finne frem til partenes felles forståelse, må man i stedet gjennomføre en objektiv tolkning av avtalen.²⁸ Siden det ofte vil være vanskelig å finne frem til partenes felles forståelse når de fremfører hvert sitt syn på avtalens innhold, vil objektiv tolkning være den praktiske hovedregelen for tolkning av avtaler. Her tar man utgangspunkt i avtalens ordlyd for å ta stilling til kontraktens innhold. I tillegg vil også andre tolkningsmomenter som avtalens formål og reelle hensyn være relevante.²⁹ Dette skiller seg fra en subjektiv tolkning av avtalen for det første ved at tolkningsmålet ikke er å finne frem til hva partene har ment, og for det andre ved at det blir lagt større vekt på objektive holdepunkter enn de mer partsspesifikke.

²³ Bl.a. Rt. 1994 s. 235. Se likevel uttalelsene i HR-2018-1265-A avsnitt 83 om at den objektive proformaregelen også gjelder i forholdet mellom partene. Nærmere om dette i punkt 3.2.3

²⁴ Her var det imidlertid klart at det ikke forelå noen felles forståelse mellom partene.

²⁵ Ørstavik (2018) s. 338.

²⁶ Ørstavik (2018) s. 335.

²⁷ Ørstavik (2018) s. 336.

²⁸ HR-2016-1447-A avsnitt 38.

²⁹ Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44 og HR-2016-1447-A.

Proformatvister mellom partene løses dermed gjennom alminnelig avtaletolkning. Det er imidlertid ikke i denne relasjonen de fleste proformatvistene oppstår. Det er der en tredjeperson hevder overdragelsen mellom partene er proforma at proformas spørsmålet oftest kommer på spissen.³⁰ Dette er temaet i det følgende.

2.2 Proforma i relasjon til kreditor

2.2.1 Hovedregelen om kreditorenes beslagsrett – dekl. § 2-2

Når det oppstår tvist om en avtale er proforma mellom avtalepartene på den ene siden og den ene partens kreditorer på den andre, vil proformas spørsmålet inngå i en vurdering av kreditorenes beslagsrett. Utgangspunktet for kreditorenes beslagsrett følger av dekl. § 2-2:

«Når ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger.»

Det avgjørende vilkåret for kreditorenes beslagsrett er at formuesgodet *«tilhører skyldneren»*. Hva som *«tilhører»* skyldneren må forstås på bakgrunn av det grunnleggende utgangspunktet om den enkeltes privatautonomi. Privatautonomien er den enkeltes rett til å binde seg ved avtaler, og enhver har derfor rett til å inngå avtaler om overdragelse av sine eiendeler eller erverv av andres.³¹ Det er imidlertid ikke bare partene som må forholde seg til slike avtaler. Også tredjepersoner må respektere det partene har valgt å inngå avtale om. Kreditor kan derfor som utgangspunkt ikke ta beslag i en eiendel debitor har overført til tredjemann. Da *«tilhører»* ikke formuesgodet debitor lenger.

Dette innebærer at kreditor som utgangspunkt er bundet av debtors avtalerettslige disposisjoner. Dette samsvarer også med prinsippet om *først i tid, best i rett*. Prinsippet innebærer at kreditorene ikke får bedre rett til et formuesgode enn debitor.³² Dersom debitor ikke kan gjøre krav på formuesgodet fordi det er overført til tredjemann, vil heller ikke kreditor kunne gjøre krav på dette.

Avtaler uten realitet, proformaoverdragelser, er imidlertid verken partene eller kreditor bundet av.³³ Dette innebærer at et formuesgode som er overdratt fra skyldneren proforma fortsatt *«tilhører»* vedkommende i dekningslovens forstand. Kreditorenes rett til å gjøre proformainnsigelser gjeldende strekker seg i utgangspunktet ikke lenger enn partenes rett til å

³⁰ HR-2018-1265-A avsnitt 70. Tredjeperson kan her være både avtaleerverver og kreditor. Konflikter med avtaleerverver faller imidlertid utenfor fremstillingen.

³¹ Skoghøy (2018) s. 92.

³² Lilleholt (1996) s. 73.

³³ Bl.a. Rt. 1999 s. 901 på s. 903 og Andenæs (2009) s. 157.

gjøre innsigelsen gjeldende.³⁴ Siden proformainnsigelser mellom partene avgjøres etter en tolkning av partenes avtale, innebærer dette at også i relasjon til kreditor må proformainnsigelsen avgjøres etter en avtaletolkning. Høgetveit Berg formulerer dette som at kreditorene kan «*beslaglegge det som etter det korrekte avtalerettslege forholdet (framleis) tilhører debitor*».³⁵

Denne proformavurderingen omtales i teori og praksis som en subjektiv proformaregel. Her lar man det være avgjørende hva partene «*har ment*» med overdragelsen.³⁶ Dette krever først at man tar stilling til hvilke bevis som foreligger, og deretter tolker bevisene for å kunne ta stilling til tolkningsmålet. Man ser her at både tolkningsmålet og vurderingen er sammenfallende med alminnelig avtaletolkning. Dette medfører at den subjektive proformaregelen kun blir en presisering av den virkningen avtalen har mellom partene.

Av praksis og teori følger det imidlertid at man i konflikter med tredjepart ikke er begrenset til en subjektiv vurdering av om avtalen er proforma. Selv om man skulle finne at partenes felles forståelse var at avtalen var reell, følger det av HR-2018-1265-A at man må gå videre til en objektiv proformavurdering. Selv om proformareglene bare er en presisering av «*tilhører*»-begrepet i dekl. § 2-2,³⁷ er den objektive proformaregelen en utvidelse fra det utgangspunkt om at kreditor ikke får bedre rett enn debitor. Nedenfor omtales derfor den objektive proformaregelen som et unntak fra dekl. § 2-2.

2.2.2 Unntak fra dekl. § 2-2

2.2.2.1 Dekl. § 2-2 kan ikke tolkes antitetisk

Å vurdere hva som «*tilhører skyldneren*» etter dekl. § 2-2 er ikke tilstrekkelig for å ta stilling til kreditorenes fulle beslagsrett. Det fremgår klart av forarbeidene at regelen må suppleres av ytterligere regelsett slik som «*reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse*».³⁸ Dekl. § 2-2 kan derfor ikke tolkes antitetisk, slik at kreditor aldri kan ta beslag i det som ikke «*tilhører skyldneren*».³⁹

Regelsettene som gir kreditor rett til beslag i et formuesgode som debitor ikke eier i forholdet til sin kontraktsmotpart, er naturlig å anse som unntak fra dekl. § 2-2. Dette omfatter blant annet reglene om kreditorekstinksjon, omstøtelse og objektiv proforma. Selv om disse unntakene er selvstendige regelsett, er det helheten disse skaper som skal gi et tilstrekkelig vern

³⁴ Høgetveit Berg (2017) s. 204.

³⁵ Høgetveit Berg (2017) s. 205.

³⁶ HR-2018-1265-A avsnitt 73.

³⁷ HR-2018-1265-A avsnitt 68.

³⁸ NOU 1972: 20 s. 255.

³⁹ Dette følger også av rettspraksis, jf. bl.a. Rt. 2008. s. 833 og HR-2019-1073-A.

av kreditor i beslagsretten. For å plassere den objektive proformaregelen i beslagsretten er det derfor nødvendig kort å gjennomgå også de øvrige sentrale unntakene fra dekl. § 2-2.

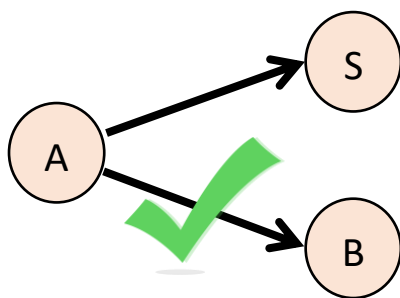
2.2.2.2 Kreditorekstingsjon

Kreditorekstingsjonsreglene er et sentralt unntak fra både «tilhører»-vurderingen i dekl. § 2-2 og prinsippet om *først i tid, best i rett*. Reglene hjemler kreditorbeslag i formuesgoder som er overdratt fra skyldneren, men der overdragelsen mangler rettsvern. Det kreves ingen vurdering av om kreditor visste eller burde vite at det allerede var stiftet kolliderende rettigheter i formuesgodet.⁴⁰ Kreditor ekstingverer uansett hvor klart det er at formuesgodet ikke lenger tilhører skyldneren.⁴¹

At overdragelsen må ha rettsvern, innebærer at det må være gjennomført en handling som gjør det mulig å kontrollere transaksjonen i ettertid.⁴² Det stilles ulike krav til hva slags handling som må være gjennomført avhengig av hva slags type formuesgode som overføres. For eksempel er tinglysning rettsvernsakten for fast eiendom, jf. tinglysningsloven (tgl.) §§ 20 og 23.

Formålet med rettsvernsreglene er å hindre kreditorsvik.⁴³ Reglene sørger for at skyldneren i ettertid ikke ubetinget kan vinne frem med en påstand om at et formuesgode er overført til tredjemann. Hadde dette vært mulig, ville skyldneren enkelt kunne unndra midler fra kreditor. Rettsvernskravet reduserer dermed risikoen for kreditorskadelige disposisjoner.

En viktig presisering er at kreditor kun ekstingverer i suksesjonskonflikten.⁴⁴ I suksesjonskonflikten er tilfellet at A overfører et formuesgode til suksessoren S. Kreditor B vil imidlertid ta beslag i det samme formuesgodet for krav han har mot A, slik at det oppstår en rettighetskollisjon mellom S og B. Her er det avgjørende for Bs beslagsrett om S har fått rettsvern. Situasjonen er illustrert i figur 1.



Figur 1: Kreditor ekstingverer i suksesjonskonflikten.

⁴⁰ Rt. 2002 s. 1484.

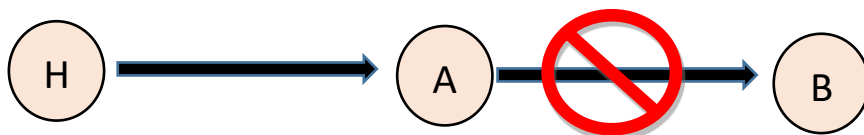
⁴¹ At kreditor i ond tro ekstingverer ser man bl.a. i Rt. 1998 s. 268.

⁴² Lilleholt (2018) s. 35.

⁴³ Lilleholt (1996) s. 74.

⁴⁴ Den grunnleggende avgjørelsen er Rt. 1935 s. 981 *Bygland*. Se også Rt. 2015 s. 979 avsnitt 16.

I hjemmelskonflikten, der konflikten står mellom kreditor B og debitor As hjemmelsmann H, vil imidlertid ikke rettsvernsreglene ha betydning for kreditors beslagsrett. Dersom den reelle eieren er H, spiller det her ingen rolle at A har fått rettsvern for ervervet. Situasjonen er illustrert i figur 2.



Figur 2: Kreditor ekstingverer ikke i hjemmelskonflikten.

Begrunnelsen for at kreditorene ikke ekstingverer i hjemmelskonflikten er todelt. For det første er debitors legitimasjon et irrelevant hensyn ved kreditorbeslag.⁴⁵ Hvis man skulle vektlegge debitors legitimasjon, måtte man ha oppstilt et krav om god tro hos kreditorene. Et slikt krav er imidlertid vanskelig å operere med for en såpass sammensatt gruppe.⁴⁶ En vektlegging av debitors legitimasjon kan også gå på bekostning av andre beskyttelsesverdige interesser, særlig hensynet til omsetningslivet.⁴⁷ Dette tilsier at kreditor ikke bør kunne basere sin dekningsrett på at A fremstår som eier.

For det andre består begrunnelsen i at faren for kreditorsvik er mindre i hjemmelskonflikten.⁴⁸ Det er vanskeligere for H og A i ettertid å lage bevis for en avtale de skal ha inngått tidligere, enn å lage bevis for en fremtidig avtale (hvilket er tilfellet i suksesjonskonflikten). Når faren for kreditorsvik er mindre, blir det også mindre nødvendig å gjøre unntak fra dekn. § 2-2.

2.2.2.3 Omstøtelse

Omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 er også en utvidelse av kreditorenes beslagsrett i forhold til utgangspunktet i dekn. § 2-2. Reglene gir et konkursbo rett til å omgjøre en overdragelse fra skyldneren som allerede er gjennomført.⁴⁹

Det finnes både subjektive og objektive omstøtelsesregler. De objektive reglene i dekn. §§ 5-2 til 5-8 gir rett til omstøtelse av disposisjoner som er gjennomført relativt kort tid før gitte

⁴⁵ Rt. 2015 s. 979 avsnitt 16 og Lilleholt (2018) s. 36.

⁴⁶ Falkanger og Falkanger (2016) s. 595.

⁴⁷ Falkanger og Falkanger (2016) s. 595.

⁴⁸ Brækhus og Hærem (1964) s. 477.

⁴⁹ Det er kun konkursboet som kan omstøte disposisjoner. Enkeltforfølgende kreditor har ikke samme rett, jf. dekn. § 5-1 og NOU 1972: 20 s. 284–285.

lovbestemte frister.⁵⁰ Reglene bygger dermed på en antakelse om at slike disposisjoner skjer med et kreditorunndragelsesmotiv.⁵¹ Den subjektive regelen beror derimot på en mer skjønnsmessig vurdering av om skyldnerens overdragelse var «*utilbørlig*», jf. dekl. § 5-9. Reglenes formål er imidlertid i begge tilfeller sammenfallende med rettsvernsreglene; de skal beskytte kreditorene mot illojale disposisjoner.⁵²

Både omstøtelsesreglene og rettsvernsreglene er viktige regler av hensyn til kreditorene, og reglene virker side om side. Mens det etter rettsvernsreglene er nok at overdragelsen har rettsvern for å stå seg overfor kreditor, krever omstøtelsesreglene i tillegg at rettsvernet er etablert en viss tid før konkursen for at formuesgodet skal være unntatt fra kreditorbeslag. Dette følger forutsetningsvis av dekl. § 5-10. Det fremgår av bestemmelsen at omstøtelsesfristen for overdragelser som krever rettsvern beregnes fra «*slik sikringsakt er iverksatt*». At rettsvernsakten er foretatt er således ikke nok. I tillegg må omstøtelsesfristene være utløpt for at disposisjonen skal stå seg ovenfor kreditorene.

2.2.2.4 *Objektiv proforma*

Et tredje regelsett som utvider kreditorenes beslagsrett fra utgangspunktet i dekl. § 2-2, er den objektive proformaregelen. Regelen kan gi kreditorene rett til beslag der verken rettsvernsreglene, omstøtelsesreglene eller den subjektive proformaregelen gir slik rett.

Høyesterett slo i HR-2018-1265-A fast at det ikke er nok å vurdere om en avtale subjektivt sett er reell i forholdet mellom partene. I tillegg må det foretas en rettslig helhetsvurdering av om avtalen har tilstrekkelig realitet. Regelen medfører at det avtalerettslige forholdet mellom debitor og tredjemann ikke lenger er avgjørende. Kreditorenes rett til å gjøre proformainnsigelsen gjeldende strekker seg derfor lengre enn debtors, og man oppstiller et unntak fra utgangspunktet om at kreditor avleder sin rett fra debitor.

Det er grunn til å presisere at den objektive proformaregelen ikke er sammenfallende med en objektiv tolkning av partenes avtale. Hadde dette vært tilfellet, ville den objektive proformanormen vært en forlengelse av dekl. § 2-2 der det avtalerettslige forholdet mellom debitor og tredjemann er avgjørende. Mens den objektive proformaregelen innebærer en vurdering av om avtalen har tilstrekkelig realitet, forsøker man ved objektiv avtaletolkning «*å kartlegge partenes berettigede forventninger på basis av kontrakten*».⁵³ Tolkningsspørsmålet i de to tilfellene er dermed forskjellig. I tillegg vektlegger man ulike momenter i vurderingene. I

⁵⁰ Fristen beregnes fra «*fristdagen*» som ved konkurs som hovedregel er dagen da «*begjæring om åpning av konkurs som ble tatt til følge, kom inn til tingretten*», jf. dekl. § 1-2 (1).

⁵¹ Brækhus og Høgetveit Berg (2014) s. 111.

⁵² Brækhus og Høgetveit Berg (2014) s. 75.

⁵³ Høgberg (2006) s. 63.

en objektiv avtaletolkning vektlegger man ordlyden, formålet, systembetraktninger og reelle hensyn,⁵⁴ mens man i en objektiv proformavurdering legger vekt på den formelle gjennomføringen av avtalen, virkningene av avtalen, samt formålet med den.⁵⁵ Disse grunnleggende forskjellene medfører at proformas spørsmål i relasjon til kreditor ikke kan løses på bakgrunn av en objektiv tolkning av avtalen.

Spørsmålet den objektive proformanormen aktualiserer er derfor når kreditorene har rett til beslag, selv om overdragelsen har rettsvern, er uomstøtelig, samt «tilhører» tredjemann etter en subjektiv vurdering av dekn. § 2-2. Spørsmålsstillingen blir imidlertid noe ulik etter hvilken konflikttype man befinner seg i, suksesjonskonflikten eller hjemmelskonflikten. I førstnevnte konflikt er spørsmålet når en overdragelsene partene selv anser som reell, objektivt sett er uten realitet. I hjemmelskonflikten blir spørsmålet motsatt; når har overdragelsen objektivt sett realitet, til tross for at partene mener denne er proforma.⁵⁶ Før jeg går konkret inn på hva som skal til for at en overdragelse av fast eiendom er objektivt proforma i disse to konfliktsituasjonene, vil jeg under punkt 3 redegjøre nærmere for innholdet i den objektive proformaregelen.

⁵⁴ HR-2016-1447-A.

⁵⁵ HR-2018-1265-A avsnitt 73.

⁵⁶ Nærmere om forskjellen mellom konfliktsituasjonene i punkt 4.

3 Den objektive proformaregelen

3.1 Rettskildebildet før HR-2018-1265-A

Som uttrykt tidligere har den tradisjonelle oppfatningen av proformabegrepet i norsk rett knyttet seg til den subjektive forståelsen mellom partene. Dette uttales av blant annet av Sverdrup: «*Tradisjonelt har det vært lagt et subjektivt proformabegrep til grunn i norsk rett – spørsmålet er hva partene har ment.*»⁵⁷ Teorien synes å være samstemming rundt den tradisjonelle oppfatningen av proformabegrepet.⁵⁸

Brækhus og Hærem var de første som argumenterte for en objektiv proformaregel i norsk rett. De hevdet at proformas spørsmålet er et «*vurderingsspørsmål*» i motsetning til et rent «*bevissspørsmål*».⁵⁹ Dette er en tilslutning til den objektive proformanormen da det er den subjektive som bare krever en bevisvurdering. Argumentasjonen var basert på eldre rettspraksis som forfatterne mente ga uttrykk for en mer objektiv vurdering enn det den subjektive regelen legger opp til.⁶⁰ Felles for disse avgjørelsene var at det var tale om overføring av eiendom fra foreldre til deres barn. Retten la i disse sakene blant annet vekt på momenter slik som manglende rettslig og faktisk virkning for partene, at det forelå et proformamotiv og at erververen aldri betalte kjøpesummen. Dette ble tatt til inntekt for at rettspraksis gikk i retning av en mer objektiv proformaregel.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om denne rettspraksisen faktisk kan tas til inntekt for en objektiv proformaregel i beslagsretten. I særlig én av avgjørelsene, Rt. 1933 s. 835, synes rettens overordnede vurderingstema å være likere det subjektive proformabegrepet enn det objektive. Flere uttalelser i avgjørelsen knytter seg til hva partene har «*ment*» med overdragelsen, blant annet der retten uttaler at «*i saa fall er der ikke virkelig ment nogen overdragelse*». Dette tilsvarer vurderingstemaet i en subjektiv proformavurdering. Avgjørelsen kan derfor ikke sies å gi klart uttrykk for en objektiv proformaregel.

I LB-1998-1588 legger også lagmannsretten til grunn at den rettspraksis forfatterne viser til ikke etablerer en objektiv proformaregel i norsk rett. Spørsmålet i saken var her om et konkursbo kunne ta beslag i formuesgoder som skyldneren hadde overført til sin ektefelle. Her uttaler retten:

«Lagmannsretten kan ikke se at det er noe belegg i gjeldende rett for å innfortolke en objektivisert norm for hvilke transaksjoner som skal ansees å være proforma. Den

⁵⁷ Sverdrup (2013) s. 10.

⁵⁸ Se bl.a. Høgetveit Berg (2017) s. 207 og Baldersheim (2017) s. 168.

⁵⁹ Brækhus og Hærem (1964) s. 494.

⁶⁰ Forfatterne viser til Rt. 1901 s. 811, Rt. 1928 s. 1087 og Rt. 1933 s. 835.

rettspraksis som foreligger på området, herunder Høyesteretts dommer inntatt i Rt-1901-811, Rt-1928-449, Rt-1933-835, Rt-1948-523, Rt-1956-913, Rt-1957-290, Rt-1972-18 og Rt-1994-235 har alle det til felles at resultatet er tuftet på en konkret vurdering av hva som var partenes intensjoner på tidspunktet for den aktuelle rettshandel.»

Som retten her påpeker var tolkningsmålet i avgjørelsene å finne frem til hva partene hadde ment med avtalen. At man vektlegger mer objektive momenter for å finne frem til denne forståelsen mellom partene, er ikke tilstrekkelig til å si at Høyesterett anvendte en objektiv proformanorm. Dommene trenger derfor ikke leses som en tilslutning til en objektiv proformanorm, men kan i stedet forstås som en vurdering av hva partene har ment.

Etter Brækhus og Hærem er det særlig Høgetveit Berg som har gått inn for den objektive proformaregelen.⁶¹ Begrunnelsen bygger på hensynet til kreditorene; man ønsker å verne kreditor i størst mulig grad. Hovedargumentet synes å være at en objektiv regel vil fjerne de bevisproblemer man får i saker der partene hevder at overdragelsen var reell. Kreditorene vernes dermed i større grad dersom man lar beslagsretten være uavhengig av partenes egen forståelse av avtalen.

Påstandene om at det gjelder et objektivt proformabegrep i norsk rett, eller at det i hvert fall bør gjøre det, har vært kritisert av flere forfattere. Mest fremtredende var Sandvik som argumenterte for at det objektive begrepet er «*forfeilet*».⁶² Begrunnelsen besto særlig i at proforma som ugyldighetsgrunn ikke kan strekke seg lenger i forholdet til kreditor enn i forholdet mellom partene. Dersom en avtale er gyldig mellom partene, er det unaturlig at kreditor kan vinne frem med at avtalen er proforma. Også Sverdrup har argumentert for at «*proforma-karakteristikken bør forbeholdes tilfeller hvor det foreligger en bevisst uoverensstemmelse mellom avtalen innad og avtalen utad*».⁶³ Innenfor skatteretten synes også Zimmer å legge en subjektiv proformaregel til grunn.⁶⁴

Frem til avgjørelsen inntatt i HR-2018-1265-A har det også i rettspraksis vært uklart om man opererer med en objektiv proformanorm i norsk rett. I underretts- og høyesterettspraksis ser man innslag av både objektive og subjektive proformavurderinger. To høyesterettsavgjørelser som belyser dette er Rt. 1999 s. 901 (subjektiv vurdering) og Rt. 2005 s. 1476 (objektiv vurdering).

⁶¹ Se særlig Høgetveit Berg (2017) s. 209 flg.

⁶² Sandvik (1967) s. 73.

⁶³ Sverdrup (2013) s. 10.

⁶⁴ Zimmer (2018) s. 64.

I førstnevnte avgjørelse ser man at partenes subjektive mening var det sentrale vurderingstemaet. Dette fremgår blant annet ved rettens uttalelse om at overdragelsen må «*respekteres av ektefellenes kreditorer, såfremt det ikke finnes holdepunkter for at ektepakten ikke er reelt ment*».⁶⁵

I Rt. 2005 s. 1476, som gjaldt en overdragelse av en fast eiendom fra far til datter, bygger retten derimot på en objektiv proformaregel. Her uttaler Høyesterett:

*«Det er korrekt at vurderingen av hvorvidt en eiendom er overdratt til tredjemann, eller om overdrageren fortsatt må anses som den reelle eier, beror på en vurdering der en rekke momenter er av betydning.»*⁶⁶

Dette fremstår som en objektiv vurdering fordi retten ikke drøfter hva som var partenes forståelse av avtalen, men heller vurderer den underliggende realiteten i denne.

Av dette kan det legges til grunn at rettskildebildet før HR-2018-1265-A var uklart med tanke på om det gjaldt en objektiv proformaregel i norsk rett. Kjennelsen fra 2018 avgjorde imidlertid spørsmålet.

3.2 HR-2018-1265-A

3.2.1 Overordnet

I HR-2018-1265-A var et av hovedspørsmålene om en kreditor, Deutsche Bank, kunne ta beslag i aksjer som først var overført fra et selskap til en aksjonær, og deretter til aksjonærens far. Deutsche Bank anførte flere grunnlag som de hevdet hjemlet beslag, herunder at overføringene var proforma. Det er denne delen av kjennelsen som er av betydning for avhandlingen, og jeg ser derfor ikke på de øvrige spørsmålene Høyesterett behandler.

3.2.2 Faktum

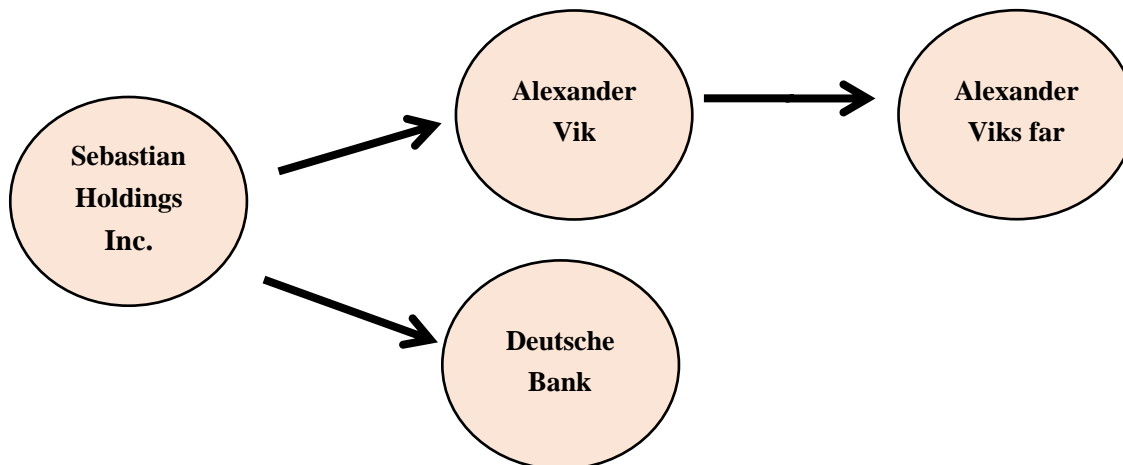
Faktum (illustrert i figur 3) i saken var at Deutsche Bank opptrådte som primærmegler for Sebastian Holdings Inc. Denne primærmegleravtalen medførte at Sebastian Holdings måtte dekke marginkrav banken fremsatte. Selskapet pådro seg under finanskrisen betydelige tap og klarte ikke å dekke flere av disse marginkravene, noe som ga Deutsche Bank flere krav mot selskapet. Rett før Deutsche Bank fremmet disse kravene overfor Sebastian Holdings, overførte Sebastian Holdings aksjer selskapet eide i et annet aksjeselskap til eneksjonæren Alexander Vik. Overføringen ble registrert i VPS, hvilket er rettsvernsakten for VPS-registrerte aksjer, jf.

⁶⁵ På s. 905.

⁶⁶ Avsnitt 19.

verdipapirsentralloven §§ 7-1 (1) og 7-3.⁶⁷ Et par år senere ble disse aksjene overført enda en gang; nå til Alexander Viks far. Også denne overføringen ble registrert i VPS.

Som sikkerhet for kravene mot Sebastian Holdings ønsket Deutsche Bank å ta utlegg i aksjene som var overført. Spørsmålet som oppstod var derfor om banken hadde rett til utlegg i aksjene, selv om disse tilsynelatende var overført til Vik-familien. Dersom overføringen var proforma, ville dette gi banken rett til utlegg.



Figur 3

3.2.3 Analyse av kjennelsen

Utgangspunktet for proformavurderingen var om aksjene i det norske aksjeselskapet «*tilhører*» Sebastian Holdings, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 (2).⁶⁸ Da Høyesteretts kompetanse var begrenset til «*den generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel*», jf. tvisteloven § 30-6 c), skulle retten kun ta stilling til om lagmannsretten hadde forstått proformareglene korrekt. Høyesterett hadde ikke kompetanse til å avgjøre om overdragelsen var proforma eller ikke.

Det sentrale spørsmålet Høyesterett oppstilte i relasjon til proformareglene var om «*proformaregelen er 'subjektiv' eller 'objektiv'*».⁶⁹ Slik Høyesterett formulerer tolkningsspørsmålet kan det tyde på at det enten gjelder en subjektiv eller en objektiv proformaregel i norsk rett. Ser man dette i sammenheng med øvrige uttalelser i kjennelsen, fremstår dette imidlertid som upresist. Høyesterett uttaler for eksempel i avsnitt 79 at:

⁶⁷ Tidligere verdipapirregisterloven (lov 5. juli 2002 nr. 64 om registrering av finansielle instrumenter) § 7-1.

⁶⁸ Tvangsl. § 7-1 (2) er en ren henvisningsbestemmelse til dekl. § 2-2 og «*tilhører*»-begrepet skal forstås likt i de to bestemmelsene, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) s. 142.

⁶⁹ Avsnitt 72.

«Er det klart at det var partenes subjektive mening at overføringen ikke skulle få virkninger dem imellom, er det, selv med en objektiv lære, ikke grunn til å gå videre til en bredere objektiv vurderingen av situasjonen.»

Dette viser at skillet mellom den subjektive og objektive regelen bare kommer på spissen dersom man etter den subjektive finner at overdragelsen er reell. På bakgrunn av uttalelsen er det da naturlig å forstå Høyesterett slik at den subjektive normen gjelder uansett. Da ville det vært mer naturlig å formulere problemstillingen som et spørsmål om det gjelder en objektiv proformanorm *i tillegg* til den subjektive, ikke som et spørsmål om hvilken av de to reglene som gjelder.

For å besvare spørsmålet ser Høyesterett først til rettspraksis.⁷⁰ Selv om det er flere avgjørelser fra Høyesterett der retten har tatt stilling til om en overføring var proforma, er det ingen som uttrykkelig drøfter skillet mellom den subjektive og objektive regelen. Man ser eksempler på både subjektive og objektive vurderinger i den praksisen som foreligger, og rettspraksis gir derfor ikke alene noe svar på om det gjelder en objektiv proformaregel i norsk rett.

Høyesterett ser imidlertid ut til å tillegge de ulike avgjørelsene i rettspraksis varierende vekt for spørsmålet i den foreliggende saken. Det kan her pekes på at Høyesterett begrenser vekten av Rt. 1999 s. 901, som bygger på en subjektiv vurdering. Saken gjaldt spørsmålet om en overdragelse i ektepakt var proforma. Siden det ved ektepakter er andre regler som ivaretar hensynet til kreditorene, mente Høyesterett at *«proformavurderingen ved ektepaktdisposisjoner ikke så lett kan bli normgivende for proformavurderingen i andre tilfeller»*. Høyesterett synes dermed å begrense vekten av den rettspraksis som anvender den subjektive regelen.

Videre ser Høyesterett til juridisk teori.⁷¹ Høyesterett vektlegger særlig Høgetveit Bergs begrunnelse for å anvende den objektive proformaregelen. Denne går som nevnt ut på at den subjektive regelen åpner for kreditorsvik i større grad enn den objektive. På motsatt side viser Høyesterett til Sandvik som argumenterer for en subjektiv regel.⁷² Høyesterett uttaler imidlertid at utenom Sandvik er det ingen andre i teorien som fullt ut tiltrer den subjektive regelen. Høyesteretts slutning fra juridisk teori synes derfor å være at det gjelder en objektiv regel.

Det er imidlertid grunn til å påpeke at juridisk teori ikke er så samstemt med tanke på valg av proformanorm som Høyesterett her gir uttrykk for. Som gjengitt ovenfor i punkt 3.1 er det også

⁷⁰ Avsnitt 74–78.

⁷¹ Avsnitt 81–82.

⁷² Sandvik (1967) s. 48–75.

andre forfattere utover Sandvik som har argumentert for en subjektiv proformaregel.⁷³ Når Høyesterett fremstiller juridisk teori som relativt samstemt om en objektiv proformaregel, må dette anses som et noe forenklet bilde av det teoretiske landskapet.

Den neste rettskildefaktoren Høyesterett vektlegger i valget mellom den subjektive og objektive regelen er hensynet bak proformareglene.⁷⁴ Det er av avgjørende betydning at proformareglene skal ivareta hensynet til tredjeperson og kreditor. Man skal hindre at kreditor lider tap ved at debitor inngår ikke-reelle avtaler. Ved å etablere en objektiv proformanorm vil man i større grad verne kreditorene fordi det gir kreditorene et ytterligere grunnlag for beslag. Det vil også være enklere for partene å konstruere bevis for partenes subjektive mening, enn å gjøre noe med hvordan transaksjonen objektivt sett fremstår. Hovedhensynet bak reglene kunne derfor tale for å anvende den objektive proformanormen.

Det Høyesterett derimot ikke kommenterer er de mothensyn som gjør seg gjeldende. Her er det naturlig å nevne hensynet til partene og deres privatautonomi. Utgangspunktet om at enhver har rett til å inngå avtaler som de selv ønsker, taler for at kreditorene bør respektere skyldners overdragelser. Selv om vern av kreditor er et grunnleggende hensyn, bør ikke dette gå på bekostning av hensynet til partene i ethvert tilfelle.

Dette gir igjen grunnlag for å kritisere Høyesteretts formulering av tolkningsspørsmålet, nemlig om «*proformaregelen er 'subjektiv' eller 'objektiv'*». Da det er den objektive regelen som gjør inngrep i privatautonomien, er det denne regelen som krever en begrunnelse. Det bør ikke fremstilles som et åpent spørsmål om det gjelder en subjektiv eller objektiv proformaregel, men heller om det foreligger tilstrekkelig grunn til å gjøre unntak fra prinsippet om avtalefrihet.

I redegjørelsen av hensynet bak proformareglene uttaler Høyesterett at man ikke «*står overfor en annen proformaregel i tvister mellom partene og tvister mellom partene og kreditor*», jf. avsnitt 83. Siden Høyesterett legger den objektive proformaregelen til grunn i kjennelsen, skulle dette tilsi at man også i forholdet mellom partene må vurdere om avtalen er objektivt proforma. Dette virker imidlertid ikke å være korrekt. Som skissert under punkt 2, vil proformas spørsmål i forholdet mellom partene måtte bero på en tolkning av partenes hensikt. At man her i tillegg må foreta en objektiv proformavurdering, virker lite naturlig. Hensynet bak den objektive proformaregelen, hensynet til tredjeparter, gjør seg ikke gjeldende her. Da er det heller ikke grunn til å anvende den objektive proformaregelen. Det kan derfor ikke være riktig at det i forholdet mellom partene også gjelder en objektiv proformaregel.⁷⁵

⁷³ Bl.a. Sverdrup (2013) s. 10.

⁷⁴ Avsnitt 83.

⁷⁵ I samme retning se Klungøy Kristiansen (2020) s. 300.

I avsnitt 84 kommenterer Høyesterett forholdet til omstøtelsesreglene. Det var anført i saken at den objektive proformaregelen i realiteten gir enkeltforfølgende kreditor rett til omstøtelse av illojale disposisjoner. Dette ville i så fall være i strid med uttalelsene i forarbeidene til konkursloven og dekningsloven om at omstøtelse er forbeholdt konkursboet.⁷⁶ Høyesterett avfeide imidlertid denne anførselen. Selv om regelsettene delvis bygger på samme hensyn og har samme rettsvirkning, innebærer ikke dette at den objektive proformanormen blir en form for omstøtelse. Omstøtelsesreglene og proformareglene er alternative regelsett som ikke utelukker hverandre. Likhetene mellom omstøtelse og en objektiv proforma er derfor ikke et argument som taler mot den objektive normen.

Til slutt i avsnitt 86 kommenterer Høyesterett anførselen om at den objektive proformaregelen er i strid med EMK P1-1. Retten legger uten forutgående drøftelse til grunn at dette ikke kan være tilfellet. Spørsmålet er neppe så klart som Høyesterett fremstiller det her. Som nevnt innledningsvis krever nok proformareglene en mer inngående vurdering av forholdet til EMK P1-1.

3.2.4 Kjennelsens rekkevidde

Høyesterett konkluderer på bakgrunn av dette med at «*de beste grunner taler for en objektiv tilnærming*».⁷⁷ Ved kjennelsen avgjør derfor Høyesterett den debatten som lenge har eksistert om proformareglene; den objektive proformaregelen gjelder i norsk rett.

På bakgrunn av konklusjonen og premissene er det naturlig å forstå kjennelsen slik at den generelt gjelder ved proformavurderinger etter dekl. § 2-2. Dette kan også ses på bakgrunn av at det var den generelle rettslige forståelsen av proformareglene retten skulle ta stilling til, jf. tvl. § 30-6 c). Dette tilsier at kjennelsen har betydning både i suksesjonskonflikten og hjemmelskonflikten, selv om det i den konkrete saken var tale om en suksesjonskonflikt. Det er ingen uttalelser i kjennelsen som tilsier at man skal behandle konfliktene forskjellig, og de samme grunnleggende hensynene gjør seg også gjeldende i begge konfliktsituasjonene. Det er derfor naturlig å forstå kjennelsen slik at den objektive proformaregelen også gjelder i hjemmelskonflikten.

Kjennelsen kan heller ikke tolkes slik at rekkevidden er begrenset til den typen formuesgoder det er tale om i kjennelsen, nemlig VPS-registrerte aksjer. Det er ingen argumenter som konkret knytter seg opp mot denne typen formuesgode. Tvert imot viser retten i sin drøftelse til rettspraksis som gjelder overføring av andre typer formuesgoder enn aksjer. Argumentene

⁷⁶ NOU 1972: 20 s. 284.

⁷⁷ Avsnitt 86.

Høyesterett påberoper til fordel for en objektiv regel kan sies å ha generell relevans, og gjør seg gjeldende uansett hvilket formuesgode det er tale om.

Det er heller ikke grunn til å tro at rettskildeverdien er begrenset som følge av at avgjørelsen er en anke over kjennelse, ikke en dom. For det første ble anken behandlet av Høyesterett i avdeling. Selv om hovedregelen er at anke over kjennelser behandles av Høyesteretts ankeutvalg med tre dommere, jf. tvisteloven § 30-1 (2), jf. domstolsloven § 5 (1) første punktum, ble retten i denne saken satt med fem dommere, jf. domstolsloven § 5 (1) annet punktum. For det andre behandler og begrunner Høyesterett spørsmålene i saken svært grundig. De argumentene som vanligvis taler for å begrense rettskildeverdien av kjennelser, gjør seg derfor ikke gjeldende i dette tilfellet.

Det må derfor legges til grunn at Høyesterett generelt har avgjort at det gjelder en objektiv proformaregel i beslagsretten. Det jeg vil se på i det videre er innholdet i denne normen, og hva som er forskjellen fra den subjektive regelen.

3.3 Forskjellen mellom subjektiv og objektiv proforma

3.3.1 Vurderingstemaet

Forskjellen mellom den subjektive og objektive proformanormen ligger først og fremst i selve vurderingstemaet. Ved den subjektive proformanormen skal man finne frem til «*hva partene selv har ment*» med overdragelsen, mens det ved den objektive normen blir et spørsmål om overdragelsen har de «*rettslige realiteter som påberopes*», jf. HR-2018-1265-A avsnitt 73. Den objektive normen krever derfor at det er samsvar mellom hvordan avtalen formelt fremstår og hvilke virkninger den har for partene. Man ser her helt vekk fra hva partene har ment, og lar det heller være avgjørende om det har skjedd nok endringer i forholdet mellom partene.

Slik det objektive vurderingstemaet er formulert, kan det trekkes en parallell til arveretten og grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. For å ta stilling til om arvelaters disposisjon var en livsdisposisjon er det avgjørende om disposisjonen hadde «*realitet*» mens arvelater levde.⁷⁸ Dette beror i likhet med den objektive proformanormen på en «*helhetsvurdering hvor en rekke momenter kan inngå i skjønn*», jf. HR-2017-716-A avsnitt 50. Vurderingen er tilsynelatende identisk med den objektive proformanormen, hvilket gjør det fristende å se hen til realitetsvurderingen i arveretten for å ta stilling til innholdet i den objektive proformanormen i beslagsretten. Selv om beslagsreglene og arvereglene delvis ivaretar liknende hensyn, hensynet til tredjeperson, er det imidlertid ikke gitt at grensen for realitet må trekkes likt i de to tilfellene. Reglene skal ivareta ulike tredjeparter, henholdsvis kreditor og arvingene, og da kan ikke

⁷⁸ NOU 2014: 1 s. 89 og HR-2017-716-A avsnitt 47. Realitetsbegrepet er også lovfestet i den nye arveloven (lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte) § 40 (2) som trer i kraft 1. januar 2021.

realitetsbegrepet nødvendigvis forstås likt. Realitetsbegrepet i arveretten kan imidlertid være av en viss inspirasjon for realitetsvurderingen i beslagsretten, og jeg vil derfor tidvis vise til praksis og teori knyttet til arverettens realitetsbegrep.

En ytterligere forskjell i vurderingene er at den subjektive regelen er en *bevisvurdering* av hva partene har ment, mens den objektive er *en rettslig helhetsvurdering* av realiteten. Selv om begge vurderingene har både en faktisk og en rettslig side, det må fastlegges hvilke bevis som finnes og disse må avveies mot hverandre for å avgjøre tolkningsspørsmålet, er dette en grunnleggende forskjell mellom reglene. Den subjektive regelen krever sannsynlighetsovervekt for at avtalen er proforma eller reell, mens den objektive i stedet fordrer en avveining av de momentene som taler for og imot at avtalen har realitet.⁷⁹ Det må derfor ikke være sannsynlighetsovervekt for realitet. Det er nok at momentene for realitet veier tyngre enn de som taler for mot.

3.3.2 Forholdet til en vurdering av eiendomsrettens overgang

En vurdering av om en overdragelse er proforma kan ses på som et spørsmål om hvem som har eiendomsrett til formuesgodet. Dette fremgår direkte av Høyesteretts premisser i HR-2018-1265-A, der førstvoterende uttaler at proformareglene knytter seg «*til mer allmenne spørsmål om eiendomsrettens overgang*».⁸⁰ Det er derfor grunn til å se nærmere på forholdet mellom proformareglene og spørsmålet om eiendomsrettens overgang.

I norsk rett anvender vi i dag et funksjonelt eiendomsrettsbegrep.⁸¹ Her ser man eiendomsretten som et koblingsord mellom visse rettsfakta og rettsfølger, og begrepet brukes derfor til å systematisere rettsreglene.⁸² Denne forståelsen av begrepet gjør at man unnlater å ta stilling til hvem som har eiendomsrett til et formuesgode, men i stedet drøfter om de rettsfakta som skal utløse den gitte rettsvirkningen foreligger. Eksempelvis tar man ved spørsmål om kreditor kan ta beslag i en eiendom blant annet stilling til om erververen har rettsvern.

Dette står i motsetning til det substansielle eiendomsrettsbegrepet. Her forstås eiendomsretten som et eget fenomen som ikke knytter seg til de beføyselsene eiendomsretten gir.⁸³ Man ilegger det å ha eiendomsrett rettsvirkninger, og anser derfor eiendomsretten for å gå over på ett konkret tidspunkt. Nøyaktig når dette tidspunktet skulle være, har det imidlertid vært vanskelig å fastslå

⁷⁹ Høgetveit Berg (2017) s. 213.

⁸⁰ Avsnitt 70.

⁸¹ Bl.a. Marthinussen (2019) s. 25.

⁸² Lilleholt (2018) s. 71.

⁸³ Brækhus (1998) s. 6.

da det er mange forskjellige stadier i en overdragelsesprosess en kunne tenke seg å knytte rettsvirkninger til.

Selv om det funksjonelle begrepet benyttes i norsk rett i dag, ser man av eldre praksis og teori at det substansielle begrepet var av stor betydning tidligere. Dette gjorde at vurderinger av eiendomsrettens overgang var sentrale. I for eksempel *Ku- og jernskrapdommene* var spørsmålet om et konkursbo kunne ta beslag i formuesgoder (henholdsvis kyr og jernskrap) som ikke var overlevert til kjøperen.⁸⁴ For å ta stilling til spørsmålet vurderte Høyesterett om eiendomsretten til formuesgodene hadde gått over til erververen.

I juridisk teori har man senere i stedet tatt dommene til inntekt for rettsvernsregler for overføring av løsøre.⁸⁵ Dette kan ses i lys av at man har gått over til et funksjonelt eiendomsrettsbegrep der man ikke knytter rettsvirkninger til eiendomsrettens overgang. Dommene forstås dermed heller som spørsmål om kjøperen hadde rettsvern for sitt erverv, enn som spørsmål om eiendomsretten kan sies å ha gått over på kjøperen.

Overgangen til det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet har gjort at vi har eliminert vurderinger av eiendomsrettens overgang.⁸⁶ Lilleholt gir klart uttrykk for dette gjennom følgende uttalelse: «*I nordisk juss har ikkje eigedomsretten vore noko teoretisk tema på fleire år.*»⁸⁷ Baldersheim uttrykker seg i samme retning: «*Som følge av si tilslutning til den funksjonelle tilnærminga manglar den skandinaviske juristen av i dag eit omgrepsapparat som gjer det mogleg å stille og å forstå eit spørsmål om eigedomsrettens overgang.*»⁸⁸ I stedet har man ulike regelsett knyttet til de forskjellige eierbeføyelsene, slik som rettsvernsregler eller regler om risikoens overgang.

Hovedårsaken til at man ikke har villet tillegge eiendomsrettens overgang rettsvirkning er fordi denne vurderingen er uklar.⁸⁹ Vi har ingen klare regler for når eiendomsretten går over, hvilket *Ku- og jernskrapdommene* er gode eksempler på. I det ene tilfellet fant retten at eiendomsretten hadde gått over ved avtaleinngåelsen, mens i det andre var overlevering nødvendig for at eiendomsretten kunne sies å ha gått over. Å tillegge eiendomsrettens overgang rettsvirkning skaper derfor uforutsigbare regler, hvilket er lite heldig i beslagsretten. Her er forutsigbare regler nødvendig av hensyn til både partene og kreditorene.

⁸⁴ Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263.

⁸⁵ Interesselæren ble først utviklet av Brækhus og Hærem, jf. Brækhus og Hærem (1964) s. 506–517.

⁸⁶ Marthinussen (2019) s. 22.

⁸⁷ Lilleholt (2010) s. 367.

⁸⁸ Baldersheim (2017) s. 22.

⁸⁹ Falkanger og Falkanger (2016) s. 75.

Sammenhengen mellom proformareglene og vurderinger av eiendomsrettens overgang ligger i at dersom en avtale er proforma, anser man ikke eiendomsretten for å ha gått over. Om eiendomsretten har gått over blir dermed bare et navn på resultatet. Er for eksempel overdragelsen proforma, er heller ikke eiendomsretten gått over.

Her kan man igjen trekke en linje til arverettens realitetsbegrep. I praksis og teori har realitetsvurderingen ofte blitt formulert som et spørsmål om disposisjonen er «oppfylt».⁹⁰ Hambro legger til grunn at oppfyllelsesbegrepet bare er et «*mellomledd i tankegangen mellom realitet og konklusjonen. Overføringen er oppfylt fordi den har realitet, og er en livsdisposisjon fordi den er oppfylt.*»⁹¹ I likhet med oppfyllelsesbegrepet, blir eiendomsrettsbegrepet bare et navn på resultatet man kommer til.

Både den subjektive og den objektive proformanormen krever en vurdering av eiendomsrettens overgang, men hva som skal til for at eiendomsretten har gått over er forskjellig i de to tilfellene. Ved den subjektive normen blir det avgjørende om partene selv har ment at eiendomsretten har gått over til erververen. Siden eiendomsretten er en rettighet partene kan disponere over, er det naturlig at partene også som utgangspunkt selv skal kunne bestemme at eiendomsretten har gått over. Her kreves det imidlertid ikke en vurdering av hva som objektivt sett skal til for at eiendomsretten går over. Man vurderer bare partsviljen og om denne var å overføre eiendomsretten. Partsviljen blir således et tilstrekkelig vilkår for eiendomsrettens overgang.

Etter HR-2018-1265-A er det ikke tilstrekkelig for å hindre kreditorbeslag at partene selv mener eiendomsretten har gått over fra skyldneren. Eiendomsretten må også objektivt sett ha gått over. Dette innebærer at partsviljen blir et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for eiendomsrettens overgang. I tillegg til partsviljen må det ha skjedd vesentlige endringer i forholdet mellom partene. Den objektive proformanormen krever derfor at man tar stilling til hva som objektivt sett skal til for at eiendomsretten har gått over fra overdrageren til erververen. Dette til tross for at det er stor enighet i teorien om at vurderinger av eiendomsrettens overgang er fremmed i norsk rett.

3.3.3 Momentene i vurderingen

Selv om vurderingstemaet i den subjektive og objektive normen er forskjellig, er momentene som vektlegges i de to tilfellene i stor grad sammenfallende.⁹² Forskjellen er at i den subjektive vurderingen blir disse «*elementer i en bevisvurdering, ikke momenter i en rettslig vurdering*», jf. HR-2018-1265-A avsnitt 73. Selv om man i den subjektive vurderingen forsøker å finne frem

⁹⁰ Bl.a. Rt. 1961 s. 935 på s. 938.

⁹¹ Hambro (2011) s. 131.

⁹² HR-2018-1265-A avsnitt 73.

til hva partene har ment, betyr ikke dette at partenes uttalelser om deres egen forståelse av avtalen blir avgjørende.⁹³ Man må også her basere vurderingen på mer objektive momenter som gir uttrykk for partenes mening.

De relevante momentene er i begge tilfeller:

*«graden av formell gjennomføring, mulig motiv for proforma, eventuelt fravær av andre motiver for transaksjonen, samt – ofte avgjørende – de faktiske og rettslige virkninger den har hatt for partene».*⁹⁴

Det må påpekes at ingen av momentene i seg selv er tilstrekkelige til å fastslå proforma.⁹⁵ Noe annet er at noen av momentene generelt sett har større vekt i proformavurderingen enn andre, hvilket jeg vil komme tilbake til under punkt 4. Først vil jeg kort knytte noen generelle kommentarer til hvert av disse momentene.

For det første skal man vektlegge *«graden av formell gjennomføring»*. Formell gjennomføring av en avtale kan skje på forskjellige måter, og momentet åpner derfor opp for vektlegging av flere forskjellige faktiske forhold. Dette kan være alt fra at erververen fører opp formuesgodet i sin skattemelding eller sitt regnskap, at vedkommende er registrert som eier i offentlige registre, eller opptrer som eier ovenfor offentlige myndigheter og andre tredjeparter. Også overholdelse av andre formelle regler, slik som selskapsrettslige regler, kan tale for at det er en realitet i avtalen, samt fungere som bevis på hva partene selv har ment med overdragelsen.

Videre skal man vektlegge om avtalen har gitt seg utslag i *«faktiske og rettslige virkninger»* for partene. De rettslige virkningene relaterer seg til hvem som har rett til å foreta rettslige disposisjoner over formuesgodet, for eksempel i form av salg, pantssettelse eller utleie. Avtalens faktiske virkninger knytter seg derimot til om avtalen utløser praktiske konsekvenser for partene. Hvilke konsekvenser dette kan være vil avhenge av hva slags formuesgode som overføres. Ved overdragelse av aksjer kan en faktisk virkning være at erververen starter å motta utbytte på aksjene, mens ved fast eiendom vil det at erververen tar eiendommen i bruk være en relevant faktisk virkning.

Til slutt skal man også vektlegge om det forelå et *«mulig motiv for proforma»*. Formålet med en proformatransaksjon kan være flere, men i beslagsretten er det særlig ønsket å unndra

⁹³ Sandvik (1967) s. 56.

⁹⁴ HR-2018-1265-A avsnitt 70.

⁹⁵ HR-2018-1265-A avsnitt 89.

kreditor midler som er relevant, jf. punkt 1.2. Et kreditorunndragelsesmotiv er derfor en indikasjon på proforma etter både den subjektive og objektive regelen.

Etter Høyesteretts formulering i HR-2018-1265-A er det imidlertid ikke nødvendig faktisk å bevise et proformamotiv for å kunne vektlegge dette i proformavurderingen. Det er tilstrekkelig at et «*mulig*» formål med transaksjonen var å unndra kreditorene midler. Eksempelvis vil en skyldner som er i ferd med å gå konkurs objektivt sett ha et motiv for å overdra sine eiendeler til tredjemann. Man trenger da ikke bevise om dette faktisk var skyldnerens motiv. Det at vedkommende er i ferd med å gå konkurs, er tilstrekkelig til å vektlegge motivet i proformavurderingen.

Selv om man vektlegger de samme momentene i den subjektive og objektive proformavurderingen, kan momentene vektles forskjellig i de to vurderingene. Dette er selve begrunnelsen for den objektive proformanormen; man må kunne konstatere proforma der partenes subjektive mening lar seg bevise og denne ville gjort at formuesgodet var unntatt fra kreditorbeslag.

4 Den objektive proformaregelen ved overføring av fast eiendom

4.1 Forskningsspørsmålet og metoden

I det videre vil jeg drøfte når en overføring av fast eiendom er objektivt proforma. Den konkrete problemstillingen er når slike overdragelser har tilstrekkelig realitet til å stå seg overfor kreditor.

For å ta stilling til forskningsspørsmålet har jeg gjennomgått rettspraksis fra Høyesterett og lagmannsrettene om realitetsvurderingen etter dekl. § 2-2. På lovdata er det 90 avgjørelser knyttet til dekl. § 2-2 med søkeordene «*proforma*» og «*fast eiendom*». 41 av disse fant jeg hadde en viss overføringsverdi til spørsmålet som drøftes her, og den videre drøftelsen vil derfor i stor grad basere seg på det samlede inntrykket denne praksisen gir av den objektive proformavurderingen.

I den foreliggende praksisen er det imidlertid ikke alltid klart om retten har foretatt en objektiv eller subjektiv proformavurdering. Særlig praksis før HR-2018-1265 synes ikke å ha hatt et bevisst forhold til hvilken norm man tar i bruk, og man ser at det subjektive og objektive vurderingstemaet ofte blandes sammen. Dette viser for øvrig en grunnleggende karakteristikk ved proformareglene; det er en glidende overgang mellom den subjektive og objektive proformanormen. Dette gjør det noe mer utfordrende å drøfte isolert tilfellet der den subjektive proformanormen fører til ett resultat, mens den objektive til et annet. Derfor vil jeg nedenfor delvis også vise til avgjørelser der man ser innslag av subjektive vurderinger, selv om forskningsspørsmålet relaterer seg til den objektive normen.

I det videre vil jeg først i punkt 4.2 se på den objektive vurderingen i suksesjonskonflikten, før jeg i punkt 4.3 ser på vurderingen i hjemmelskonflikten. Til slutt vil jeg se på hvordan den objektive regelen anvendes i to ulike typetilfeller av overdragelse av fast eiendom, jf. punkt 4.4.

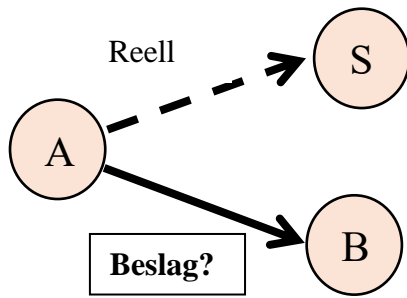
4.2 Suksesjonskonflikten

4.2.1 Vurderingstemaet

Spørsmålet i suksesjonskonflikten er når kreditor kan ta beslag i en fast eiendom fordi overføringen fra skyldneren er objektivt proforma. For at kreditorene skal kunne ta beslag, må overdragelsen mangle realitet.

Forutsetningen for at spørsmålet skal komme på spissen er for det første at det foreligger en gyldig og reell avtale mellom partene. Hvis overdragelsen ikke er reell mellom partene, vil kreditor kunne ta beslag allerede etter den subjektive proformaregelen. I suksesjonskonflikten vil situasjonen derfor være at avtalepartene A og S mener overdragelsen til S er reell, mens

kreditor B hevder overdragelsen er proforma for å kunne ta beslag. Situasjonen illustreres i figur 4.



Figur 4

For det andre er det en forutsetning at S har tinglyst sitt erverv. Hvis dette ikke er gjort, kan kreditor uansett ta beslag etter rettsvernsreglene i tgl. §§ 20 og 23. I tillegg må ikke overdragelsen kunne omstøtes etter reglene i dekningsloven kapittel 5.

Om kreditor kan ta beslag i disse tilfellene, beror på en avveining av hensynet til partene mot hensynet til kreditor. Det vil skape forutberegnelighet for kreditor dersom man kan avgjøre spørsmålet om beslag på bakgrunn av en sammenligning av den konkrete avtalens virkninger, mot virkningene av alminnelige eiendomsoverdragelser. Jo mer kreditor kan la beslagsvurderingen bero på om objektivt konstaterbare forhold foreligger, jo mer forutberegnelig vil vurderingen bli for disse.

For partene vil en slik vurdering imidlertid innebære en begrensning i avtalefriheten. Det vil skape en uklar rettstilstand for partene om de må forholde seg til forskjellige gyldighetsregler i forholdet dem imellom og i forholdet til kreditor. Dette kan tale mot at man legger avgjørende vekt på hva som er vanlig ved eiendomsoverdragelser, og lar det være en viss mulighet for at partene overdrar en eiendom uten at de alminnelige virkningene av en eiendomsoverdragelse inntreffer.

4.2.2 Terskel

I HR-2018-1265-A er Høyesterett taus om hva som skal til for at en overdragelse i suksesjonskonflikten har realitet. Hvor terskelen for realitet ligger, kan derfor ikke utledes direkte av kjennelsen. Hensynet til kreditorene, som er hovedhensynet bak proformareglene, tilsier imidlertid at terskelen for realitet er relativt høy. Dette vil gjøre det enklere for kreditor å ta beslag i formuesgoder de mistenker er overført proforma. Om praksis gir grunnlag for å operere med en slik terskel, kommer jeg tilbake til under punkt 4.2.4.

4.2.3 Momentene

4.2.3.1 Betaling av kjøpesummen

Et første moment som må vektlegges i den objektive proformavurderingen er om erververen (S) har betalt kjøpesummen eller har evne til å betale denne. Selv om eiendomsoverdragelser kan skje vederlagsfritt i form av gave, vil slike overdragelser sjeldent kreve en proformadrøftelse da omstøtelsesfristen for gaver er særlig lang, jf. dekl. § 5-2.⁹⁶ Fordi kreditor da allerede kan beslaglegge etter omstøtelsesreglene, blir det ikke nødvendig å vurdere om overdragelsen er proforma. Derfor er det først og fremst overdragelser i form av kjøp som nødvendiggjør en proformadrøftelse, og da blir betaling av kjøpesummen et sentralt moment.

Betalingsevnen eller -viljen kan brukes som moment i begge retninger. For det første kan det at kjøperen ikke har evne eller vilje til å betale tas til inntekt for at avtalen objektivt sett ikke har realitet.

Høyesterettspraksis viser at momentet har stor betydning i denne retningen, jf. Rt. 2005 s. 1476. Saken var her at en far ved kjøpekontrakt overdro en eiendom til datteren, men det var fremlagt opplysninger som viste at hun ikke hadde økonomi til å betjene boliglånet alene. Dette uttalte Høyesterett at var et «*moment av vesentlig betydning*» og det var «*egnet til å svekke realiteten i overdragelsen*». Lagmannsretten hadde ikke vektlagt dette momentet i sin vurdering, og på denne bakgrunn opphevet Høyesterett lagmannsrettens avgjørelse.

Det samme følger av lagmannsrettspraksis.⁹⁷ Avgjørelsene viser her at det er en klar sammenheng mellom det at erververen ikke har betalt kjøpesummen eller har evne til å betjene boliglånet, og at avtalen ikke har tilstrekkelig realitet etter en objektiv vurdering.

En grunn til å vektlegge momentet i retning av at avtalen mangler realitet, er at hensynet til partene ikke gjør seg gjeldende. I henhold til prinsippet om ytelse mot ytelse i kontraktsforhold må erververen yte kjøpesummen for at kontrakten skal være riktig oppfylt. Hvis erververen misligholder denne forpliktelsen, vil det gi selgeren grunnlag for å utøve misligholdsbeføyelser, jf. avhendingslova § 5-1. Når erververen ikke har noen beskyttelsesverdig forventning om at avtalen står seg i forholdet til selgeren, kan heller ikke partene forvente at avtalen står seg overfor tredjemann.

For det andre kan det at kjøperen faktisk har betalt kjøpesummen i utgangspunktet tas til inntekt for at overdragelsen har tilstrekkelig realitet. Siden betaling av kjøpesummen er den primære forpliktelsen erververen må yte for at overdragelsen er riktig oppfylt, skulle det tilsi at

⁹⁶ Mellom ett og fem år avhengig av hvem som er mottakeren.

⁹⁷ Bl.a. LG-2020-27192, LB-2015-119371-1 og LB-2006-100444.

erhververen bør kunne stole på at overdragelsen står seg overfor kreditor der kjøpesummen er betalt. Hensynet til partene gjør seg derfor sterkere gjeldende her enn i tilfellet ovenfor.

Det er noen eksempler fra praksis der dette momentet vektlegges i retning av at overdragelsen har realitet.⁹⁸ Eksempelene er imidlertid få, noe som kan tyde på at momentet har mindre vekt i disse tilfellene.

Praksis gir derfor uttrykk for at momentet om kjøperens betalingsevne eller -vilje først og fremst tas til inntekt for at avtalen mangler realitet. At erververen mangler evne eller vilje til å betale, er derfor et viktig moment i den objektive proformavurderingen. I motsatt retning synes ikke momentet å være avgjørende. Det kan vektlegges, men vil ikke være et tungtveiende argument for realitet, at kjøper faktisk har betalingsevne eller -vilje.

4.2.3.2 Graden av formell gjennomføring

Det følger direkte av HR-2018-1265-A at «*graden av formell gjennomføring*» skal vektlegges i den objektive proformavurderingen. For eiendomsoverdragelser vil den formelle gjennomføringen særlig bestå i tinglysning og oppføring av eiendommen i skattemeldingen.⁹⁹ Er erververen et selskap vil oppføring av eiendommen i selskapets balanseregnskap også kunne være en form for formell gjennomføring. Jeg vil i det videre se på hvilken vekt disse tre forholdene har i realitetsvurderingen.

Et første spørsmål er om det at S har grunnbokshjemmelen kan tas til inntekt for at overdragelsen har realitet. Som sagt er det en forutsetning for proformas spørsmålet at overdragelsen er tinglyst på erververen (S). Det interessante er derfor om denne forutsetningen også kan tas til inntekt for at avtalen har realitet.

Noen uttalelser i underrettspraksis kan tale for dette. I for eksempel LB-2020-15465 uttaler lagmannsretten at tinglysingen er et «*moment som inngår i den helhetlige vurderingen Høyesterett har gitt anvisning på i HR-2018-1265-A, og som isolert sett taler for at hun er den reelle eieren*». En isolert tolkning av uttalelsen tyder på at momentet hadde en viss vekt i lagmannsrettens vurdering. Samtidig kom retten til at overdragelsen var proforma, hvilket viser at momentet uansett ikke hadde avgjørende betydning.

Det er visse forhold som taler mot at tinglysingen skal ha selvstendig betydning i proformavurderingen. For det første har man ingen kontroll med om tinglysingen er

⁹⁸ Bl.a. LE-2008-23709 og LH-2000-344.

⁹⁹ Hambro (2011) s. 133.

proforma.¹⁰⁰ Da blir det selvmotsigende å vektlegge tinglysingen til inntekt for at overdragelsen har realitet. For det andre vil en vektlegging av tinglysingen føre til at proformareglene sjeldent kommer på spissen. Enten er ikke overdragelsen tinglyst og kreditor kan ta beslag etter rettsvernsreglene, eller så er overdragelsen tinglyst og har tilstrekkelig realitet til at eiendommen er unntatt kreditorbeslag. Tinglysing bør derfor ikke ha stor betydning i den objektive proformavurderingen.

Det samlede inntrykket fra underrettspraksis synes også å være i samsvar med denne observasjonen. Praksisen viser at det ikke er noen sammenheng mellom det at ervervet er tinglyst og den konklusjonen retten kommer til. Av de sakene som er gjennomgått kom retten i omtrent like mange saker til at avtalen var proforma som at den hadde realitet, til tross for at ervervet i begge tilfeller var tinglyst. At erververen har tinglyst hjemmel taler derfor ikke med tyngde for at overdragelsen til S har realitet. Lagmannsrettens uttalelse i LB-2011-188061 kan sies å gi et mer presist uttrykk for den faktiske vekten dette momentet har når de uttaler at *«[v]ed vurderingen av hvem eiendommen reelt tilhørte, er det ikke avgjørende hvem som har grunnbokshjemmel.»*

Det neste spørsmålet er hvilken betydning det har at eiendommen er oppført i erververens (S) skattemelding.

Skattemeldingen er en oversikt over fysiske og juridiske personers inntekter, fradrag, formuesverdier og gjeld, og danner grunnlaget for vedkommendes skatteoppgjør.¹⁰¹ Er man eier av en fast eiendom er dette en formuesverdi som må føres opp i skattemeldingen, jf. skatteforvaltningsloven § 8-2 (1). Dersom eiendommen blir ført opp i erververens skattemelding, kan det derfor utad fremstå som at eiendomsoverdragelsen har realitet.

Underrettspraksis synes imidlertid å vektlegge momentet i liten grad. I flere avgjørelser ser man at konklusjonen var at overdragelsen var proforma, selv om eiendommen var oppført i S sin skattemelding.¹⁰²

Årsaken til dette er nok at ofte vil oppføringen av eiendommen i erververens skattemelding kun være en automatisk følge av at eiendommen tinglyses på erververen. Skatteetaten innhenter opplysninger fra offentlige myndigheter, herunder kartverket, og legger disse automatisk inn i skattemeldingen. Når da eiendommen tinglyses på S (som er en forutsetning for proformaproblemstillingen i suksesjonskonflikten), kommer eiendommen også automatisk opp

¹⁰⁰ Røsæg (2010) s. 254.

¹⁰¹ Skatteetaten (2020).

¹⁰² LB-2015-119371-1, LB-2019-56324 og LB-1995-2406.

i S sin skattemelding. Dette er da ikke noe S selv må sørge for å føre opp. Når oppføringen i skattemeldingen kun er en automatisk følge av tinglysingen, er det liten grunn til at dette skal tale for at overdragelsen har realitet.

Til slutt vil jeg se på hvilken betydning den regnskapsmessige behandlingen av eiendommen har i proformavurderingen. Spørsmålet er om det at S har ført opp eiendommen i sitt balanseregnskap kan tas til inntekt for at overdragelsen har realitet. Siden det kun er selskaper som er regnskapspliktige, jf. regnskapsloven § 1-2, er dette momentet bare relevant dersom erververen av eiendommen er et selskap.

At den regnskapsmessige behandlingen har vekt i proformavurderingen, ser man flere steder i underrettspraksis.¹⁰³ I LF-2007-23009 uttaler for eksempel retten at «*aktivering av kjøretøyene i selskapets regnskaper gir i seg selv et klart uttrykk for at eiendelene tilhører selskapet*». Dette tilsa at det hadde skjedd en overdragelse til selskapet, hvilket også var rettens konklusjon. Underrettspraksis kan derfor tas til inntekt for at momentet må vektlegges i retning av at en overdragelse har realitet.

Man ser dermed at den skattemessige og regnskapsmessige behandlingen har ulik vekt i proformavurderingen. Det kan være flere grunner til dette. Først må det understrekes at det er betydelige forskjeller i formålet med de to behandlingene. Selv om både regnskapet og skattemeldingen gir en oversikt over selskapets eiendeler, danner skattemeldingen grunnlaget for selskapets skatteoppgjør, mens regnskapet skal gi informasjon om selskapets økonomiske stilling til enhver tid. Denne informasjonen er av betydning både for tredjeparter og for selskapet selv. For selskapet vil for eksempel utbetaling av utbytte være avhengig av om verdien av eiendelene i regnskapet overstiger aksjekapitalen, jf. aksjeloven (asl.) § 8-1 (1). Regnskapet kan derfor sies å ha betydning for en større krets av personer enn det skattemeldingen har. Siden mange må bygge på informasjonen som står i regnskapet, er det en forutsetning at informasjonen er korrekt.

Videre er det også omfattende regler for hvordan regnskapet skal føres, og brudd på regnskapslovgivningen kan medføre straff etter både straffeloven § 286 og regnskapsloven § 8-5. Selv om uriktige skatteopplysninger også kan medføre straff, jf. straffeloven § 378 og skatteforvaltningsloven kapittel 14, er reglene for føring av regnskapet mer omfattende enn de skatterettslige reglene for føring av skattemeldingen. Når det er såpass strenge regler for regnskapsføringen, vil det ha formodningen for seg at det som står i regnskapet også er riktig. Dermed er det naturlig at man i proformavurderingen vektlegger den regnskapsmessige behandlingen i større grad enn den skattemessige.

¹⁰³ LF-2007-23009, LE-2008-23709 og LB-2017-26988.

Oppsummeringsvis gir praksis uttrykk for at graden av formell gjennomføring er et mindre viktig moment i den objektive proformavurderingen. Særlig det at S har grunnbokshjemmelen og at eiendommen er oppført i vedkommendes skattemelding, har liten vekt. At eiendommen er oppført i selskapets regnskap, kan derimot vektlegges i større grad. Likevel har nok momentet mindre vekt enn flere av de andre momentene i vurderingen, særlig momentene om betaling av kjøpesummen og avtalens faktiske og rettslige virkninger for partene.

4.2.3.3 Faktiske virkninger

Overdragelsens *faktiske virkninger* for partene er et moment som kan belyse om overdragelsen har tilstrekkelig realitet, jf. HR-2018-1265-A avsnitt 73. De faktiske virkningene ved overføring av fast eiendom knytter seg blant annet til hvem som bor på eiendommen, betaler faste kostnader, mottar leieinntekter eller er ansvarlig for oppussing og vedlikehold.¹⁰⁴ Av disse virkningene er det særlig de to førstnevnte som gjennomgående vektlegges i rettspraksis. Nedenfor drøfter jeg derfor kun betydningen av hvem som bruker eiendommen og hvem som betaler de faste kostnadene.

Praksis viser at selve bruken av eiendommen er den mest sentrale faktiske virkningen å vektlegge i proformavurderingen. Momentet kan tas til inntekt for både tilstrekkelig og manglende realitet. Fortsetter overdrageren å bruke eiendommen kan dette tale mot at avtalen har realitet. Tar erververen derimot denne i bruk trekker dette i motsatt retning. Jeg vil først se på hvilken vekt den førstnevnte situasjonen har i den objektive proformavurderingen.

Det finnes flere eksempler fra rettspraksis der selgerens bruk av eiendommen etter overdragelsen vektlegges i retning av at avtalen er objektivt proforma. I Rt. 2005 s. 1476 var det klart at foreldrene forbeholdt seg en livsvarig bruksrett til eiendommen. Her uttalte retten at i slike tilfeller «*må retten inngående vurdere om overføringen innebærer en realitet*».¹⁰⁵ Uttalelsen viser at terskelen for realitet skjerpes der selgeren fortsetter å bruke eiendommen etter overdragelsen. I slike tilfeller skal det mer til for at overdragelsen likevel har realitet.

Underrettspraksis gir uttrykk for det samme.¹⁰⁶ Avgjørelsene kan tyde på at det er korrelasjon mellom det at selgeren fortsetter å bruke eiendommen og at overdragelsen er uten realitet.

Et argument for å vektlegge de faktiske virkningene, og særlig bruken av eiendommen, er at dette er objektivt konstaterbare forhold. De er derfor enkle å avgjøre om har inntrådt eller ikke.

¹⁰⁴ Hambro (2011) s. 133–134.

¹⁰⁵ Avsnitt 19.

¹⁰⁶ LB-2015-119371-1, LG-1999-716 og LB-2006-100444.

For kreditor vil en vektlegging av slike objektivt konstaterbare forhold forenkle beslagsvurderingen, noe som gjør den både effektiv og forutberegnelig.

Manglende faktiske virkninger for partene bør imidlertid ikke vektlegges i enhver sammenheng. Er for eksempel eiendommen kun et investeringsobjekt vil ikke nødvendigvis erververen være interessert i å ta eiendommen i bruk. At den faktiske rådigheten ikke kan være avgjørende i disse tilfellene, er lagt til grunn av flere forfattere i juridisk teori.¹⁰⁷ Dermed kan det altså være grunn til å skille mellom tilfeller der kjøpet er en forretningsmessig investering og der en privatperson kjøper eiendommen for selv å bo der. I førstnevnte tilfelle bør ikke de faktiske virkningene være avgjørende for realiteten da dette i praksis ville gjort det svært vanskelig å investere i eiendom. Her bør altså hensynet til partene veie tyngre enn hensynet til at kreditorene skal kunne gå ut ifra at de faktiske forholdene gjenspeiler realiteten.

Dette tilsier altså at det ikke kan være korrelasjon mellom det at overdrageren fortsetter å bruke eiendommen og at avtalen er objektivt proforma. Dette synes også å være slik realitetsbegrepet i arveretten er forstått. Høyesterett har her uttrykkelig uttalt at «*det ikke nødvendigvis kreves store praktiske endringer for at en eiendomsoverdragelse anses som en livsdisposisjon*».¹⁰⁸ Selv om momentet ikke nødvendigvis må vektlegges i samme grad i arveretten og beslagsretten, kan uttalelsen tilsi at det også i beslagsretten må være mulig at avtalen har realitet selv om den ikke gir seg utslag i store faktiske virkninger.

I motsatt retning tillegges derimot momentet tilsynelatende liten vekt. At erververen faktisk har tatt eiendommen i bruk, ble for eksempel ikke vektlagt i LG-2020-27192. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at lagmannsretten her fant at erververen ikke hadde evne til å betale kjøpesummen på egenhånd. Dette viser at bruksforholdene ikke er avgjørende dersom erververen ikke har betalingsevne eller -vilje. Det veier dermed tyngre i proformavurderingen at erververen mangler betalingsevne enn at erververen har tatt eiendommen i bruk etter overdragelsen.

Videre er betaling av faste kostnader en faktisk virkning som i praksis ofte nevnes i proformavurderingen. Kostnader til for eksempel strøm, vann- og avløpsutgifter eller forsikringer er noe man ved en eiendomsoverdragelse forventer at erververen starter å betale. At erververen betaler slike kostnader, kunne derfor tilsi at avtalen objektivt sett har realitet.

¹⁰⁷ Sandvik (1967) s. 64 og Høgetveit Berg (2017) s. 220.

¹⁰⁸ HR-2017-716-A avsnitt 61.

Av praksis fremgår det imidlertid at momentet vektlegges i liten grad. I for eksempel LB-2020-15465 og LB-2019-56324 var det klart at erververen hadde startet å betale kostnader på eiendommen. Retten fant her uansett at avtalen objektivt sett ikke hadde realitet.

Også her må momentet ses i sammenheng med momentet om erververens betalingsevne. I begge sakene var det klart at erververen aldri hadde betalt for eiendommen på egenhånd. Dette viser at det ikke er avgjørende at erververen starter å betale faste kostnader på eiendommen dersom vedkommende ikke er i stand til å betale kjøpesummen eller betjene boliglånet. Dette er også naturlig da kjøpesummen er et mye høyere beløp enn de faste kostandene.

Gjennomgangen ovenfor gir uttrykk for at overdragelsens faktiske virkninger for partene først og fremst vektlegges i retning av at avtalen er uten realitet. Gir ikke overdragelsen seg utslag i slike virkninger, vil nok hovedregelen være at overdragelsen ikke har realitet etter den objektive proformanormen. Samtidig må det i tråd med realitetsbegrepet i arveretten og uttalelsene i juridisk teori være mulig at en overdragelse anses å ha realitet, til tross for at den har medført mindre faktiske endringer. At overdragelsen medfører faktiske endringer i forholdet mellom partene, synes derimot å være et mindre viktig moment til inntekt for at overdragelsen har realitet. Særlig der erververen mangler betalingsevne eller -vilje vil det at avtalen medfører slike virkninger ikke være avgjørende.

4.2.3.4 *Rettslige virkninger*

Hvilke «*rettslige virkninger*» avtalen medfører for partene er også sentralt i den objektive proformavurderingen, jf. HR-2018-1265-A avsnitt 73. De rettslige virkningene ved overdragelse av fast eiendom knytter seg til om erververen kan råde rettslig over eiendommen ved å disponere over denne, for eksempel ved salg eller pantsettelse.

Siden forutsetningen er at S har grunnbokshjemmelen vil dette bety at S må samtykke til disposisjoner over eiendommen som skal tinglyses i grunnboken, jf. tgl. § 13. At S er legitimert til å foreta slike disposisjoner, er imidlertid ikke ensbetydende med at S har rett til å disponere over eiendommen i forholdet til A. I forholdet til A kan S sin rettslige disposisjonsadgang være begrenset som følge av en avtale mellom partene. En slik begrensning tilsier at overdragelsen ikke har fått de rettslige virkningene en eiendomsoverdragelse i alminnelighet medfører.

Høyesterettspraksis viser at dette momentet kan ha stor betydning i proformavurderingen. I Rt. 2005 s. 1476 var det anført at datterens erverv hadde realitet fordi hun hadde rett til å disponere rettslig over eiendommen ved salg og pantsettelse. Her la imidlertid Høyesterett til grunn at en «*bruksrett for foreldrene vil begrense den praktiske muligheten for å selge og for å pantsette eiendommen*». Selv om datteren på papiret hadde rett til å selge eiendommen, var den rettslige

rådigheten i realiteten illusorisk. Dette var sammen med momentet om datterens betalingsevne hovedbegrunnelsen for at lagmannsrettens kjennelse ble opphevet.

At begrenset rettslig rådighet hos erververen er et sentralt moment i den objektive proformavurderingen, har også støtte i underrettspraksis. Det at erververen hadde skrevet under en urådighetserklæring som hindret vedkommende i å disponere rettslig over eiendommen,¹⁰⁹ eller at overdrageren forbeholdt seg rett til å bestemme hvem eiendommen senere skulle overdras til,¹¹⁰ er begge eksempler på at overdragelsen hadde manglende rettslige virkninger for partene. Dette talte i begge tilfeller for at overdragelsen var proforma, hvilket også var rettens konklusjon.

Dette viser at dersom en overdragelse ikke gir erververen en reell rett til å disponere over eiendommen, vil dette tas til inntekt for at avtalen ikke har tilstrekkelig realitet. I motsatt retning har momentet derimot ikke uttrykkelig blitt vektlagt. At erververen faktisk kan råde over eiendommen, innebærer ikke nødvendigvis at avtalen har realitet.

4.2.3.5 Motiv for proforma

Dersom det foreligger et «*motiv for proforma*», må dette også tillegges vekt i den objektive proformavurderingen, jf. HR-2018-1265-A avsnitt 73. Her er det kreditorunndragelsesmotivet som er sentralt. Er det nærliggende at eiendomsoverdragelsen til S er begrunnet i et ønske om å hindre As kreditorer beslag i eiendommen vil det tale for at overdragelsen ikke objektivt sett har realitet.

Det fremgår eksplisitt av HR-2018-1265-A at et kreditorunndragelsesmotiv i seg selv kan «*være en sterk indikasjon på proforma*» etter den objektive proformavurderingen.¹¹¹ Når Høyesterett uttrykkelig tillegger motivet vekt, tilsier det at momentet må ha betydning i den objektive proformavurderingen. At dette i ettertid også har blitt fulgt opp i underrettspraksis, taler for det samme. I LB-2020-15465 uttaler for eksempel retten at «*[e]tter lagmannsrettens vurdering taler Bs klare motiv for proformaoverdragelse klart i retning av at overføringen av eiendommen til A ikke var reell.*»¹¹²

Underrettspraksis forut for HR-2018-1265-A viser også at motivet tidligere har blitt vektlagt.¹¹³ Selv om motivet i disse avgjørelsene fremstår som noe mindre betydningsfullt, ble det like klart

¹⁰⁹ LB-2002-1549.

¹¹⁰ LB-2019-56324.

¹¹¹ HR-2018-1265-A avsnitt 93.

¹¹² Se også LB-2018-165022 og LB-2018-105251-2.

¹¹³ Bl.a. LB-2011-188061 og LB-2015-119371-1.

tatt til inntekt for at overdragelsen er proforma. Dette viser dermed at et kreditorunndragelsesmotiv er av betydning i proformavurderingen.

Begrunnelsen for å vektlegge motivet i proformavurderingen består hovedsakelig i at når proformareglens formål er å hindre kreditorsvik, bør man nettopp fange opp de overdragelsene der partene har forsøkt å svike kreditor. Dersom motivet vektlegges i vurderingen, blir regelen mer treffsikker og fanger opp de overdragelser man ønsker å reagere på.

Hensynet til partene kan på den annen side tale mot at motivet bør tillegges stor betydning. Dette er fordi en avtale kan få virkninger som en alminnelig overdragelse, selv om partene ønsket å unndra midler fra kreditor. Hvis avtalen skal opprettholdes mellom partene, bør da ikke motivet alene medføre at avtalen ikke opprettholdes ovenfor kreditorene. Dette hensynet ser imidlertid ikke ut til å ha fått avgjørende betydning da det uttrykkelig fremgår av praksis at motivet vektlegges i realitetsvurderingen.

Hensynet til partene ser derimot ut til å ha større betydning for realitetsvurderingen i arveretten. I for eksempel HR-2017-716-A avsnitt 57 uttalte Høyesterett at formålet ikke er avgjørende dersom overdragelsen «også har livsrealitet».¹¹⁴ At formålet har ulik vekt på de to rettsområdene kan imidlertid begrunnes i de ulike interessene reglene skal ivareta. I arveretten søker man å ivareta arvelaters ønske da arvelater anses å være nærmest til å bestemme hvem som skal overta verdiene vedkommende eier. At arvelater har ønsket å gi en person visse verdier, må derfor beskyttes i stor grad. I beslagsretten er det derimot ikke beskyttelsesverdig at debitor ønsker å gi verdier til en tredjepart. Dette fordi overdragelsen nettopp kan være gjort for å unndra midlene fra kreditor.

Oppsummeringsvis fremstår et proformamotiv å være av betydning i den objektive proformavurderingen, men sett i forhold til de øvrige momentene synes dette å være noe mindre avgjørende.

4.2.4 Oppsummering: hva skal til for at overdragelsen objektivt sett har realitet?

Til slutt er det nødvendig å oppsummere synspunktene ovenfor om hva som skal til for at en eiendomsoverdragelse objektivt sett har realitet i suksesjonskonflikten.

Man ser av rettspraksis at det er noen momenter som klart har større betydning enn andre. Særlig viktig fremstår momentet om betaling av kjøpesummen. Har ikke erververen betalingsevne eller -vilje skal det mye til for at overdragelsen har realitet. I tillegg vil de faktiske og rettslige virkningene av avtalen være av stor betydning, særlig der avtalen ikke har gitt seg utslag i slike

¹¹⁴ Det samme er lagt til grunn i teorien, jf. Hambro (2011) s. 134

virksomheter. Den formelle gjennomføringen av avtalen og formålet med denne er momenter som motsetningsvis har mindre betydning i proformavurderingen. Disse kan nok ikke alene føre til en konklusjon i verken den ene eller andre retningen, men er mer naturlig å anse som støtteargumenter.

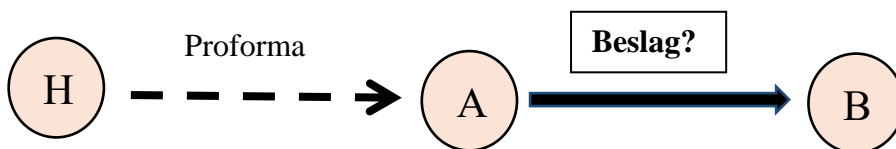
Som nevnt i punkt 4.2.2, og på bakgrunn av gjennomgangen av momentene ovenfor, fremstår terskelen for at en overdragelse har realitet i suksesjonskonflikten å være relativt høy. Det er ikke nok at avtalen er formelt gjennomført, i tillegg må overdragelsen ha medført en del endringer i forholdet mellom partene. Det er her ikke nok med små faktiske endringer, for eksempel at erververen starter å betale kostnader på eiendommen. Avtalen må som hovedregel medføre endringer av en viss betydning for partene.

4.3 Hjemmelskonflikten

4.3.1 Vurderingstemaet og terskel

Spørsmålet i hjemmelskonflikten er om kreditor kan ta beslag i en fast eiendom fordi overføringen til erververen objektivt sett har realitet.

En forutsetning i denne konfliktsituasjonen er at overdragelsen i forholdet mellom partene er proforma. Er overdragelsen reell mellom partene, kommer proformas spørsmålet klart nok ikke på spissen. I hjemmelskonflikten blir situasjonen altså at det er kreditor B, ikke avtalepartene H og A, som hevder at overdragelsen har realitet. Dette blir dermed det motsatte av i suksesjonskonflikten. Konflikten er illustrert i figur 5.



Figur 5

Også her beror proformavurderingen i utgangspunktet på en avveining av hensynet til partene mot hensynet til kreditor. I hjemmelskonflikten gjør imidlertid ytterligere hensyn seg gjeldende.

Et hensyn som kan nevnes her er legitimasjonshensynet. Dersom kreditorene skal kunne ta beslag fordi avtalen objektivt sett har realitet, vil dette bety at kreditorene tar beslag fordi A utad fremstår som eier. Man vektlegger dermed As legitimasjon, at han formelt fremstår som eier, ved spørsmålet om kreditorenes beslagsrett. Som utgangspunkt er imidlertid debtors legitimasjon irrelevant for kreditorenes beslagsrett.¹¹⁵ Dette kunne da også tilsi at det bør kreves

¹¹⁵ Rt. 2015 s. 979 avsnitt 16 og Lilleholt (2018) s. 36.

mye for at en avtale som er proforma mellom partene skal ha realitet ovenfor kreditor, fordi man ikke utelukkende kan basere seg på at A fremstår som eier.

Det kan selvfølgelig hevdes at det mest rimelige ville være å la H tape i konflikt med kreditor B dersom han bevisst har utstyrt A med legitimasjon.¹¹⁶ Flere forfattere har argumentert for en ekstinksjonsregel i disse tilfellene.¹¹⁷ Her er partene nærmest til å bære risikoen for at en tredjeperson innretter seg etter legitimasjonen. Selv om ekstinksjon de lege lata er utelukket, jf. Rt. 1935 s. 981 *Bygland*, kunne en da i alle fall argumentere for at man ved proformareglene bør vektlegge As legitimasjon.¹¹⁸ Selv om ekstinksjon og proformareglene i stor grad har samme rettsvirkning, de gir kreditorene rett til beslag, er det klart at dette er forskjellige regelsett der anvendelse av det ene ikke utelukker det andre.¹¹⁹ At man er avskåret fra å vektlegge debtors legitimasjon i et av dem, kan dermed ikke medføre at hensynet ikke kan vektlegges i det andre.

Som Lilleholt poengterer er heller ikke hensynene som gjør seg gjeldende i beslagsretten bindende rettsregler, og vi kan ikke dra slutninger direkte fra disse.¹²⁰ At kreditor som utgangspunkt ikke kan bygge på debtors legitimasjon, er således ingen bindende rettsregel som forbyr at man i visse tilfeller vektlegger denne.

Dersom man lar debtors legitimasjon være avgjørende for beslag etter den objektive proformavurderingen i hjemmelskonflikten, kreves det lite for at en overdragelse har realitet. Terskelen for realitet blir dermed lav. En lav terskel i hjemmelskonflikten samsvarer også med at det gjelder en høy terskel for realitet i suksesjonskonflikten. I suksesjonskonflikten opererer man med en *høy* terskel fordi dette verner kreditor i størst grad. I hjemmelskonflikten vil derimot en *lav* terskel i størst grad verne kreditorene, fordi dette gjør det enklere for kreditorene å ta beslag. Skal kreditor vernes i samme utrekning i de to konfliktsituasjonene er det da nødvendig at terskelen for realitet er lavere i hjemmelskonflikten. I punkt 4.3.3 ser jeg nærmere på om rettskildene gir grunnlag for å operere med en slik terskel.

4.3.2 Momentene

4.3.2.1 *Er vurderingen forskjellig fra suksesjonskonflikten?*

Som utgangspunkt vil de samme momentene som er nevnt under punkt 4.2.3 i relasjon til suksesjonskonflikten være relevante å vektlegge i realitetsvurderingen i hjemmelskonflikten.

¹¹⁶ Bl.a. Falkanger og Falkanger (2016) s. 594.

¹¹⁷ Høgetveit Berg (1998) s. 861, Brækhus og Hærem (1964) s. 478 og Røsæg (2010) s. 258–259.

¹¹⁸ I denne retning se Høgetveit Berg (1998) s. 830.

¹¹⁹ HR-2018-1265-A avsnitt 84. Uttalelsen gjelder i relasjon til omstøtelsesreglene, men det samme må gjelde for ekstinksjonsreglene.

¹²⁰ Lilleholt (1996) s. 69.

Derfor kan det til en viss grad vises til gjennomgangen av momentene ovenfor. Forskjellen er imidlertid at momentene taler for det motsatte resultat av hva de gjør i suksesjonskonflikten. Dersom erververen for eksempel ikke har evne til å betjene boliglånet, vil dette i begge tilfeller tale for at overdragelsen objektivt sett ikke har realitet. Dette betyr at momentet taler *for* kreditorbeslag i suksesjonskonflikten, mens *mot* beslag i hjemmelskonflikten.

Selv om momentene er de samme i de to konfliktsituasjonene, kan avveiningen av disse bli noe ulik da det er grunnleggende forskjeller mellom konfliktene. Gjennomgangen nedenfor vil derfor relatere seg til der momentene må vektlegges annerledes enn i suksesjonskonflikten.

I hjemmelskonflikten er det betydelig mindre rettspraksis om realitetsvurderingen etter dekl. § 2-2 enn i suksesjonskonflikten. Av de avgjørelsene som er gjennomgått er det kun fire som gjelder hjemmelskonflikten, og i alle disse ser man også innslag av subjektive vurderinger. Dette gjør det noe vanskeligere å avgjøre hvor grensen for realitet trekkes i praksis.

4.3.2.2 *Betaling av kjøpesummen*

I suksesjonskonflikten er som sagt erververens manglende evne eller vilje til å betale kjøpesummen et viktig moment i proformavurderingen. Spørsmålet er om momentet har samme vekt i hjemmelskonflikten.

At momentet vektlegges i suksesjonskonflikten, er hovedsakelig begrunnet i prinsippet om ytelse mot ytelse. Erververen må yte sin forpliktelse for at avtalen skal være riktig oppfylt. Kan ikke en avtale oppfylles etter sitt innhold fordi erververen ikke kan yte kjøpesummen, vil det være mest naturlig å konkludere med at avtalen er proforma. Det samme synspunktet kunne i utgangspunktet gjøre seg gjeldende i hjemmelskonflikten. Har ikke A betalingsevne, kan det ikke ha skjedd en overdragelse fra H til A. Objektivt sett blir det da unaturlig å anse avtalen for å ha realitet.

Det vil nok imidlertid høre til sjeldenhetene at H overfører en eiendom proforma til A dersom A mangler betalingsevne. Årsaken til at eiendommen overføres proforma er jo nettopp fordi man vil unndra denne fra kreditorbeslag. Da vil det være svært unaturlig å overføre eiendommen til en erverver som også står i fare for å bli møtt med kreditorpågang. I denne retning vil nok derfor momentet sjeldent kunne vektlegges i hjemmelskonflikten.

I motsatt retning er det også vanskelig å se for seg at momentet i praksis vil komme på spissen. Dersom A har betalingsevne, er det mindre sannsynlig at vedkommende vil bli utsatt for

kreditorpågang. I alle tilfeller vil konkurs være utelukket i disse tilfellene.¹²¹ Hvis A ikke blir utsatt for kreditorpågang, vil heller ikke spørsmålet om kreditorbeslag komme opp. Dette medfører at momentet om erververens betalingsevne i praksis sjeldent vil gjøre seg gjeldende i den objektive proformavurderingen i hjemmelskonflikten.

Dette viser at selv om kjøperens betalingsevne teoretisk sett kunne være et relevant moment også i hjemmelskonflikten, vil det nok i praksis sjeldent kunne vektlegges. H vil ikke overføre eiendommen til en A *uten* betalingsevne, og en A *med* betalingsevne vil ikke bli utsatt for kreditorpågang. Dette fører til at momentet i praksis sjeldent kommer på spissen i denne konfliktsituasjonen.

4.3.2.3 Graden av formell gjennomføring

Det fremgår av punkt 4.2.3.2 at den formelle gjennomføringen av avtalen har liten vekt i proformavurderingen i suksesjonskonflikten. At overdragelsen er tinglyst, samt kommet til uttrykk i andre formelle sammenhenger, er ikke et tungtveiende moment til inntekt for at avtalen har realitet. Spørsmålet er så hvilken vekt den formelle gjennomføringen har i hjemmelskonflikten.

Underrettspraksis i hjemmelskonflikten synes ikke å vektlegge formalitetene i stor grad. I både LG-2010-113202 og LG-2017-175314 var den formelle gjennomføringen ikke avgjørende for spørsmålet om overdragelsen hadde realitet. I sistnevnte avgjørelse uttaler også retten dette eksplisitt: «*Det er imidlertid ikke grunnbokshjemmelen alene, men de reelle eierforhold som er avgjørende for beslagsretten.*»

Det kan imidlertid hevdes at formalitetene bør vektlegges i større grad i hjemmelskonflikten enn i suksesjonskonflikten i retning av at overdragelsen har realitet. Her er partene selv skyldige i den situasjon som har oppstått; de har latt A utad fremstå som eier. Da vil ikke hensynet til partene tale mot kreditorbeslag. Hensynet til kreditor vil motsetningsvis kunne gjøre seg sterkt gjeldende, særlig hvis kreditor har gitt A kreditt på bakgrunn av legitimasjonen. Dette kan tale for at de formelle forholdene bør vektlegges i større grad i hjemmelskonflikten.

Selv om disse hensynene taler for at den formelle gjennomføringen bør vektlegges i hjemmelskonflikten, har dette altså ikke kommet til uttrykk i praksis. Praksisen er imidlertid såpass sparsom at det kan være mindre grunn til å la denne få avgjørende betydning og heller vektlegge hensynene i større grad. Når hensynet til kreditor da taler for å vektlegge de formelle

¹²¹ Skyldneren kan slås konkurs når vedkommende er «*insolvent*», jf. konkursloven § 60. Dette vil ikke være tilfellet der A har god økonomi, jf. § 61.

forholdene i hjemmelskonflikten, og hensynet til partene ikke taler mot dette, kan det argumenteres for at dette bør være løsningen de lege lata.

4.3.2.4 Faktiske og rettslige virkninger

Videre er det nødvendig å kommentere hvilken betydning det har i hjemmelskonflikten at avtalen har gitt partene «*faktiske og rettslige virkninger*», jf. HR-2018-1265-A avsnitt 73. Det er for det første nødvendig å drøfte hvilken vekt momentet har der avtalen har medført slike virkninger for partene, og for det andre der dette ikke er tilfellet. Jeg vil se nærmere på disse to situasjonene nedenfor.

Der avtalen har medført faktiske og rettslige virkninger for partene er situasjonen den at selv om partene mener overdragelsen er proforma, så har de alminnelige virkningene av et eiendomskjøp inntrådt. For eksempel kan A ha flyttet inn på eiendommen eller startet å betale kostnader på denne. Spørsmålet er om dette er avgjørende for kreditorenes beslagsrett.

I LG-2017-175314 synes dette å ha vært tilfellet. Spørsmålet i saken var om en overdragelse til skyldneren var reell, eller om vedkommende kun var proformaeier. Skyldneren hevdet at sistnevnte var tilfellet. I realitetsvurderingen vektla retten at skyldneren hadde gjennomført investeringer på eiendommen etter overdragelsen, noe som kan anses å være en faktisk virkning av overdragelsen. Det uttales her at «*[d]et har formodning mot seg at investeringen ville blitt gjort om eiendomsretten forble hos Bentzon-familien [selgeren].*» Når det inntreer faktiske virkninger, kan man derfor presumere at overdragelsen har realitet.

Hensynet til forutberegnelighet for kreditor tilsier at det bør tillegges stor vekt at en overdragelse har medført slike virkninger et eiendomssalg vanligvis utløser. Beslagsvurderingen forenkles for kreditor om de kan belage seg på om de alminnelige virkninger av et eiendomskjøp har inntrådt. I denne retningen bør derfor momentet ha atskillig vekt. Det bør kreves mye for at partene kan vinne frem med at avtalen er proforma, til tross for at avtalen har medført faktiske og rettslige virkninger for disse.

Den andre situasjonen er der avtalen ikke har medført faktiske eller rettslige virkninger for partene. Spørsmålet er da om kreditor i disse situasjonene likevel kan vinne frem med at avtalen objektivt sett har realitet.

Dersom dette skulle være mulig, ville det innebære at man måtte legge avgjørende vekt på formalitetene, slik som at A har grunnbokshjemmel. I underrettspraksis har imidlertid ikke den formelle gjennomføringen fått avgjørende vekt i proformavurderingen. Utover den formelle gjennomføringen er det få andre holdepunkter som kan tilsi at overdragelsen likevel har realitet. Dersom man følger tendensen i underrettspraksis og legger liten vekt på formalitetene,

er det da naturlig å anta at en overdragelse objektivt sett ikke kan anses å ha realitet der den ikke har medført faktiske og rettslige virkninger for partene.

På bakgrunn av dette fremstår momentet om faktiske og rettslige virkninger å være av relativt stor betydning for proformavurderingen i hjemmelskonflikten. Dersom avtalen har medført slike virkninger, vil dette tale for at avtalen har realitet. Motsatt vil det at avtalen ikke har medført slike virkninger tale for at avtalen er objektivt proforma. Hvis retten skal kunne komme til at avtalen likevel har realitet i sistnevnte tilfelle, må de formelle forholdene tillegges avgjørende vekt. Det er imidlertid usikkert om det er grunnlag for å tillegge de formelle forholdene slik vekt.

4.3.2.5 Motiv for proforma

Det kan også stilles spørsmål ved hvilken betydning det har i hjemmelskonflikten at partene har et motiv for proforma.

Høyesteretts uttalelser i HR-2018-1265-A om at et proformamotiv vil være en «sterk indikasjon» på proforma, kan tale for at motivet også er et relevant moment i hjemmelskonflikten. Selv om denne avgjørelsen gjaldt en suksesjonskonflikt, er uttalelsen generelt formulert slik at det kunne tilsi at det samme må gjelde i hjemmelskonflikten.

Grunnen til at Høyesterett vektlegger dette momentet i suksesjonskonflikten er imidlertid at det bygger opp under proformareglens formål og ivaretar hensynet til kreditor. I hjemmelskonflikten vil derimot hensynet til kreditorene tale mot at motivet vektlegges. Kreditorenes dekningsrett vil her svekkes om partenes proformamotiv får avgjørende betydning. Dette kan tilsi at det er i tråd med avgjørelsen i HR-2018-1265-A å vektlegge motivet i mindre grad i hjemmelskonflikten da dette ivaretar det hensynet Høyesterett bygger sitt resonnement på.

Hensynet til partene gjør seg heller ikke gjeldende slik at det kunne tale for at formålet bør vektlegges. Vektlegger man formålet premieres partene for at de inngår en avtale med et lite aktverdig formål, hvilket fremstår som lite rimelig. Som Høgetveit Berg uttaler er det «*lite som talar for å la ein heimelsmann med eit kreditorsvikmotiv vinne den tingsrettslege konflikten med konkursbu*et». ¹²²

Hensynene bak reglene taler dermed ensidig mot å vektlegge partenes proformamotiv i hjemmelskonflikten. Selv om Høyesterett i HR-2018-1265-A uttaler at formålet må tillegges vekt, sier de samtidig at hensynet bak proformareglene må ha stor betydning ved utforming

¹²² Høgetveit Berg (1998) s. 861.

av reglene.¹²³ Når hensynene da tilsier at partenes proformamotiv ikke bør vektlegges i samme grad i hjemmelskonflikten som i suksesjonskonflikten, kan det være grunn til å vektlegge dette momentet i mindre grad her.

4.3.3 Oppsummering: hva skal til for at overdragelsen objektivt sett har realitet?

Til slutt er det nødvendig å sammenfatte de synspunktene som er gjort ovenfor. Hva skal til for at en overdragelse har realitet i hjemmelskonflikten?

Av den sparsomme rettspraksisen som foreligger er det få tegn til at momentene vektlegges særlig forskjellig i de to konfliktsituasjonene. Det skulle bety at både den formelle gjennomføringen og motivet har liten betydning i hjemmelskonflikten. De faktiske og rettslige virkningene vil derimot ha større betydning.

Siden rettspraksisen som foreligger i hjemmelskonflikten er svært begrenset, kan det imidlertid være grunn til å legge noe mindre vekt på denne og heller la hensynene bak reglene få større gjennomslag. Som drøftelsen ovenfor viser, er det gode grunner til at de formelle forholdene bør vektlegges i større grad og motivet i mindre. Dette vil for det første skape forutberegnelighet for kreditor. Det forenkler beslagsvurderingen for kreditor om de kan avgjøre proformas spørsmålet på bakgrunn av en vurdering av hvem som fremstår som eier utad. For det andre gjør heller ikke hensynet til partene seg gjeldende. Partene kan selv bebreides for at de har latt A fremstå som eier. Da kan det argumenteres for at de burde bære risikoen for at kreditorene innretter seg etter dette.

På bakgrunn av dette er det grunn til å hevde at terskelen for realitet i hjemmelskonflikten bør være relativt lav. Dette innebærer at det vil kreves mindre for at kreditor kan vinne frem med at avtalen har realitet i hjemmelskonflikten, enn at partene kan vinne frem med dette i suksesjonskonflikten. Dette vil også skape god sammenheng med reglene i suksesjonskonflikten ved at kreditor vernes i samme utstrekning i de to konfliktsituasjonene. Når rettskildebildet imidlertid er såpass sparsomt, er det vanskelig å si om dette faktisk er tilfellet de lege lata.

4.4 Typetilfeller

4.4.1 Overdragelser i ektepakt

Et første typetilfelle det er grunn til å se nærmere på er overdragelser av fast eiendom mellom ektefeller. Praksis viser at det er særlig vanlig at det oppstår konflikt om kreditorenes beslagsrett i disse tilfellene.

¹²³ Avsnitt 83.

Det følger av HR-2018-1265-A avsnitt 85 at overføringer mellom ektefeller som skjer i ektepakt er et «*særtilfelle*» av proformavurderingen. Hva Høyesterett legger i dette fremgår ikke uttrykkelig av kjennelsen. Uttalelsen må imidlertid leses i samsvar med uttalelsene i avsnitt 76 der retten kommenterer den rettskildemessige vekten av Rt. 1999 s. 901. I denne avgjørelsen, som gjaldt en overdragelse av fast eiendom i ektepakt, bygger retten på en subjektiv proformavurdering. Dette fremgår av at ektepakten må legges til grunn «*såfremt det ikke finnes holdepunkter for at ektepakten ikke er reelt ment*».¹²⁴ Når da Høyesterett på bakgrunn av avgjørelsen fra 1999 mener at tilfeller med overdragelse i ektepakt er et «*særtilfelle*», er det naturlig å forstå dette som at det må legges en subjektiv proformanorm til grunn i disse tilfellene.

Kjennelsen kan derfor forstås slik at den objektive proformaregelen ikke kommer til anvendelse ved overdragelser i ektepakt.¹²⁵ Begrunnelsen for dette er todelt. For det første gjelder det særskilte notoritetskrav for overdragelser i ektepakt. Slike overdragelser krever «dobbel tinglysing» ved at overdragelsen må tinglyses i både Ekteskapsregisteret og i grunnboken, jf. henholdsvis ekteskapsloven § 55 (1) og tgl. §§ 20 og 23, for å stå seg mot ektefellenes kreditorer. I tillegg må ektepakten tilfredsstillende vise formkrav for at den skal være gyldig, jf. ekteskapsloven § 54. Disse kravene gir en overdragelse i ektepakt god notoritet, hvilket antas å minimere risikoen for kreditorsvik. Når hensynet til kreditor i stor grad er ivarett ved overdragelser i ektepakt, blir også behovet for den objektive proformaregelen mindre.

For det andre er det klart at en eiendomsoverdragelse mellom ektefeller sjeldent vil gi seg utslag i store faktiske og rettslige virkninger for partene. En overdragelse mellom ektefeller vil sjeldent medføre endringer i boforholdene, ei heller i det økonomiske forholdet mellom partene. I tillegg vil ikke den ene ektefellen alene kunne foreta rettslige disposisjoner over eiendommen uten samtykke fra den andre, jf. ekteskapsloven § 32. Når man er avskåret fra å vektlegge de faktiske, rettslige og økonomiske virkningene av avtalen, står man i praksis igjen med få objektive holdepunkter for å kunne vurdere realiteten. Anvendelse av den objektive proformanormen vil derfor vanskelig la seg gjøre i ekteskapsforhold.

At man anvender en subjektiv regel ved overdragelser i ektepakt fremstår som en god løsning, da man i ekteskapsforhold har godtatt at ektefellene selv bestemmer formuesforholdet dem imellom.¹²⁶ En innvending man imidlertid kan fremsette er at når praksis viser at faren for kreditorsvik er særlig stor i ekteskapsforhold, burde man anvende den proformaregelen som i størst grad ivaretar kreditorene. Når man likevel har godtatt en subjektiv proformaregel der

¹²⁴ Rt. 1999 s. 901 på s. 905.

¹²⁵ Kristiansen (2020) s. 112 forstår kjennelsen slik. Se likevel Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 289.

¹²⁶ Lilleholt (2001) s. 48–49.

faren for kreditorsvik er størst, kan man stille spørsmål ved det egentlige behovet for den objektive proformaregelen i tilfeller der faren jevnt over er mindre.

4.4.2 Overdragelser mellom aksjonær og selskap og konserninterne transaksjoner

Det andre typetilfellet jeg vil kommentere er eiendomsoverdragelser mellom aksjonær og selskap og konserninterne transaksjoner.¹²⁷ For slike overdragelser ser man at det er visse gjennomgående trekk i proformavurderingen, da anvendelsen av den objektive proformanormen også i disse tilfellene byr på utfordringer. I tråd med HR-2018-1265-A får likevel den objektive proformanormen anvendelse i disse tilfellene.

Utfordringen med å anvende den objektive proformanormen ved overdragelser mellom aksjonær og selskap er at disse ofte medfører mindre faktiske endringer for partene. For eksempel kan ofte bruken av eiendommen forbli uendret til tross for at eiendommen overdras fra aksjonær til selskap.¹²⁸ Dermed mister man et moment, de faktiske virkningene av avtalen, som ellers er sentralt i den objektive proformavurderingen. Anvendelse av den objektive normen krever da at man i stedet vektlegger andre momenter i større grad.

Dette gjør at formalitetene får større betydning. Til forskjell fra overdragelser mellom fysiske personer har man i selskapsforhold flere formelle regler som kan tas i betraktning ved spørsmålet om en overdragelse har realitet. Både selskapsrettslige, skatterettslige og regnskapsrettslige regler vil her gjøre seg gjeldende.

At overholdelsen av selskapsrettslige krav må vektlegges i proformavurderingen ved overføringer til eller fra et selskap, følger direkte av HR-2018-1265-A.¹²⁹ Særlig vil overholdelsen av kravene i asl. § 3-8 være relevant å vektlegge. Bestemmelsen oppstiller formelle og materielle krav til avtaler som inngås mellom selskapet og en aksjonær eller en nærstående til noen av disse.¹³⁰ Slike avtaler krever blant annet styregodkjennelse, styredegjørelse og registrering av redegjørelsen i Foretaksregisteret. Er ikke disse kravene overholdt vil det tale for at avtalen er uten realitet. I tillegg kan overholdelsen av andre selskapsrettslige krav vektlegges, herunder om overdragelsen er en ulovlig utdeling etter asl. § 3-6 eller et ugyldig aksjeinnskudd etter asl. § 2-6.

¹²⁷ Konserninterne transaksjoner er overdragelser mellom selskaper innenfor samme konsern, jf. asl. § 3-9. Konsernbegrepet er legaldefinert i asl. § 1-3.

¹²⁸ Bl.a. LB-2019-6447 der aksjonæren hadde sin registrerte adresse på eiendommen også etter eiendommen var overdratt til selskapet.

¹²⁹ Avsnitt 95.

¹³⁰ Legaldefinisjonen av «nærstående» i asl. § 1-5 (1) nr. 5 medfører at konserninterne transaksjoner omfattes av § 3-8.

Det typiske trekket ved proformavurderingen ved overdragelser mellom aksjonær og selskap er derfor at «*graden av formell gjennomføring*», jf. HR-2018-1265-A får større betydning, mens de faktiske virkningene blir mindre viktige.

5 Har vi behov for en objektiv proformaregel?

Behovet for en objektiv proformaregel er begrunnet i hensynet til kreditorene og at disse må kunne beslaglegge debtors eiendeler til tross for at debitor kan bevise at disse ikke tilhører ham. Fra et kreditorperspektiv er regelen klart nok fordelaktig, men er den nødvendig?

For det første er det lett å glemme at den subjektive proformaregelen også faktisk ivaretar hensynet til kreditorene. Det er ikke slik at partene uten videre vil vinne frem med å hevde at en avtale er reell (i suksesjonskonflikten) eller proforma (i hjemmelskonflikten). Partenes anførsler om eierforholdet vil kun legges til grunn der dette er «*mest sannsynlig*».¹³¹

Selv om det kreves sannsynlighetsovervekt for å legge partenes anførsler om eieforholdet til grunn, er det visse forhold som i praksis gjør det enklere for partene å vinne frem med sin påstand enn kreditor. Særlig sentralt er det at ofte er det bare avtalepartene som sitter på bevisene for at avtalen var reelt ment eller proforma. Partene har da større kontroll over bevisituasjonen enn kreditor, noe som gjør det vanskeligere for kreditor å motbevise det faktum partene hevder er korrekt.

I stedet for å anvende en objektiv proformanorm for å beskytte kreditorene, kunne en mulighet være å operere med strengere bevisregler i den subjektive vurderingen. Da vil den subjektive regelen i større grad ivareta kreditorhensynet. Lilleholt er inne på dette i relasjon til kreditorstinksjonsreglene der han uttaler at et alternativ kunne ha vært å ha «*strengt krav til bevis for påstandar om eldre rettsstiftingar*».¹³² Overført til proformareglene kunne man for eksempel skjerpet beviskravet slik at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for at partene skal vinne frem med sine påstander.

For det andre er proformareglene kun ett av flere regelverk som beskytter kreditorene mot debtors urettmessige disposisjoner. I tillegg kommer blant annet omstøtelsesreglene og rettsvernsreglene. Som lagmannsretten uttaler i LB-1998-1588 er det «*helheten disse regelsett representerer som tar sikte på å skape en rettferdig avveining mellom hensynet til debtors kreditorer og hensynet til hans øvrige suksessorer*». Det er dermed ikke nødvendigvis riktig å tolke det enkelte regelsett så kreditorvennlig som mulig dersom rettsiltstanden for øvrig kan sies å ivareta kreditor i tilstrekkelig grad. Det kan da være nærliggende å hevde at dersom en overdragelse har rettsvern, er uomstøtelig og reelt ment mellom partene, skulle kreditor ha fått nok muligheter til å ta beslag. Får kreditorene rett til beslag på bakgrunn av objektiv proforma i tillegg, kan det innebære en for stor vektlegging av hensynet til kreditorene på bekostning av partene.

¹³¹ Rt. 1999 s. 901 p s. 905.

¹³² Lilleholt (2018) s. 38.

På den annen side gir ikke ekstinksjonsreglene og omstøtelsesreglene i alle tilfeller et fullgodt kreditorvern. Rettsvernsreglene gir ikke beskyttelse mot at en overdragelse er proforma,¹³³ og omstøtelsesreglene verner kun kreditorfellesskapet, ikke enkeltforfølgende kreditor. For å bøte på disse manglene har det i teorien vært argumentert for omstøtelsesregler for enkeltforfølgende kreditor.¹³⁴ Dette har imidlertid blitt avvist av både lovgiver og domstolene.¹³⁵ Man ser derfor at kreditorbeskyttelsen etter disse regelsettene alene er noe ineffektiv, særlig for enkeltforfølgende kreditorer der overdragelsen har rettsvern.

Her kan den objektive proformanormen sies å fylle et udekket behov ved at enkeltforfølgende kreditor slipper å slå debitor konkurs for å få dekning, men heller kan påberope seg objektiv proforma. Her vil den subjektive proformaregelen ikke være til kreditorenes hjelp fordi hvis disposisjonen kunne ha vært omstøtt av konkursboet, forutsetter dette at det foreligger bevis på at formuesgodet er overført. Da vil det ofte være vanskelig for kreditor å vinne frem med at overdragelsen likevel ikke er reell. Dermed er det hovedsakelig den objektive proformaregelen som ivaretar de argumentene som taler for omstøtelsesregler utenfor konkurs, og som sikrer et tilstrekkelig vern av enkeltstående kreditorer. Dette viser igjen at det er et behov for den objektive proformaregelen.

Selv om den objektive proformanormen fyller et udekket behov, kan det stilles spørsmål ved om det uansett er hensiktsmessig å operere med regelen. Særlig kan det drøftes om regelen ivaretar hensynet til forutberegnelighet i tilstrekkelig grad. Hensynet kan imidlertid tale for ulike løsninger om man ser det fra kreditors eller partenes perspektiv. En forutberegnelig regel for kreditor vil ikke nødvendigvis medføre forutberegnelighet for partene.

Ser man først på reglene fra partenes ståsted, synes den objektive proformaregelen å gi lite forutberegnelighet. Prinsippet om partenes privatautonomi skulle tilsi at partene skal kunne stole på at en avtale de har inngått seg imellom også gjelder overfor tredjepersoner. Etter den objektive proformaregelen vil imidlertid ikke partene kunne stole på at bindende avtaler inter partes også står seg ovenfor kreditor. Det må i tillegg være gjennomført tilstrekkelige endringer i forholdet mellom partene. Når Høyesterett da ikke har klargjort nøyaktig hva som kreves av endringer for at avtalen står seg overfor kreditor, skaper reglene lite forutberegnelighet for partene.

¹³³ Røsæg (2010) s. 254–255.

¹³⁴ Høgetveit Berg (1999) s. 400–423.

¹³⁵ NOU 1972: 20 s. 284–285 og Rt. 2014 s. 922.

For kreditor vil den objektive proformaregelen motsetningsvis kunne skape mer forutberegnelighet. Selv om det heller ikke for kreditorene er gitt hvilke virkninger som skal til for at en overdragelse har realitet objektivt sett, vil nok den objektive vurderingen fordre færre problemer enn den subjektive bevisvurderingen.¹³⁶ Det vil kunne være enklere for kreditorene å vurdere beslagsretten på bakgrunn av en sammenligning av de virkninger som har inntrådt mellom partene og de virkninger en overdragelse av denne typen vanligvis medfører, enn en vurdering av hva partene har ment. Man slipper da å vurdere om momentene belyser partenes reelle mening, men ser alene på om momentene foreligger eller ikke. Dette vil også bidra til å gjøre beslagsretten mer effektiv for kreditor.

Selv om den objektive proformaregelen til en viss grad går på bekostning av hensynet til forutberegnelighet for partene, vil dette oppveies av at regelen ivaretar hensynet til kreditor i større grad, samt skaper forutberegnelighet for disse. Dette, sammen med det faktiske behovet for en objektiv proformaregel, tilsier at den objektive proformaregelen er godt begrunnet.

¹³⁶ Kristiansen (2020) s. 125 stiller imidlertid spørsmål ved dette.

6 Kilderegister

Lover og forarbeider

1915	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene.
1984	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs.
1984	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.
1991	Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap.
1992	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse.
1992	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom.
1997	Lov 13. juni 1997. nr. 44 om aksjeselskaper.
1998	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v.
2002	Lov 5. juli 2002 nr. 64 om registrering av finansielle instrumenter.
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
2016	Lov 27. mai 2016 nr. 13 om skatteforvaltning.
2019	Lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv.
2019	Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte.
NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs.
Ot.prp. nr. 65 (1990–1991)	Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring.
NOU 2014: 1	Ny arvelov.

Internasjonale konvensjoner

EMK

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1901 s. 811

Rt. 1910 s. 231

Rt. 1912 s. 263

Rt. 1928 s. 1087

Rt. 1933 s. 835

Rt. 1935 s. 981

Rt. 1993 s. 564

Rt. 1994 s. 235

Rt. 1998 s. 268

Rt. 1999 s. 901

Rt. 2001 s. 187

Rt. 2002 s. 1484

Rt. 2005 s. 1476

Rt. 2008 s. 833

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2014 s. 922

Rt. 2015 s. 979

HR-2016-1447-A

HR-2017-716-A

HR-2018-1265-A

HR-2019-1073-A

Lagmannsrett

LB-1995-2406

LB-1998-1588

LG-1999-716

LH-2000-344

LB-2002-1549

LB-2006-100444

LF-2007-23009

LE-2008-23709

LG-2010-113202

LB-2011-188061

LB-2015-119371-1
LB-2017-26988
LG-2017-175314
LB-2018-105251-2
LB-2018-165022
LB-2019-56324
LB-2019-6447
LB-2020-15465
LG-2020-27192

EMD

Carbonara and
Ventura v. Italy

Case of Carbonara and Ventura v. Italy, no. 24638/94, 30.05.2000.

Litteratur

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 3. utg., Oslo: M. H. Andenæs, 2009.
- Baldersheim (2017) Baldersheim, Erlend. *Til tingsrettens teori*. Oslo: Cappelen Damm, 2017.
- Brækhus (1998) Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 3 & 4: Omsetningskollisjoner*. Oslo: Universitetsforlaget, 1998.
- Brækhus/Hærem (1964) Brækhus, Sjur og Axel Hærem. *Norsk tingsrett*. Oslo: Univsersitetsforlaget, 1964.
- Brækhus/Høgetveit Berg (2014) Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg. «Introduksjon til reglene om omstøtelse» *Jussens venner* nr. 2 (2014) s. 61–120.
- Falkanger (2016) Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger. *Tingsrett*. 8. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Hambro (2011) Hambro, Peter. «Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner – en oppdatering» *Tidskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 2 (2011) s. 127–167.

- Høgberg (2006) Høgberg, Alf Petter. *Kontraktstolkning, Særlig om tolkningsstiler ved skriftlige kontrakter*. Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Domstolspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 259–292.
- Høgetveit Berg (1998) Høgetveit Berg, Borgar. «Beslagsretten i heimelskonflikten- Særleg om beslagsretten ved proformaoverdragelser fra debitors heimelsmann» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 5 (1998) s. 817–873.
- Høgetveit Berg (1999) Høgetveit Berg, Borgar. «Omstøyting utom konkurs» *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 4. (1999) s. 400–423.
- Høgetveit Berg (2017) Høgetveit Berg, Borgar. «Proforma i beslagsretten» *Jussens venner* nr. 4 (2017) s. 203–221.
- Klungøy Kristiansen (2020) Klungøy Kristiansen, Mari. «Objektiv proforma – med særlig fokus på kreditorbeslag» *Jussens venner* nr. 5 (2020) s. 275–303.
- Kristiansen (2020) Kristiansen, Henning. «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 2 (2020) s. 108–125.
- Lilleholt (1996) Lilleholt, Kåre. «Legitimasjon, publisitet og notoritet» *Jussens venner* nr. 2 (1996) s. 69–97.
- Lilleholt (2001) Lilleholt, Kåre. «Ekteskap og utlegg» *Jussens venner* nr. 1 (2001) s. 43–55.
- Lilleholt (2010) Lilleholt, Kåre. «Erlend Baldersheim: Reglar om fast eigedom» *Lov og rett* nr. 6 (2010) s. 367–368.
- Lilleholt (2018) Lilleholt, Kåre. *Allmenn formuerett, Fleire rettar til same formuesgode*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

- Marthinussen (2019) Marthinussen, Hans Fredrik. *Tredjemannsproblemene: Om formuesrettslige argumentasjonsmønstre*. 2. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2019.
- Røsæg (2010) Røsæg, Erik. «Fire kjeterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*. Gudmund Knudsen, Geir Woxholt og Kristin Normann red., Oslo: Gyldendal, 2010, s. 253–265.
- Sandvik (1967) Sandvik, Tore. «Proforma-overdragelse av fast eiendom» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (1967) s. 48–75.
- Skatteetaten (2020) Skatteetaten. «Hva er skattemeldingen?» 2020 <https://www.skatteetaten.no/person/utenlandsk/skal-du-arbeide-i-norge/skattemeldingen/hva-er/> hentet 09.11.2020.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Sverdrup (2013) Sverdrup, Tone. «Kreditors proforma-innsigelse mot samboeravtale. Borgarting lagmannsretts kjennelse (LB-2013-28678)» *Nytt i privatretten* nr. 4 (2013) s. 9–11.
- Woxholt (2017) Woxholt, Geir. *Avtalerett*. 10. utg., Oslo: Gyldendal, 2017.
- Zimmer (2018) Zimmer, Fredrik. *Lærebok i skatterett*. 8. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Ørstavik (2018) Ørstavik, Inger B. «Prinsippet om objektiv tolkning» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 4 (2018) s. 331–381.